

ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID



Número 12 • Junio 2005

SUMARIO

I. TEMA DE DEBATE

- Cruz Villalón, Pedro: *La Carta de Derechos y la Constitución española.*

II. ESTUDIOS

- Carrillo López, Marc: *La Constitución para Europa.*
- Zornoza Pérez, Juan: *Los Tributos de la Comunidad de Madrid.*

III. NOTAS Y DICTÁMENES

- De Alba Bastarachea, Esther: *Estatuto de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.*
- Troncoso Reigada, Antonio: *Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales: marco constitucional y posibilidades para el futuro.*
- Cepeda Morrás, Javier: *La función consultiva de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.*
- Villacorta Mancebo, Luis: *Igualdad jurídica y vinculación del legislador: algunos pasos con huellas de una tarea inacabada.*
- Villalba Pérez, Francisca: *La figura del concierto de servicios públicos locales como modalidad de gestión indirecta.*
- González Alonso, Alicia: *Los Gobiernos cesante y en funciones en el ordenamiento constitucional español.*

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, y García Álvarez, Manuel José: *La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2004 (VII Legislatura).*

VI. DOCUMENTACIÓN

- González-Santander Gutiérrez, Luis Eduardo: *Los Parlamentos españoles y sus normas de organización y funcionamiento (I): Reglamentos de las Cámaras y Normas de desarrollo.*
- Palacios, Máximo; Castillo, Javier, y De la Calle, Natalia: *El derecho a la educación en la Constitución Española de 1978.*

VII. RECESIONES

- Martí Sánchez, Sylvia: *Les Constitutions de la France, de Maurice Duverger.*
- Seseña Santos, Laura: *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española, de Juan José Solozábal Echevarría.*
- Recoder Vallina, Tatiana: *Derecho Administrativo y Globalización, de Juan Cruz Alli Aranguren.*
- Entrena Ruiz, Daniel: *Contaminación acústica y calidad de vida. Un entorno de calidad para el turismo urbano, de David Blanquer.*
- Fortes Martín, Antonio: *Escritos de Derecho Ambiental, de María Calvo Charro.*
- Gómez Lugo, Yolanda: *El Parlamento en los Tribunales: pronuntuario de jurisprudencia parlamentaria, de Alberto Arce Janáriz.*
- Arroyo Gil, Antonio: *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial, de Manuel Medina Guerrero.*

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

- José Ignacio Echeverría Echániz
Vicepresidente Primero 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 Gautier
Secretaria Primera de la Asamblea de Madrid
- M^a Helena Almazán Vicario
Secretaria Segunda de la Asamblea de Madrid
- M^a Carmen Álvarez-Arenas Cisneros
Secretaria Tercera de la Asamblea de Madrid
- Antonio Germán Beteta Barreda
Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en la Asamblea de Madrid
- Rafael Simancas Simancas
Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Madrid
- José Guillermo Fernando Marín Calvo
Presidente-Portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Asamblea de Madrid
- Manuel Alba Navarro
- Gonzalo Anes Alonso
- Manuel Aragón Reyes
- Feliciano Barrios Pintado
- José Antonio Escudero López
- Manuel Fraile Clivillés

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

CONSEJO TÉCNICO

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

DIRECTORA*

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

SERVICIO DE PUBLICACIONES

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

* En este número 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: avillena@asambleamadrid.es
2. Los trabajos deben ir mecanografiados a doble espacio y no exceder de cuarenta páginas. La remisión deberá efectuarse, necesariamente, acompañada de la versión en disquette.
3. Cada texto debe ir precedido de una página que contenga.
 - Título del trabajo.
 - Nombre del autor o autores.
 - Dirección completa y teléfono del autor.
 - Número del NIF.
4. La Revista no mantendrá correspondencia sobre los originales no solicitados que se le remitan.

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

ÍNDICE

	Pág.
I. TEMA DE DEBATE	
CRUZ VILLALÓN, PEDRO: <i>La Carta de Derechos y la Constitución española</i> . .	3
II. ESTUDIOS	
CARRILLO LÓPEZ, MARC: <i>La Constitución para Europa</i>	25
ZORNOZA PÉREZ, JUAN: <i>Los Tributos de la Comunidad de Madrid</i>	59
III. NOTAS Y DICTÁMENES	
DE ALBA BASTARRECHEA, ESTHER: <i>Estatuto de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas</i>	85
TRONCOSO REIGADA, ANTONIO: <i>Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales: marco constitucional y posibilidades para el futuro</i>	115
CEPEDA MORRÁS, JAVIER: <i>La función consultiva de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid</i>	135
VILLACORTA MANCEBO, LUIS: <i>Igualdad jurídica y vinculación del legislador: algunos pasos con huellas de una tarea inacabada</i>	151
VILLALBA PÉREZ, FRANCISCA: <i>La figura del concierto de servicios públicos locales como modalidad de gestión indirecta</i>	195
GONZÁLEZ ALONSO, ALICIA: <i>Los Gobiernos cesante y en funciones en el ordenamiento constitucional español</i>	221
IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	
MARTÍ SÁNCHEZ, SYLVIA, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, JAVIER, y RECODER VALLINA, TATIANA: <i>Obligación de respetar los derechos humanos. Derecho a la vida. Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Derecho a la libertad y a la seguridad. Derecho al proceso equitativo. Principio de legalidad penal. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Libertad de pensamiento, conciencia y religión. Libertad de expresión. Libertad de reunión y asociación. Derecho a contraer matrimonio. Derecho a un recurso efectivo.</i>	279

V. CRONICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- NIETO LOZANO, ÁNGELES, y GARCÍA ÁLVAREZ, MANUEL JOSÉ: *La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2004 (VII Legislatura)* 359

VI. DOCUMENTACIÓN

- GONZÁLEZ-SANTANDER GUTIÉRREZ, LUIS EDUARDO: *Los Parlamentos españoles y sus normas de organización y funcionamiento (I): Reglamentos de las Cámaras y Normas de desarrollo* 393
- PALACIOS, MÁXIMO; CASTILLO, JAVIER, y DE LA CALLE, NATALIA: *El derecho a la educación en la Constitución Española de 1978* 435

VII. RECENSIONES

- MARTÍ SÁNCHEZ, SYLVIA: *Les Constitutions de la France*, de Maurice Duverger 455
- SESEÑA SANTOS, LAURA: *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, de Juan José Solozábal Echevarría 459
- RECORDER VALLINA, TATIANA: *Derecho Administrativo y Globalización*, de Juan Cruz Alli Aranguren 467
- ENTRENA RUIZ, DANIEL: *Contaminación acústica y calidad de vida. Un entorno de calidad para el turismo urbano*, de David Blanquer 475
- FORTES MARTÍN, ANTONIO: *Escritos de Derecho Ambiental*, de María Calvo Charro 503
- GÓMEZ LUGO, YOLANDA: *El Parlamento en los Tribunales: prontuario de jurisprudencia parlamentaria*, de Alberto Arce Janáriz 525
- ARROYO GIL, ANTONIO: *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, de Manuel Medina Guerrero 531

VIII. CORRECCIÓN DE ERRORES AL NÚMERO ANTERIOR

- Corrección correspondiente al artículo publicado en la Sección de Notas y Dictámenes de D. Miguel Nieto Menor* 541

I

TEMA DE DEBATE

La Carta de Derechos y la Constitución española ★★

Sumario: I. LA DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 13 DE DICIEMBRE DE 2004 SOBRE EL TECE.—II. LAS CLÁUSULAS HORIZONTALES NACIONALES.—2.1. Nivel de protección.—2.2. Las «tradiciones constitucionales comunes».—2.3. Las «legislaciones y prácticas nacionales».—III. LA CARTA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN.—3.1. Los derechos.—3.1.1. Dignidad.—3.1.2. Libertades.—3.1.3. Igualdad.—3.1.4. Solidaridad.—3.1.5. Ciudadanía.—3.1.6. Justicia.—3.2. Los principios.—IV. LA CONSTITUCIÓN SEGÚN LA CARTA.—4.1. Dignidad.—4.2. Libertades.—4.3. Igualdad.—4.4. Solidaridad.—4.5. Ciudadanía.—4.6. Justicia.—V. CONCLUSIÓN.

El tratamiento de los «impulsos» que sobre la Carta de Derechos Fundamentales/Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante, TECE) ejercen los distintos ordenamientos constitucionales nacionales exige, a mi entender, una consideración previa, efectuada desde la propia perspectiva nacional, respecto del sentido de la misma tarea que se nos propone¹. Y ello porque las mismas disposiciones de la Carta que pue-

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

** El presente texto corresponde a la versión en castellano del informe nacional preparado para la obra colectiva, P. Tettinger (ed.), «Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta» (Verlag C. H. Beck, Munich, en prensa), con el título «Impulse aus der spanischen Verfassungstradition für den europäischen Grundrechtsschutz».

¹ La bibliografía española sobre la Carta es abundante. De entre la misma cabe citar, R. Alonso García, «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13 (2001), pp. 13 y ss.; id., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en: E. García de Enterría (dir.)/E. Alonso García (coord.), «La encrucijada constitucional de la Unión Europea», Madrid, 2002, pp. 151 y ss.; F. Álvarez-Ossorio Micheo, «Constituciones, Constitución y Convenio», en E. Gómez Corona y otros, «Una Constitución para la ciudadanía europea», Aranzadi, 2004, pp. 155 ss.; M. Carrillo, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (2003), pp. 145 y ss.; P. Cruz Villalón, «La Carta, o el convidado de piedra», en id., «La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa», Madrid, 2004, pp. 115 y ss.; N. Fernández Sola (coord.), «Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional», Madrid, 2004; A. Fernández Tomás, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», Valencia, 2001; J. García Roca, «Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119 (2003), pp. 165 y ss.;

den permitir estos «impulsos» pueden también ser interpretadas o *leídas* diferentemente desde cada ordenamiento nacional².

Lo primero que habría que reconocer es que hace ya bastante tiempo que los derechos fundamentales no dependen enteramente de una sola formulación, contenida en una determinada «declaración». Los derechos fundamentales tienden cada vez más a existir por encima de las diversas formulaciones concretas. Y así, cuando nace una nueva Declaración de verdadera importancia, como es el caso de la Carta/Parte II, se produce casi necesariamente una interacción: De un lado, hay contenidos modernos hechos expresos en la nueva Declaración, que no están en las anteriores: Las Declaraciones anteriores encuentran una nueva fuente de inspiración en las posteriores. Pero, de otro lado, las anteriores *Cartas* han sido la principal fuente de inspiración de las nuevas: Singularmente, la jurisprudencia y la experiencia de la anterior Carta influye sobre la posterior que, con frecuencia, se refiere expresamente a ella.

En este sentido, lo primero que se advierte desde una perspectiva nacional, y más concretamente española, es la inversión del sentido de estos «impulsos». En efecto, desde la entrada en vigor de la Constitución española, su artículo 10.2 viene determinando una influencia constante de las declaraciones supranacionales de derechos sobre el significado y alcance de los distintos derechos fundamentales proclamados en la Constitución nacional³. Dicho de otra manera, así como en la comprensión de los derechos y libertades los españoles están bastante habituados a incorporar el contenido de los derechos supranacionales (al igual que la interpretación de los mismos por los órganos competentes) no ha existido hasta ahora una reflexión en sentido contrario, es decir, dirigida a indagar acerca de las posibles influencias de los derechos españoles en tanto que *sujetos activos*, por así decir, de estas influencias.

Es ésta una consideración que enlaza inmediatamente con la siguiente, relativa al término «tradición constitucional». El origen de esta expresión incorporada al enunciado de estos informes nacionales es perfectamente conocido: el artículo 6.2 del TUE (en el futuro, art. I-9.3 TECE). Sabido es cómo dicho precepto incorpora una jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia que pretendió remediar la falta de una propia declaración de derechos de la Unión mediante la consideración de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros como principios generales del Derecho de la Unión.

B. Oliver León, «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119 (2003), pp. 221 y ss.; B. Rodríguez Ruiz, «La Carta de Derechos de la Unión Europea: Acordes y desacuerdos», en E. Gómez Corona, cit., pp. 179 y ss.; C. Ruiz Miguel (coord.), «Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», Santiago de Compostela, 2004; A. Saiz Arnáiz, «Constitución y Derechos: La Carta “retocada”», el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la parte II del Proyecto de Tratado», en E. Albertí Rovira (dir.)/E. Roig Molés (coord.), «El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa», Valencia, 2004.

² Para un temprana convocatoria a la elaboración doctrinal de la nueva declaración europea, Peter. J. Tettinger, «Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union», *NJW*, 2001 (14), pp. 1010 y ss.

³ P. Cruz Villalón, «Die Entstehung einer europäischen Grundrechtsgemeinschaft», en: K. Stern (Hrsg.), «40 Jahre Grundgesetz. Entstehung, Bewahrung, internationale Ausstrahlung», Munich, 1990, pp. 211 y ss.

La cuestión que podría plantearse, sin embargo, es la de si es legítimo hablar de tradiciones constitucionales *nacionales* del mismo modo que hablamos de tradiciones constitucionales *comunes*. Por una parte, cabría pensar que las tradiciones constitucionales comunes no son sino la suma de las diversas tradiciones constitucionales nacionales. Y, sin embargo, resulta mucho más fácil hablar de «tradiciones» cuando la categoría se proyecta sobre un sustrato común europeo, que no cuando el término «tradición» se pretende aplicar a un Estado miembro en particular. Dicho de otra manera: Estaría justificado hablar de «tradición» en relación con el conjunto de los Estados miembros porque no se cuenta con su plasmación en una declaración expresa, como derecho positivo (a menos que se recurriera al CEDH, pero eso nos llevaría a otro problema). Por el contrario, no estaría igualmente justificado hablar de una «tradición nacional» de derechos cuando respecto de cada Estado miembro se cuenta normalmente con un «derecho de los derechos fundamentales» positivo, integrado por la Constitución, la ley y la jurisprudencia de dicho Estado. En suma, no es tanto una cuestión de tradición constitucional cuanto de «voluntad de Constitución»⁴.

A lo anterior se sumaría un problema adicional, que acaso nos llevaría demasiado lejos: En algunos Estados miembros cabe perfectamente contraponer el «derecho de los derechos fundamentales» a la «tradición de los derechos», como fenómenos decididamente distintos. Tal es singularmente el caso de España, donde la «tradición» en materia de derechos ofrece tantos puntos negros, sin necesidad de entrar en mayores detalles. Y no es algo en lo que por desgracia nos encontremos solos, en el conjunto de la Unión Europea.

España puede, por tanto, exhibir con mucha mayor seguridad su «derecho de los derechos fundamentales» contemporáneo⁵ que no su «tradición constitucional». Naturalmente, siempre podrá decirse que los veinticinco años de Estado constitucional configuran ya, por sí mismos, una «tradición» y, en todo caso, una cultura nacional de los derechos. En este sentido, como *cultura constitucional de los derechos*, sí cabría perfectamente admitir la fórmula «tradición constitucional» nacional, como fuente interpretativa de la Carta.

Una última precisión, antes de entrar en materia: Cuando hablamos de la Carta, a comienzos de 2005, podemos estar refiriéndonos tanto a la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en los términos en los que fue solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, como a la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión», con el texto que hoy día figura, como «Parte II» del TECE hecho en Roma el 29 de octubre de 2004, y en curso de ratificación por los diferentes Estados miembros. Aunque la cuestión pueda resultar discutible, entiendo que, desde que el Tratado fuera firmado,

⁴ Cfr. K. Hesse, «Die normative Kraft der Verfassung», en id., «Ausgewählte Schriften», Heidelberg, 1984, pp. 3 y ss.

⁵ La bibliografía sobre los derechos fundamentales en España es ingente, como es de imaginar. Cabe remitir como muestra a, Luis María Díez-Picazo, «Sistema de derechos fundamentales», Madrid, 2003; J. Jiménez Campo, «Derechos fundamentales. Concepto y garantías», Madrid, Trotta, 1999; M. Medina Guerrero, «La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales», Madrid, 1996.

y posteriormente aprobado por el Parlamento Europeo, la versión contenida en el TECE *desplaza* a la versión de 2000, en la medida en que nunca, por otra parte, ha formado parte del Derecho de la Unión. Por tanto, por «Carta» se va a entender en lo sucesivo la que hoy es Parte II del TECE, por más que éste se encuentre aún en vías de ratificación.

Ello supone, finalmente, que la Carta es solamente una pieza, aunque sea la fundamental, de un «sistema de derechos» de la Unión, en el que las otras Partes de la Constitución, y singularmente la primera, son también elementos decisivos. En todo caso, no debe olvidarse que el «sistema de derechos» de la Unión efectivamente existente en tanto no entre en vigor el citado TECE sigue siendo el que resulta de los Tratados de la Comunidad y de la Unión Europea ⁶.

En el caso de España, el análisis de su influencia sobre la Carta debe comenzar por una referencia al control de constitucionalidad ya efectuado sobre la misma, de forma previa a la ratificación del TECE (1). A continuación se recordará brevemente cuáles son las disposiciones de la Carta —y en general del TECE— que fundamentan la posible impronta de los derechos nacionales, españoles en este caso, sobre los europeos (2). Seguidamente se tratará de individualizar, de forma selectiva, los contenidos de los derechos españoles que pueden tener proyección sobre los derechos europeos (3). Finalmente, y a la inversa, se hará alusión a algunos contenidos de la Carta que pueden resultar particularmente relevantes desde la perspectiva española (4).

I. LA DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 13 DE DICIEMBRE DE 2004 SOBRE EL TECE

Es sabido cómo el artículo 48 TUE remite a las respectivas normas constitucionales a efectos de la ratificación de las reformas de los Tratados sobre los que se funda la Unión. En el caso de España, estas normas incluyen la posibilidad de una Declaración vinculante del Tribunal Constitucional acerca de la existencia o no de «estipulaciones contrarias a la Constitución» en cualquier tratado internacional que España se proponga ratificar (art. 95.2 CE). Así ha ocurrido con el TECE, habiendo consultado el Gobierno al Tribunal Constitucional respecto de sus artículos II-111 y 112, además del I-6.

Se señala esta circunstancia más por un afán de exhaustividad que no por su interés intrínseco. El Gobierno, en efecto, sólo individualizó, como se acaba de señalar, tres preceptos del TECE con eventuales problemas de constitucionalidad: el I-6 (cláusula de primacía) y los artículos II-111 (ámbito de aplicación) y 112 (alcance e interpretación de los derechos y principios). La incorporación de estos dos últimos artículos a la consulta del Gobierno tiene su origen en el dictamen emitido por el Consejo de Estado, como supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 107 CE). El Consejo de Estado manifestó, con ocasión de ese dictamen, las dificultades que podría plantear la

⁶ P. Cruz Villalón, cit., n. 1, p. 118.

vigencia en España de, al menos, tres Declaraciones de Derechos: la propia Constitución, el CEDH y, ahora, la Carta, dificultades que el Tribunal Constitucional debería disipar⁷.

La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 (DTC 1/2004) resuelve la inexistencia de contradicción alguna con la Constitución tanto del artículo I-6 como de los artículos II-111 y 112 TECE⁸. Dejando de lado la argumentación respecto de la cláusula de primacía, cuyo comentario nos llevaría muy lejos, el Tribunal entiende que la duda respecto de estos dos últimos preceptos está presentada por el Gobierno en términos tan genéricos que no es posible dar una respuesta anticipada. De plantearse efectivamente algún problema concreto, el Tribunal resolvería caso por caso. Como quiera que sea, el Tribunal no aprecia problemas de constitucionalidad en la sola existencia de una pluralidad de regímenes de derechos fundamentales⁹. Por su interés, merece reproducirse el párrafo de esta declaración que mejor resume el espíritu con el que se recibe la nueva Declaración de derechos fundamentales llamada a tener eficacia en España:

«El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las «explicaciones» que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo» (FJ 6).

⁷ El Tribunal resume el argumento del Consejo de Estado en los siguientes términos: «...la coexistencia de dos sistemas de garantías con el establecido en el Convenio Europeo, al que expresamente se refiere también la Carta, supone la coexistencia de tres regímenes o parámetros en la tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio europeo y Carta) que determinará en el futuro, si el Tratado entra en vigor, un proceso de influencias mutuas no exento de problemas jurídicos que el Consejo de Estado considera corresponde aclarar al Tribunal Constitucional en lo que se refiere al sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta, las relaciones de ésta con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades y el modo de depuración de las normas que la contradigan. Cuestiones todas ellas que justifican la duda de constitucionalidad que ahora plantea el Gobierno» (DTC 1/2004, Antecedente 2).

⁸ Con tres votos particulares, sin embargo, sobre doce, emitidos por separado, debidos a los Magistrados Delgado Barrio, García-Calvo y Rodríguez Arribas. Pero es de advertir que, en lo relativo a la inexistencia de contradicción entre los artículos II-111 y 112 TECE y la Constitución española, no ha habido discrepancia alguna en el seno del Tribunal.

⁹ «Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española» (FJ 6).

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional invoca el principio de identidad de los derechos de la Carta y los del CEDH a efectos de negar un incremento de la complejidad como consecuencia de la entrada en vigor de la Carta.

II. LAS CLÁUSULAS HORIZONTALES NACIONALES

Los derechos fundamentales nacionales *penetran* en el contenido de los derechos de la Carta a través de tres cláusulas que podemos calificar como las cláusulas horizontales nacionales: la cláusula del nivel de protección, la cláusula de las tradiciones constitucionales comunes y la cláusula de las legislaciones y prácticas nacionales.

2.1. Nivel de protección

Esta cláusula impide, como es sabido, que las disposiciones de la Carta puedan ser interpretadas en menoscabo de otras declaraciones de derechos vigentes en los Estados miembros. Singularmente, por lo que a España importa, la Carta no puede ser interpretada como limitativa de los derechos reconocidos por la Constitución de 1978. Ello es algo que el Tribunal Constitucional ha recordado con ocasión de su examen de la constitucionalidad de los arts. II-111 y 112 TECE ¹⁰.

2.2. Las «tradiciones constitucionales comunes»

El nuevo apartado 4 del artículo II-112 TCE incorpora un mandato de interpretación de los «derechos» de la Carta, cuando éstos resulten de las tradiciones constitucionales comunes, *en armonía* con las referidas tradiciones. Dicen las «explicaciones» que «según esta norma, en lugar de seguir un planteamiento rígido de “mínimo común denominador”, los derechos correspondientes recogidos en la Carta deben interpretarse de forma que ofrezcan un elevado nivel de protección que resulte apropiado para el Derecho de la Unión y esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes».

¹⁰ «Por lo demás no puede dejar de subrayarse que el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta «podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros», con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno» (FJ 6).

El párrafo está lejos de resultar clarificador, incluso puede considerarse contradictorio. Precisamente, si algo pretenden las «tradiciones constitucionales comunes», es proporcionar un «mínimo común denominador», un mismo *suelo* sobre el cual quepa proclamar unos derechos comunes a todos. Sin embargo, las explicaciones pretenden aludir a unas tradiciones «específicas» de cada Estado miembro, capaces de permitir cierto grado de flexibilidad (lo contrario de «rigidez») a la hora de interpretar el alcance de cada derecho para cada Estado. Parece como si, con esta cláusula, se buscara un cierto grado de «comprensión» para las distintas culturas nacionales de los derechos a la hora de interpretar los derechos de la Carta.

No parece fácil explicar cómo esta cláusula pueda proyectarse sobre el caso español. Los derechos fundamentales de la Constitución española contienen ciertamente singularidades, como habrá ocasión de ir viendo, pero la identificación de una tradición nacional susceptible de «modular» el sentido de un derecho de la Carta en su proyección sobre España resulta poco menos que imposible. Lo único que cabe intuir es que esta «explicación» no ha sido incorporada a iniciativa de los representantes españoles en la Convención constitucional.

Ahora bien, si suprimimos de esta cláusula su sentido por así decir negativo, puede aparecer un contenido positivo, que podríamos formular en los siguientes términos: La Carta, lejos de pretender un contenido cerrado, plantearía el que sus proclamaciones fueran contrastadas en el espacio público europeo. De este modo, la «sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución» propugnada por Peter Häberle hace ya años¹¹ adquiriría un nuevo sentido: El contenido de los derechos de la Carta debe resultar también de un diálogo dinámico entre los distintos sujetos estatales. Es aquí, muy posiblemente, donde encuentren su razón de ser los «impulsos» nacionales en la determinación del contenido de los derechos de la Carta.

2.3. Las «legislaciones y prácticas nacionales»

El también nuevo apartado 6 del artículo II-112 TCE viene a recordar que muchos de los derechos y principios de la Carta se encuentran enunciados por remisión a su plasmación concreta en el derecho de cada uno de los Estados miembros, el cual habrá de ser tenido «plenamente en cuenta». La explicación de este precepto es lacónica, acaso debido a la evidencia de sus términos, limitándose a hacer alusión a la subsidiariedad. No se entiende qué sentido pueda tener aquí la alusión al principio de subsidiariedad, fuera del ámbito competencial. En todo caso, esta cláusula contiene un *principio de divergencia* en el contenido de todos aquellos derechos y principios que se enuncian con remisión expresa al derecho de cada Estado miembro. Éste es el precepto que con mayor intensidad permite un protagonismo nacional en la configuración de cada derecho o principio, y sin-

¹¹ «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten» (1975), ahora en id., «Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft», 2.^a ed. ampliada, Berlin, 1996, pp. 155 y ss.

gularmente de estos últimos. Sin embargo, a lo que no pueden aspirar estas legislaciones y prácticas es a proyectarse sobre los derechos y principios mismos e, indirectamente, sobre su vigencia en otros ordenamientos nacionales. Hay, por tanto, un fenómeno, por así decir, de *repatriación* parcial de los derechos y principios tal como aparecen en la Carta, cuya eficacia en cada Estado miembro puede depender intensamente de lo que resulte de su respectiva legislación.

III. LA CARTA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN

Por todas estas razones, lo que la Constitución Española dice tiene importancia, en mayor o menor medida, para la Carta. Sin embargo, la Carta, más allá de su nombre, no ha terminado conteniendo solamente «derechos», sino que contiene también «principios». Ésta ha resultado ser una distinción de suma importancia.

La Carta renunció inicialmente a establecer derechos de diferentes categorías y, en particular, a diferenciar entre los derechos y libertades clásicos, y los derechos sociales. En tanto la Carta se mantuvo como un documento sin una precisa fuerza de obligar, la Carta podía permitirse evitar esta diferenciación. Por el contrario, desde el momento en que los derechos aparecen recogidos en preceptos con el mismo carácter que los demás del Tratado, se ha impuesto una cláusula enormemente oscura, pero que marca una radical distinción entre dos suertes de contenidos de la Carta, los «derechos», de un lado, y los «principios», de otro. Dicho esto, es claro que conviene comenzar comentando el caso de los derechos.

3.1. Los derechos

Desde un punto de vista conceptual, lo primero que conviene subrayar es que los derechos fundamentales de la Carta no tienen dificultad alguna de comprensión o «reconocimiento» desde la cultura constitucional española. En efecto, la dogmática constitucional española parte de la categoría específica de «derechos fundamentales» en términos coincidentes con los de la dogmática alemana, que es la que, de forma visible, ha determinado la elección de esta categoría. La Carta fue, desde el principio, Carta de los «derechos fundamentales», precisamente, por más que luego tengamos que ocuparnos de los «principios». De ahí que no haya tampoco dificultad alguna en la comprensión de las garantías contenidas en el apartado 1 del artículo II-112.1 TECE: Reserva de ley y garantía del contenido esencial¹².

¹² Con independencia de que en España, a diferencia de la Ley Fundamental y de la Carta, estas garantías no se proyecten sobre las «limitaciones», sino sobre la «regulación»: Art. 53.1, inciso 2 CE. Cfr. I. de Otto y Pardo, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. Martín Retortillo/I. de Otto, «Derechos fundamentales y Constitución», Madrid, 1988.

En tanto que tales derechos fundamentales, resulta consustancial a ellos su garantía frente al legislador, a través de un control de constitucionalidad. Esta garantía resulta expresa en la Constitución española, en tanto no tiene un equivalente entre la Disposiciones generales que forman el Título VII y último de la Carta. Pero la Carta, como parte del TECE, está llamada a ser, por definición, la norma suprema del ordenamiento de la Unión, de tal manera que sólo como control de constitucionalidad cabe entender el artículo III-365: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de las leyes y leyes marco europeas...»

¿Pueden suspenderse los derechos fundamentales de la UE? Desde la cultura constitucional española no se entendería una posibilidad de suspensión sin previsión constitucional expresa. Las «explicaciones» que acompañan a la Carta han interpretado que, puesto que los derechos de la UE que se corresponden con los del CEDH tienen el mismo «sentido y alcance» que éstos, también les es de aplicación la cláusula del artículo 15 del CEDH que permite a los Estados que son parte en el Convenio suspender su aplicación¹³.

La explicación confunde mucho más que aclara. ¿Quiere esto decir que basta que el Estado miembro de la Unión que es al mismo tiempo parte en el CEDH informe al Secretario General del Consejo de Europa para que esos derechos dejen de ser obligatorios para el Estado miembro cuando aplique el Derecho de la Unión? ¿O habrá que entender que en este caso a quien hay que tener informado es a la autoridad de la UE que se considere equivalente al Secretario General del Consejo de Europa?

La realidad es que la Carta no contiene una previsión de suspensión de los derechos fundamentales ni por parte de las autoridades de la UE ni por parte de las autoridades nacionales. La «explicación» contenida al respecto en relación con el artículo II-112.3 TECE es de una ligereza inexcusable.

La Constitución española, entrando ya en el detalle, contiene una serie de formulaciones que pueden, en unión con las de otras Constituciones nacionales, contribuir a enriquecer los contenidos de la Carta. En lo que sigue, y ante la imposibilidad de efectuar un contraste de todos los derechos de la Carta con todos los derechos de la Constitución Española, nos limitaremos a efectuar algún breve comentario en relación con cada uno de los Títulos de la Carta.

3.1.1. *Dignidad*

La Constitución española que, como veremos, no contempla a la dignidad humana como un derecho subjetivo autónomo, sí configura a la «dignidad de

¹³ «La Carta se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que, al amparo del artículo 15 del CEDH, los Estados miembros establezcan excepciones a los derechos contemplados en el CEDH en caso de guerra o de otros peligros públicos que constituyan una amenaza para la nación, al llevar a cabo acciones en el ámbito de la defensa nacional en caso de guerra o de mantenimiento del orden público, con arreglo a sus posibilidades reconocidas por el apartado 1 del artículo I-5 y los artículos III-131 y III-262 de la Constitución.»

la persona» (su equivalente en la Constitución de 1978) como el fundamento o premisa de todos los demás derechos: «La dignidad de la persona... (es) fundamento del orden público y de la paz social.» Con estas palabras se abre el artículo 10 de la Constitución, que aparece él mismo como una especie de preámbulo propio del Título I, relativo a los derechos fundamentales. Es interesante señalar cómo junto a la dignidad de la persona, este precepto se refiere aquí, y con la misma función, al «libre desarrollo de la personalidad», aunque tampoco con el carácter de un derecho subjetivo autónomo. Es muy posible que este concepto, o principio, de libre desarrollo de la personalidad, a pesar de no haber sido recogido por la Carta, deba considerarse como un elemento de las «tradiciones constitucionales comunes», a partir de ordenamientos como el alemán o el español, con virtualidad interpretativa sobre la categoría de «dignidad humana».

Lo que las explicaciones califican como «definiciones *negativas*» contenidas en el CEDH pasan según éstas al contenido de la Carta vía artículo II.112.3. Tal es el caso del artículo 2 del Protocolo nº 6 del CEDH: «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...»¹⁴. Este precepto es coherente con el artículo 15, inciso segundo, de la Constitución española que declara abolida la pena de muerte «salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». En todo caso, es de tener en cuenta que la legislación penal militar española ha suprimido la pena de muerte también en estos casos¹⁵.

La prohibición según la cual «nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio» (art. II-65.2 TCE) resulta matizada como consecuencia de nuevo del artículo II-112.3 TCE en el sentido de que le es de aplicación la excepción a) del artículo 4.3 CEDH: «No se considera 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.» La Constitución española, sin embargo, garantiza que las penas privativas de libertad «no podrán consistir en trabajos forzados» (art. 25.2 CE).

3.1.2. *Libertades*

El artículo II-66 TECE incorpora en su brevedad («Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad») todo el extenso contenido del artículo 5 CEDH, que las explicaciones se encargan de reproducir literalmente. Su equivalente español es el artículo 17. Su apartado 4, inciso 1, ha

¹⁴ Instrumento de ratificación de 20 de diciembre de 1984.

¹⁵ Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

regulado por primera vez en España el «habeas corpus»¹⁶, a la que se corresponde a su vez el apartado 4 del artículo 5 CEDH¹⁷. El enunciado español es más tajante, en particular al exigir la «inmediata» puesta a disposición judicial. Por el contrario, la garantía española es más débil en lo que se refiere a la duración de la detención policial: Mientras el artículo 5.3 CEDH habla que la persona debe ser conducida «sin dilación», el artículo 17 CE establece un límite máximo de 72 horas. Lo que cuenta, sin embargo, es la fórmula «tiempo estrictamente necesario», como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional.

El derecho de propiedad (art. II-77 TECE), tal como está enunciado en la Carta (sintomáticamente en el Título de las «Libertades»), apenas incorpora la función social de la propiedad, que tiene rango constitutivo en las tradiciones constitucionales de un buen número de Estados miembros, entre ellos España. Ciertamente, esta dimensión no se encuentra totalmente desconocida en la Carta¹⁸, pero en unos términos claramente más débiles que en la Constitución española¹⁹.

3.1.3. *Igualdad*

La principal aportación que puede hacer la Constitución española a este Capítulo Tercero de la Carta es el mandato de propugnar la *igualdad social* que se contiene en el artículo 9.2 de la Constitución, todavía en su Título Preliminar²⁰. Ciertamente, el final del precepto coincide sustancialmente con la idea de «democracia participativa», contenida en el artículo I-47 TCE («principio de democracia participativa»). Pero el mandato de prosecución de una igualdad real como expresión del Estado social, siguiendo la inspiración de la Constitución italiana, es característicamente español. En este caso podemos hablar de un verdadero «impulso» por parte de la Constitución española.

3.1.4. *Solidaridad*

El Título IV, el más próximo al Capítulo III del Título I de la Constitución española («Principios rectores de la política social y económica»), es en

¹⁶ Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

¹⁷ «Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un organismo 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.»

¹⁸ Inciso tercero: «El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.»

¹⁹ CE: 33.2 «La función social de estos derechos limitará su contenido, de acuerdo con las leyes» (art. 33.2 CE).

²⁰ «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; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

general más minucioso en lo que a las garantías de los trabajadores se refiere, por lo que no son muy abundantes los impulsos que aquél puede recibir de ésta. El principio contenido en el artículo 40 CE de redistribución de la renta («distribución de la renta... personal más equitativa») no encuentra equivalente en la Carta, aunque algunos enunciados del artículo I-3 (Objetivos de la Unión) puedan ir en la misma dirección (progreso social, justicia social). El expresivo enunciado del Título («Solidaridad») puede reforzar su contenido a partir de algunas tradiciones constitucionales nacionales, singularmente la española ²¹.

3.1.5. *Ciudadanía*

El título «Ciudadanía» es peculiar, dentro de una declaración de derechos. Pero es conceptualmente importante en cuanto pone de manifiesto que esta Carta, por más que tenga una base convencional, se aproxima más a la declaración de derechos de una comunidad política (estatalidad de la Unión) que no a una declaración de derechos supranacional. El primero de sus artículos (art. II-99 TECE) proclama el derecho a integrar un órgano específico de representación política, el Parlamento Europeo. Éste es un capítulo que necesita ser integrado, en los términos del artículo II-112.2 TECE, por otros preceptos del mismo, singularmente por el Título VI de la Parte I («De la vida democrática de la Unión», I-45 a I-52).

Desde la perspectiva española un problema claramente identificable es el que reside en el carácter estrictamente representativo de la democracia de la Unión: «El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa» (art. I-46.1 TECE). Ciertamente, la rotundidad de este principio pretende verse suavizada con la proclamación, no menos rotunda, de un «principio de democracia participativa» en el artículo I-47. Pero es claro que es una categoría que se mueve en una dimensión distinta a la que es el ejercicio de la soberanía popular. En términos de ejercicio de poder, está claro que el TECE no contempla otros mecanismos que los de la representación política.

Ello es coherente con determinadas tradiciones constitucionales (Alemania, Reino Unido), posiblemente con la mayoría de ellas, pero no lo es tanto en relación con otros Estados miembros (Italia, por ejemplo). En el caso de España, la opción de la Constitución por un sistema marcadamente representativo de democracia no ha impedido algunas previsiones de democracia directa, singularmente la modalidad del referéndum consultivo, que precisamente ha sido utilizado en el marco de la ratificación del TECE. La proclamación rotunda de la democracia representativa se antoja un tanto innecesaria: No era preciso haberlo hecho de manera expresa. Incluso ha podido enajenar algunas voluntades en torno al Tratado.

²¹ Ver también los artículos 128 a 131 CE, integrados en el Título VII («Economía y Hacienda»).

3.1.6. *Justicia*

Por fin, por lo que hace al Título VI (arts. 107 a 110 TECE), como veremos, es más lo que la Carta aporta a la Constitución Española que no a la inversa. El derecho a la asistencia jurídica gratuita está recogido en el artículo 119 CE en términos más amplios, por comparación con el párrafo tercero del artículo II-107 TECE. Parte integrante de la tradición constitucional española es la acción popular, como derecho de todo ciudadano a iniciar una acción penal (art. 125 CE), lo que no encuentra equivalente en la Carta. No parece, sin embargo, un elemento que pudiera contribuir a enriquecer los contenidos de la Carta.

3.2. Los principios

Los «principios», cuya individualización en la Carta ha sido uno de los precios a pagar por su positivización, configuran el caso posiblemente más relevante de influencia de la Constitución española en el sistema de la Carta. Es sabido cómo el artículo II-112 TECE ha incorporado un apartado 5 del siguiente tenor:

«Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de tales actos.»

Hasta ese momento, podía afirmarse sin mayor problema que lo que la Carta contenía, con arreglo a su nombre, eran *derechos* y sólo derechos. A partir de ahora, con arreglo al artículo II-112.5 TECE, la Carta, además de derechos, contiene *principios*. Lo cual plantea bastantes problemas.

En primer lugar, qué disposiciones de la Carta «contienen principios» y cuáles no (es decir, habría que pensar, cuáles, por defecto, contienen «derechos»). Segundo, qué aplicación sobre los principios tienen las restantes disposiciones del Título VII que se refieren precisamente a los derechos. Tercero, qué alcance tiene el verbo «podrán» en el referido apartado 5. Cuarto, qué significa que dichos principios sólo podrán alegarse «en lo que se refiere a la interpretación y control de legalidad de los actos que los apliquen».

Por una vez, pues, el lector de la Carta se va a dirigir con ansiedad a las «explicaciones», que han sido recogidas como «Declaración n.º 12» unida al TECE. Pero las explicaciones no aclaran gran cosa. Ésta es toda la explicación del apartado 5:

«El apartado 5 aclara la distinción entre “derechos” y “principios” reconocidos en la Carta. Según esta distinción, los derechos *subjetivos* deberán respe-

tarse, mientras que los principios deben observarse (apartado 1 del artículo 51²²). Los principios *pueden* aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos...; por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...principio de cautela..., principios de la legislación agrícola..., de estabilización de mercados y de confianza legítima...) *como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los «principios», en particular en el ámbito del Derecho social.* A título ilustrativo, ejemplos de principios reconocidos por la Carta incluyen, entre otros, los artículos 25²³, 26²⁴ y 37. En determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos de un derecho y de un principio, por ejemplo, los artículos 23, 33 y 34.»

La primera explicación no puede ser más oscura: Los derechos («subjetivos») *se respetan*, los principios *se observan*. En castellano al menos, estos dos verbos no conllevan una graduación en el nivel de exigencia, en ningún sentido. Se repite el verbo «poder» («los principios *pueden* aplicarse»), dejando abierta la posibilidad de entender que no hay un deber de aplicarlos por parte de los poderes públicos: Sería potestativo el aplicarlos o no. La continuación del párrafo parece confirmar que es necesaria la interposición de un acto de los poderes públicos (legislativo o no) para que quepa invocar un principio ante los tribunales de justicia. Pues sólo son importantes para los tribunales en orden a la interpretación o revisión de dichos actos. Una cosa sí se deja clara: los principios «no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros». Ello confirma la hipótesis de partida: La actuación o implementación de los principios por parte de los poderes públicos sería potestativa. Por otra parte, sin embargo, tampoco sería completamente libre, pues los principios, según se indica al principio del párrafo, han de «observarse».

Por fin se plantea el más elemental de los principios, casi la «Gretchenfrage»: Qué disposiciones contienen derechos y cuáles principios. Las explicaciones se limitan a poner un par de ejemplos de disposiciones que contendrían principios, si bien subrayando que lo hace únicamente a título indicativo (derechos de las personas mayores, integración de las personas discapacitadas y protección del medio ambiente). Aparte de eso pone un par de ejemplos de disposiciones que contienen elementos tanto de lo uno como de lo otro (igualdad entre hombres y mujeres; vida familiar y vida profesional; seguridad social y ayuda social).

²² Es decir, el ahora II-111, que en efecto dice textualmente que «éstos (es decir, los sujetos obligados) respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación».

²³ Es decir, el artículo II-85: «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.»

²⁴ Es decir, el artículo II-86: «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.»

Por lo demás, la «explicación», por una parte, se refiere a una jurisprudencia comunitaria de principios que no parecen guardar relación con el tipo de «principios» contenidos en la Carta (estabilización de mercados, confianza legítima) y, por otra parte, de forma bastante imprecisa, se refiere a determinados «sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los principios, en particular en el ámbito del Derecho social».

Aquí es donde entra España. El artículo 53.3 CE puede ayudar a explicar, en buena medida, cuáles son los «principios» contenidos en la Carta, cuál es su grado de vinculación y cuál el alcance de su garantía judicial ²⁵.

En primer lugar, pueden ayudar a identificar los «principios» por referencia a lo que el artículo 53.3 CE llama «los principios reconocidos en el Capítulo III». Este Capítulo III no es sino el del Título I de la Constitución, y lleva por título «De los principios rectores de la política social y económica». La voluntad de las explicaciones de aludir a estos principios españoles podría deducirse del pasaje más arriba reproducido. En efecto, las disposiciones de dicho Capítulo III contienen en su gran mayoría los que llamamos derechos sociales. Cabría utilizar como pauta interpretativa el que allí donde una disposición de la Carta se corresponda con una disposición del Capítulo III español estaríamos ante un «principio» en el sentido del artículo II-112.5 TECE. Con todo, es necesario advertir que también la Constitución española contiene algunas excepciones, que no respetan esta sistemática: Así, fuera del Capítulo III se contienen derechos sociales, como es singularmente el caso del derecho a trabajar (art. 35 CE) y dentro del Capítulo III se contienen auténticos derechos, como es el caso de la igualdad de los hijos «con independencia de su filiación», y la de las madres «con independencia de su estado civil» (art. 39.2 CE).

En segundo lugar, el alcance del verbo «observar», en relación con los principios, por contraste con el del verbo «respetar» por lo que hace a los derechos, puede también encontrar un criterio interpretativo en el precepto español cuando dice que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios... informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Esta frase contiene un mandato dirigido a los tres poderes del Estado de orientar su actuación hacia el fomento de dichos derechos sociales, aunque tal mandato se encuentre formulado en términos muy abiertos.

En tercer lugar, el segundo inciso del precepto español puede ayudar a interpretar el sentido del también segundo inciso del precepto de la Carta. El paralelismo entre ambos es evidente: «Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos» (art. II-112.5 TECE); «Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3 CE).

²⁵ «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.»

El sentido del inciso del precepto del TECE parece ser el de reconocer el control judicial ordinario tanto del Derecho de la Unión como del de los Estados miembros en ejecución de aquél cuando se trate de materias en las que se encuentren afectados los principios. Entendido así, el inciso no añade nada. El inciso español, por el contrario, parece querer decir algo más: Prevé, en efecto, la posibilidad de que el desarrollo de estos derechos sociales incorpore o reconozca acciones positivas, las cuales sí podrían ser reivindicadas ante los tribunales ordinarios.

IV. LA CONSTITUCIÓN SEGÚN LA CARTA

Pero también el proceso inverso, el más convencional de la interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución a partir de la Carta/Parte II TECE, debe ser por fin objeto de atención. De hecho, es, como sabemos, el supuesto más comúnmente admitido, es decir, el que resulta del mandato interpretativo del artículo 10.2 CE, más arriba citado²⁶.

Antes de pasar a extraer algunos ejemplos de esta influencia de la Carta sobre la Constitución conviene hacer una observación general de orden sistemática, pero con alguna repercusión sobre la comprensión española de los derechos fundamentales. En efecto, la Constitución de 1978 ofrece una peculiar estructura al establecer dos grupos de derechos, los que se integran en la Sección Primera del Capítulo II (arts. 15 a 29, más el 14) y los que se integran en la Sección Segunda del mismo Capítulo (arts. 30 a 38), siempre del Título I relativo a los Derechos Fundamentales. La peculiaridad, bien conocida, es el diferente nivel de garantías de las que se rodea a cada una de las dos secciones. A partir de aquí, sobre todo en la primera década de la jurisprudencia constitucional, se quiso ver una diferencia cualitativa entre unos y otros derechos: unos serían «fundamentales», los otros solamente «constitucionales». Esta pretensión conceptual ha ido difuminándose en la última década, pero puede afirmarse que la inexistencia de cualquier división semejante en la Carta, tal como ocurre por lo demás en el CEDH y en otros textos, va a confirmar

²⁶ «Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 de la Constitución «constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce», de suerte que habrán de tomarse en consideración «para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ... ha reconocido nuestra Constitución» [STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las «explicaciones» que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el artículo I-9.2 determina en términos imperativos que «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» (DTC 1/2004, FJ 6).

la tendencia a olvidarse de la dimensión cualitativa de esta diferencia: Los derechos integrados en la Sección I estarán rodeados de mayores garantías que los de la segunda, pero cada vez va a resultar más difícil establecer una diferente legitimidad entre unos y otros²⁷.

4.1. Dignidad

La dignidad humana, comienzan diciendo las Explicaciones, configuran un derecho fundamental. Como ya se anunciaba, la Constitución española no configura a la «dignidad de la persona» como un derecho subjetivo autónomo, sino más bien como la premisa de todos los derechos. Las explicaciones de la Carta comienzan subrayando el carácter de derecho subjetivo autónomo de la dignidad humana, en clara influencia de la concepción alemana. Y en los mismos términos se indica que se trata de un derecho a salvo de cualquier limitación de los otros derechos. Esta proclamación sin duda reforzará la posición de la dignidad humana a la hora de reivindicar el contenido de otros derechos fundamentales en el ordenamiento español.

4.2. Libertades

Lo más relevante a destacar en relación con el Título II, desde la perspectiva española, son los supuestos en los que el Tribunal Constitucional español ha invocado derechos de la Carta para fundamentar sus resoluciones. El primer caso tuvo lugar incluso una semana antes de que la Carta fuera solemnemente proclamada en Niza. En aquella ocasión, el hoy artículo II-68 TECE (protección de datos de carácter personal) sirvió para reforzar la configuración de la protección frente a la informática como un derecho fundamental autónomo, por encima de la debilidad de la formulación contenida en el artículo 18.4 CE²⁸.

La segunda resolución en la que se cita la Carta es la STC 53/2002, en la que se resuelve el recurso del Defensor del Pueblo contra la Ley 9/1994, que modificó la Ley reguladora del Asilo. El Tribunal Constitucional constata la progresiva configuración del derecho de asilo como un derecho fundamental, apo-

²⁷ Me remito a P. Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales» (1988), ahora en id., «La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución», Madrid, CEPC, 1999, pp. 23 y ss.

²⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre: «Por último, otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo artículo 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto. Pues todos estos textos internacionales coinciden en el establecimiento de un régimen jurídico para la protección de datos personales en el que se regula el ejercicio de este derecho fundamental en cuanto a la recogida de tales datos, la información de los interesados sobre su origen y destino, la facultad de rectificación y cancelación, así como el consentimiento respecto para su uso o cesión. Esto es, como antes se ha visto, un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental» (FJ 8).

yándose en particular en la circunstancia de que el hoy artículo II-78 TECE haya reconocido el derecho de asilo, y el II-79 haya incorporado la protección en caso de devolución, expulsión y extradición ²⁹.

4.3. Igualdad

En el Título III (arts. II-80 a 86 TECE) el principal enriquecimiento textual es el que se deriva de algunas prohibiciones individualizadas de discriminación que no se encuentran en su equivalente español, el artículo 14 CE, mucho más sucinto: lengua, discapacidad, edad, orientación sexual. Es claro que estas prohibiciones específicas tienen hoy vigencia en España a través de la cláusula general que cierra el artículo 14 C.E. No obstante, su consignación expresa en el artículo II-80 TECE deberá contribuir a una mayor atención pública ante cualesquiera supuestos discriminatorios. Por lo demás, tiene relevancia en el contexto español la advertencia contenida en el párrafo segundo del artículo II-83 TECE en el sentido de que el principio de igualdad «no impide el mantenimiento o la adopción de medidas concretas a favor del sexo menos representado».

4.4. Solidaridad

El Título IV (arts. II-87 a 98 TECE) es mucho más explícito y minucioso que la Constitución Española en lo que se refiere a los derechos de los trabajadores (II-87, 89, 90, 92, 93, 96), por más que contenga también muchas coincidencias con ella (II-88, 94, 95, 97, 98). Es claro que estas numerosas especificaciones tienen ya vigencia en el ordenamiento español; lo que ocurre es que ahora se las dota de una relevancia *constitucional*, que necesariamente contribuirá a reforzar su posición en el ámbito nacional.

4.5. Ciudadanía

El Título V (arts. II-99 a 106) contiene ahora en su artículo 100 el equivalente al artículo 19 TCE, que motivó en su día la única reforma que ha sufrido la Constitución española en sus ya veintiséis años de vigencia. La previsión del Tratado de Maastricht de que los ciudadanos de la Unión pudiesen pre-

²⁹ «La conexión entre asilo y seguridad en la Unión Europea no ha sido óbice para que la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea —solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000— incluya entre las «Libertades» del Capítulo II tanto el derecho de asilo (art. 18) como el derecho a no ser expulsado, extraditado o devuelto a un Estado donde haya grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 19). De esta forma la íntima conexión entre asilo, control de la inmigración y seguridad europea —a la que se ha hecho referencia más arriba— no se produce a costa del derecho de asilo, sino, antes bien, partiendo de su necesaria vigencia en el seno de la Unión» (FJ 3).

sentarse como candidatos a las elecciones locales en cualquier Estado miembro en el que tuviesen su residencia entraba en contradicción con la Constitución española, que reservaba el derecho electoral pasivo exclusivamente a los españoles. Esta reforma se llevó a cabo tras una Declaración del Tribunal Constitucional en la que se constataba tal contradicción ³⁰.

4.6. Justicia

El Título VI (arts. II-107 a 110 TECE) tiene relevancia para el ordenamiento constitucional español por cuanto proclama expresamente varios derechos que no tienen un equivalente en el texto de la Constitución española, por más que todos ellos se consideren hoy incorporados a nuestro ordenamiento constitucional por vía jurisprudencial. Tales son el principio de proporcionalidad de las penas, el derecho a la retroactividad de la ley penal más favorable (art. II-109.1) y el principio *ne bis in idem* (art. II-110).

V. CONCLUSIÓN

La principal y más evidente conclusión que cabe extraer de este examen es que al Tribunal de Justicia de la Unión Europea le queda un buen trabajo por hacer en relación con la Parte II TECE, en el marco de su competencia prevista en el artículo III-369, letra *a*) («la interpretación de la Constitución»). En esa tarea el Tribunal va a tener que echar mano de las tradiciones constitucionales, tanto de las comunes como de las nacionales. La cultura constitucional española de los derechos puede rendir un servicio no despreciable a la hora de interpretar el sentido de los principios, y en particular, del apartado 5 del artículo II-112 TECE. Más allá de ello, la España de la Constitución de 1978 está en situación de poner a disposición del Tribunal una dogmática y una jurisprudencia enormemente sólidas, que es hoy parte reconocida del patrimonio constitucional europeo ³¹.

³⁰ Reforma de 28 de agosto de 1992 introduciendo las palabras «y pasivo» en el texto del artículo 13.2 CE. La reforma vino precedida por la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio del mismo año, aprobada por unanimidad del Pleno del Tribunal.

³¹ A. Pizzorusso, «Il patrimonio costituzionale europeo», Bolonia, 2002.

II

ESTUDIOS

La Constitución para Europa ¹

Sumario: I. EL PROCESO DE ELABORACIÓN: UNA FASE DECISIVA EN LA CONSTRUCCIÓN POLÍTICA DE EUROPA.—II. EL TRATADO, ¿ES UNA CONSTITUCIÓN?—III. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO.—3.1. A modo de evolución histórica.—3.2. Los derechos fundamentales se integran en la Parte II del Tratado constitucional.—3.3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.—3.4. Las garantías jurisdiccionales.—IV. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL: UNA DIVISIÓN DE PODERES CON UN PARLAMENTO MÁS RELEVANTE.—V. LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO EUROPEO Y EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.—VI. LA ARQUITECTURA JUDICIAL DE LA UNIÓN.—VII. LA UNIÓN EUROPEA Y LAS REGIONES.—VIII. EL ESPACIO DE LIBERTAD Y SEGURIDAD: DE LO INTERGUBERNAMENTAL A LO COMUNITARIO.—8.1. Los principios generales de la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia.—8.2. Las políticas sobre los controles en las fronteras, asilo e inmigración.—8.3. La cooperación judicial en materia civil.—8.4. La cooperación judicial en materia penal.—8.5. La cooperación policial.—IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. EL PROCESO DE ELABORACIÓN: UNA FASE DECISIVA EN LA CONSTRUCCIÓN POLÍTICA DE EUROPA

El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (en adelante, *Tratado constitucional* o *Constitución europea*) es una fase más en el proceso de construcción política de Europa iniciado tras el fin de la II Guerra Mundial y cristalizado por vez primera en el Tratado de Roma de 1957, por el que se creó la Comunidad Económica Europea, con el objetivo, entonces, de establecer un mercado común europeo. Pero el Tratado constitucional de 2004 es una fase decisiva porque, tras las iniciativas de unión política llevadas a cabo en los tratados de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997) y Niza (2000), el Tratado que ahora se encuentra en fase de ratificación por los 25 Estados miembros se estructura

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra.

¹ Una versión de este trabajo será publicada en lengua catalana en la Revista Jurídica de Catalunya.

ya con una lógica constitucional. Es decir, de acuerdo a los parámetros propios de una singular organización política de Estados consorciados, la Unión Europea (UE), dotada de personalidad jurídica y con voluntad política de configurarse como un sujeto político en la esfera internacional.

Se trata de un proceso histórico configurado de acuerdo con la voluntad de los Estados y basado en la legitimidad democrática de éstos. Los Estados han sido y son los protagonistas a partir de una relación de carácter *intergubernamental* que ha llegado a un estadio de progresiva *comunitariedad*. El protagonismo de las instituciones comunes de la UE es cada vez mayor y un buen ejemplo, con sus luces y sus sombras, es el Tratado constitucional o Constitución, que ha de regir la vida política de la UE los próximos años.

El proceso de elaboración de la Constitución se ha llevado a cabo a través de una Convención de indudable base democrática, en la que bajo la presidencia del ex Presidente de la V República francesa, Valéry Giscard d'Estaing, se ha reunido representantes de las instituciones de la UE y de los Estados para elaborar un Proyecto que ahora se encuentra en fase de ratificación por los Estados miembros, en una parte de los mismos por referéndum de los ciudadanos convocados al efecto, y en otros por decisión de los Parlamentos representantes de la soberanía popular.

La Convención ha supuesto una especie de *Estados generales* europeos reunidos a fin construir un estatuto constitucional para la ciudadanía europea. Si bien la denominación convención puede asimilarse a la histórica Convención americana que dio lugar a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, es evidente que el paralelismo resulta muy forzado. Las trece colonias independizadas de la metrópoli británica surgieron de una realidad pre-estatal sin una trayectoria histórica de unión política de los representantes de las comunidades que reunieron en la Convención para establecer una Constitución de los Estados Unidos. Por el contrario, la Unión Europea surge de una base estatal históricamente consolidada tras las revoluciones burguesas británica y francesa, los procesos de unidad nacional de Italia y Alemania del último tercio del siglo XIX, las dos guerras mundiales de las que surgieron nuevos Estados independientes y nuevos Estados democráticos, etc., todo lo cual hace inviable pensar en la idea de la construcción política europea y su expresión jurídico-constitucional, con abstracción de los Estados que hoy conforman Europa. En este sentido, si se puede hablar de proceso constituyente europeo hay que referirse al mismo, como un proceso singular en el que el protagonismo estatal es inevitable. Pero, como veremos más adelante, también otros procesos constituyentes ofrecen su propia especificidad, tributaria siempre de la historia.

El resultado ha sido un tratado constitucional al que no es banal denominarlo también como Constitución. Las razones se exponen en las páginas que siguen.

II. EL TRATADO, ¿ES UNA CONSTITUCIÓN?

El derecho originario europeo ha sido construido desde los inicios, de acuerdo a la lógica establecida por los Estados. La relación intergubernamen-

tal entre los componentes de la antigua CEE y la actual UE ha sido una de las señas de identidad más significativas del proceso de formación económica y después política de la UE. El Tratado internacional ha sido la forma jurídica a través de la cual se ha expresado la institucionalización de Europea. Así, desde sus inicios, el Derecho comunitario ha sido especialmente tributario del Derecho internacional y las razones que han avalado esta realidad se han debido al protagonismo ejercido por las instituciones de los Estados sobre las, en su tiempo, incipientes instituciones europeas. Sin embargo, la configuración de Europa como una entidad dotada de personalidad jurídica tal como así lo declara el Tratado constitucional (art. I-7) supone, hasta ahora, la expresión de una institucionalización jurídica en la que el Derecho comunitario surgido del proceso de integración europea ha ido adquiriendo una entidad propia, una evidente autonomía de las categorías dogmáticas del Derecho Internacional que permiten explicar una nueva realidad jurídica con base en nuevos conceptos jurídicos, como son los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y otros surgidos de la relación de preeminencia del Derecho comunitario sobre el ordenamiento de los Estados en materias de su competencia. Esta sustantividad del Derecho comunitario permite ya denominar el derecho originario de la Unión Europea como Derecho constitucional europeo. Las razones para que ello sea así parten de la existencia de elementos suficientes para considerar que el Tratado constitucional, con los matices que se quieran, responde a las exigencias básicas que permiten definir, de acuerdo con el principio racional-normativo del constitucionalismo contemporáneo, el concepto de Constitución. Dos argumentos permiten sostener que el Tratado constitucional, es un texto escrito que cumple, en esencia, con el canon del constitucionalismo surgido del Estado liberal-democrático que inspira las Constituciones de los Estados miembros de la UE: uno es *formal* y se fundamenta en idea de supremacía jurídica, y el otro es *material* y se justifica en razón a un contenido basado en una —cierto es— singular división de poderes y en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En efecto, desde un punto de vista formal, el Tratado constitucional establece un principio general de primacía del Derecho europeo, sobre el Derecho de los Estados, en los siguientes términos: «*La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros*» (art. I-6). Se trata, no obstante, de una primacía que no tiene carácter general, sino que opera parcialmente, es decir, en aquellos ámbitos materiales del ordenamiento en los que la UE dispone de competencias, ya sean éstas exclusivas o compartidas. El Tratado constitucional es norma jurídica preeminente y además determina el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico europeo. Por tanto, el derecho europeo se configura como un ordenamiento jurídico singularizado.

Desde un punto de vista material se hace necesario evocar el canon que supone el célebre texto de la Declaración revolucionaria francesa que reconoció los *Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789* y que hoy es parte integrante de la Constitución de la V República de 1958: «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pou-*

voirs déterminée, n'a point de constitution.» Pues bien, el Tratado constitucional asegura en su Parte II una amplia Carta de Derechos fundamentales como límite a la acción de los poderes públicos (de la UE y de los Estados) y también a la actividad de los particulares, junto a un sistema de garantías jurisdiccionales que habrá de descansar en la interrelación de tres pilares: la garantía de los Tribunales estatales, la que proporcione el Tribunal de Justicia de la UE y, a su vez, la que asegure el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la medida que el Tratado Constitucional establece en su artículo I-9.2 la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Y el Tratado constitucional articula una organización institucional que se asemeja, con diferencias específicas, a una singular separación de poderes (Parte I, Título V y Parte III, Título VI, Cap. I), a saber: un Parlamento elegido por sufragio universal que ha visto acrecentados sus poderes, tanto en la función legislativa como en la de control; el Consejo Europeo, con funciones de impulso y dirección política; el Consejo de Ministros con poderes también legislativos y ejecutivos; la Comisión Europea con funciones de ejecución y gestión y el Tribunal de Justicia de la Unión que ha de ejercer una doble función jurisdiccional: por una parte, devenir la jurisdicción constitucional de la Unión y, por otra, y junto con los órganos dependientes del Poder Judicial de los Estados miembros, configurar el Poder Judicial de la Unión.

El procedimiento de reforma previsto en el artículo IV-443 y siguientes (en especial, el 445) establece un criterio de revisión constitucional basado en la regla de la unanimidad exigible en el Consejo Europeo. Son los Estados, individualmente considerados, los que determinarán con su consentimiento la eventual reforma de la Constitución europea. Ciertamente, éste es un ejemplo claro en el que la lógica intergubernamental que ha presidido la construcción europea se mantiene en demérito de la lógica comunitaria.

Además, el Tratado constitucional permite la separación de un Estado miembro (art. I-60), otra singularidad del modelo constitucional que propone, atípica en la estructura interna de los Estados compuestos que integran actualmente la UE.

En consecuencia, éstos son los trazos esenciales que permiten razonablemente utilizar el concepto de Constitución para referirse al Tratado constitucional, a pesar de la singularidad que supone que la Constitución de la UE no se sustente en la existencia de un *demos* propio (no hay un pueblo europeo pero sí unas condiciones básicas de ciudadanía) ni tampoco en una base estatal: la UE no es un Estado, sino una entidad dotada de personalidad jurídica integrada por una agrupación de Estados organizada con una perspectiva que probablemente habrá de ser de carácter federal.

Desde luego, todo lo expuesto hasta ahora no es óbice para introducir algunos elementos que necesariamente han de coadyuvar a relativizar una posición que se muestre excesivamente concluyente sobre los trazos constitucionales del Tratado firmado en Roma en diciembre de 2004. En primer lugar, porque formalmente la denominación empleada por la Convención presidida por el presidente francés V. Giscard d'Estaing ha sido la de tratado y el procedimiento establecido para su incorporación al ordenamiento jurídico esta-

tal es el que establezcan las Constituciones de los Estados miembros. En este sentido, la dependencia del Tratado constitucional a lo que establezcan las constituciones de los Estados miembros es notoria.

En segundo lugar, se ha afirmado que mal puede concebirse como Constitución al resultado de un proceso que en nada se asemeja a un proceso constituyente, fruto de un acto originario de soberanía, ya que se apuntaba en el apartado anterior, el Tratado constitucional ha sido la consecuencia de un proceso de síntesis, de construcción en fases, que hasta ahora ha llegado a un estado que tampoco ha de entenderse como definitivo. Sin embargo, el concepto de proceso constituyente es —entre otros— un buen ejemplo que obliga a analizar la construcción jurídica europea sin encorsetamientos dogmáticos y desvinculado de las categorías clásicas de la Teoría de la Constitución. Porque, por ejemplo, el concepto de poder constituyente es especialmente metajurídico. Se trata de una noción más propia de la Teoría Política en la que las variables históricas sirven mucho más que las categorías asentadas por la dogmática jurídica para explicar su contenido. En este sentido, un somero repaso a los procesos constituyentes europeos no proporciona respuestas muy distintas a la noción clásica, según la cual un acto originario del pueblo soberano traslada al depositario de la soberanía popular, el Parlamento, la decisión constituyente de dotarse de una Constitución. En este sentido, por ejemplo, no es lo mismo el proceso de elaboración de la Constitución de Portugal de 1976, tras el derrocamiento de la dictadura salazarista por la revolución de 25 de abril de 1974, que la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn, en una Alemania ocupada por los aliados que son los que, a la postre redactan —especialmente los asesores jurídicos de los Estados Unidos— la Constitución de la Republica Federal. Tampoco son asimilables los procesos constituyentes de la Republica Italiana, surgida tras un referéndum por el que se rechaza la monarquía y se adopta la forma republicana de gobierno, tras el hundimiento del régimen fascista y, por ejemplo, el que da lugar, finalmente, a la Constitución española de 1978, surgida tras un proceso legal que no rompe con el ordenamiento jurídico franquista, sino que a partir de éste se aprueba una ley puente —la Ley para la Reforma Política de 1977— que, en función del resultado surgido de las primeras elecciones democráticas de 17 de junio de 1977, determina una reforma de las Leyes Fundamentales de la dictadura de Franco, una reforma que concluye con la aprobación de la Constitución, que en sí misma fue el primer elemento de ruptura jurídica con la *legalidad* anterior. Y así, podríamos continuar, por lo que negar al Tratado su dimensión constitucional por la ausencia de un proceso constituyente clásico resulta ser un argumento especialmente débil.

Mayor relevancia en este sentido puede tener el hecho de que, por ahora, la UE no dispone de un aparato administrativo de gobierno sólido y completo en todos los ámbitos materiales; así, por ejemplo, todo lo que concierne al *ius puniendi* son todavía los Estados los que ejercen el poder, sin perjuicio de que en el futuro, el Parlamento europeo pueda ejercer su potestad legislativa armonizadota en relación a determinados tipos delictivos (arts. III-270 a 274). O que su presupuesto sea comparativamente muy inferior al conjunto

de los Estados miembros. O que la UE carezca de un Poder Judicial propio y que éste lo aporten los Estados miembros. O, en fin, que el proceso jurídico de integración venga predeterminado por las normas de apertura previstas en las Constituciones estatales (Jiménez Asensio). Pero todo ello no impide sostener que, en razón a una serie de variables esenciales, el Tratado constitucional supera el canon exigible para considerar razonablemente que responde a las características propias de una Constitución.

III. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, hecho en Roma el 29 de octubre de 2004, introduce un elemento definitorio de su contenido constitucional: el reconocimiento de derechos y libertades, dotados de garantías jurisdiccionales

Sin duda, una de las novedades de mayor relieve que presenta respecto de lo que hasta hoy conforma el Derecho originario de la Unión, es la incorporación en su Parte II de la Carta de Derechos Fundamentales que fue proclamada en el Consejo Europeo de Niza, en diciembre de 2000. Con ello, el Tratado cumple con uno de los requisitos exigibles a un texto con pretensiones de ser una Constitución: el reconocimiento de derechos y libertades de los ciudadanos para que de esta forma quede limitada la acción de los poderes públicos. Se trata de una condición ineludible del constitucionalismo racional normativo establecida en los albores del primer liberalismo, cuando en el artículo 16 de la célebre Declaración revolucionaria francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano se establecía que carece de Constitución aquel país en el que los derechos no son garantizados ni la división de poderes asegurada. El Tratado constitucional cumple con esta condición, siendo ésta la primera ocasión en la que el Derecho europeo así lo hace, situándose por tanto en la órbita propia de una norma de naturaleza constitucional. Sin embargo, se trata de una excepción en el proceso de construcción de la Europa política. Porque hasta ahora los Tratados que han conformado el Derecho comunitario y que son el armazón del futuro Derecho constitucional, si bien no han ignorado los derechos y libertades como referente interpretativo, es lo cierto que han operado bastante al margen de los derechos y libertades de la ciudadanía.

3.1. A modo de evolución histórica

Es preciso recordar sumariamente que la Europa comunitaria del antiguo mercado común reflejada en el Tratado de Roma de 1956 se articuló en base a las cuatro libertades que han caracterizado la construcción de la unión económica, es decir, las libertades de circulación de trabajadores, mercancías, ser-

vicios y capitales. Los tratados comunitarios apenas han contenido referencias a los derechos fundamentales y, en todo caso, nunca hasta la aprobación del Tratado constitucional de 2004 han previsto el reconocimiento explícito de una declaración de derechos propia para la antigua Comunidad Europea o después de la Unión. Con el aval de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJ), se consideraba que ello era competencia de los Estados: a este respecto, se ha entendido que la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho de los Estados sentada en la sentencia *Costa/Enel* de 1964, imponía que el Derecho comunitario garantizase los derechos fundamentales. Desde luego, se trataba de un planteamiento muy esquemático y, por supuesto, enormemente inseguro sobre la efectividad de las garantías jurisdiccionales que Europa podía ofrecer frente a la aplicación de su propio ordenamiento a fin de preservar los derechos y libertades.

Un primer punto de inflexión sobre esta acomodaticia tendencia de la jurisprudencia comunitaria se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia contenida en el caso *Stauder* (1969), en cuya fundamentación jurídica se señala acerca de la posición jurídica de los derechos en el sistema jurídico de la CEE que los mismos *forman parte de los principios del Derecho comunitario*. En la misma línea se inscriben posteriores resoluciones del mismo TJ en las que se establece que los derechos fundamentales han de ser deducidos de las tradiciones constitucionales de los Estados (caso *Handelsgesellschaft*, 1979) o, incluso, de los Tratados internacionales, y entre éstos, en especial del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma (1950) —CEDH—, como apuntaba la STJ del caso *Nold* (1974).

Pero, no obstante, estos esfuerzos de la jurisprudencia comunitaria por situar a los Tratados fundacionales en una lógica proclive a reconocer límites a la aplicación del Derecho comunitario, más allá de las fronteras de las cuatro libertades clásicas, la desconfianza mostrada por algunos Estados hacia la efectividad de la garantías jurisdiccionales ofrecidas por la Comunidad Europea frente a la aplicación de su derecho, hicieron que —por ejemplo— tanto en Italia (en la sentencia de la Corte Costituzionale en el caso *Frottini* (1973)— como sobre todo en Alemania, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, dictada en el caso *Solange I* (1974) se pusiesen de manifiesto las reservas frente a las posibilidades garantistas ofrecidas por los tratados europeos. Así, se establecía que mientras Europa no ofreciese a los ciudadanos alemanes un nivel o estándar de garantía para sus derechos equivalente al que ya les proporcionaba la Constitución germánica y sus instituciones jurisdiccionales, había de continuar siendo el Tribunal Constitucional de la RFA el órgano que garantizase sus derechos fundamentales.

La advertencia contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal *Solange I* hizo reaccionar de nuevo al TJCE, quien pocos años después, en su sentencia dictada con motivo del caso *Hauer* (1979) mostró su disposición a reconocer los derechos contemplados en las tradiciones constitucionales de los Estados y, de forma más precisa, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con especial a los derechos de propiedad, libertad profesional, inviolabilidad de domicilio, libertad económica, derechos de la personalidad,

protección de datos personales, la libertad de opinión, la libertad de prensa, la libertad religiosa y de confesión, la libertad de investigación científica, protección de la familia, derechos fundamentales procesales y, desde luego, el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado. Consecuencia de esta nueva posición de la jurisdicción de Luxemburgo, su homóloga de Karlsruhe dictó una nueva sentencia con motivo del caso *Solange II* (1986) que permitió al Tribunal Constitucional alemán considerar que la jurisprudencia comunitaria, a través de la acción pretoriana del TJCE, había desarrollado una serie de criterios que permitían asegurar a los ciudadanos alemanes un grado de garantía jurisdiccional de sus derechos homologable con el dispensado por el sistema alemán.

Sin embargo, y tras los avances en la institucionalización en una primera fase de la unión política de Europa, con motivo del proceso de ratificación por los Estados del Tratado de Maastrich (1992), de nuevo la jurisdicción constitucional alemana volvió a expresar sus reticencias acerca de las garantías relativas a los derechos fundamentales, al establecer en su sentencia de 12 de octubre de 1993 relativa al Tratado de la Unión Europea (TUE), su reserva de competencia a fin de asegurar la garantía general de un estándar indisponible de derechos, que se extendía incluso sobre los actos derivados directamente de los órganos comunitarios. En términos generales se pronunció en este sentido la Corte Costituzionale italiana.

Pero en todo caso, este proceso pone en evidencia que a pesar de las reservas estatales, el TJCE ha ido creando una jurisprudencia en materia derechos que ha acentuado su labor garantista, más allá de la protección de las cuatro libertades clásicas que dieron luz a la unión económica y aduanera en Europa. De tal forma que si bien hasta el Proyecto de Tratado Constitucional de la Unión de 2004, no ha habido una declaración sistemática de derechos exigibles frente a la aplicación del Derecho comunitario por los órganos de la Unión y de los Estados, a partir la actividad jurisdiccional del TJCE sí que se ha ido construyendo un sistema de protección de derechos que ha abarcado aquellos tan relevantes como el derecho a no ser sometido a trato discriminatorio, en especial con establecimiento de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, la libertad de asociación y la protección del secreto comercial. Además, tras la entrada en vigor del TUE de Maastrich se incorporaron al acervo comunitario los derechos de ciudadanía (derecho de sufragio activo y pasivo) así como se aseguró el respeto a los derechos fundamentales tal como éstos eran garantizados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH; Roma, 1950) y en las tradiciones constitucionales de los Estados.

Este planteamiento suscitó la asunción de un reto al que la UE había de dar respuesta: su adhesión al CEDH de 1950. Pero, sin embargo, el TJCE declaró en su Dictamen 2/94 que la garantía de los derechos no constituía una esfera propia de la competencia de la UE, razón por la cual la adopción de las normas contenidas en el citado Convenio de Roma comportaba incorporar una competencia extraña a los Tratados originarios, por lo que, salvo la reforma previa de éstos, no era posible la adopción de una declaración propia de derechos. En este contexto, ya se hacía ineludible la revisión del Derecho ori-

ginario y así lo manifestarían diversos Consejos Europeos, sobre todo el de Colonia (1999), en el que se acuerda visualizar una Carta de derechos fundamentales de la Unión, y en el de Tampere se decide aprobar un procedimiento de elaboración a través de una Convención. Finalmente, el año siguiente, en el Consejo de Niza, si bien fracasa el intento de incorporar la Carta a la parte dispositiva de los Tratados, se decide que sea proclamada en diciembre de 2000, a la espera de mejores circunstancias de orden político que, a la postre, son las que se concitaron para aprobar el *Tratado por el que instituye una Constitución para Europa*, aprobado en Roma el 29 de octubre de 2004.

3.2. Los derechos fundamentales se integran en la Parte II del Tratado constitucional

En efecto, la Carta de Derechos Fundamentales proclamada en 2000 ha sido incorporada en su integridad en el Tratado constitucional, con el añadido de una Declaración relativa a las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, que fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta. Han sido actualizadas por el Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen —matiza la citada Declaración— un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta.

Su contenido y estructura es esencialmente tributario de las aportaciones del constitucionalismo surgido tras la Segunda Guerra Mundial: las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones de Italia, la Ley Fundamental de Bonn y el preámbulo de la Constitución de la IV República Francesa, así como las contenidas en las democracias del sur de Europa que hoy forman parte de la Unión (Grecia, Portugal y España), han sido un referente tenido en cuenta por la Convención que elaboró la Carta. En este sentido, es preciso constatar que su contenido no introduce grandes innovaciones respecto de las tradiciones constitucionales europeas, a excepción, entre otros pocos ejemplos, de la constitucionalización del derecho a una buena administración (art. II-101).

La proclamación de la Carta en 2000 supuso revertir el sentido del Dictamen 2/1994 del TJCE por el que se resolvía que la regulación de los derechos fundamentales no formaba parte de las competencias de la Unión. Con su incorporación al Tratado constitucional de Roma de 2004 se consolida uno de los aspectos más relevantes de éste, cual es el institucionalizar un límite al poder de la Unión y de los Estados cuando aplican el Derecho europeo. Los derechos son límites al poder tanto de las instituciones públicas como a las acciones de los particulares. De esta forma la Carta supuso la configuración de un *Bill of Rights* europeo que ha permitido visualizar el límite al poder a través de los derechos, que ya la jurisprudencia de Luxemburgo había iniciado bastantes años antes a través de su acción pretoriana. La

institucionalización de los derechos supone, sin duda, un crecimiento de la legitimidad democrática de la Unión (Alonso García) y le ha de permitir disponer de un marco constitucional propio para el desarrollo de políticas públicas en materia de derechos fundamentales. El reconocimiento explícito de una declaración de derechos es una forma de fortalecer la integración y la legitimación del ordenamiento europeo en su conjunto (Cappelletti, Secombe y Weiler).

Por otra parte, la relevancia que para el continente europeo ha tenido en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) como la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ha hecho que el Tratado constitucional establezca explícitamente que la Unión se adherirá al CEDH, sin que por esta causa las competencias de la Unión se vean modificadas. Tanto los derechos y libertades que forman parte del CEDH, como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. I-9, apartados 2 y 3).

Con la entrada en vigor del Tratado constitucional, la ciudadanía europea verá aumentados los referentes normativos que ha de asegurar sus derechos y libertades: a lo previsto en las Constituciones de los Estados miembros y en los Tratados y Convenios internacionales, hay que añadir lo dispuesto en la Parte segunda del Tratado. Esta diversidad plantea, sin duda, la posibilidad de una diferencia de grado de protección o de estándar de garantía; y es evidente que para dar respuesta a un problema que de producirse sería insostenible, el Tratado establece que *«ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como las Constituciones de los Estados miembros»*.

3.3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

La naturaleza de los derechos reconocidos. En su Preámbulo, la Carta sitúa a la persona como sujeto destinatario básico de la actividad de los poderes públicos de la UE y de los Estados miembros. Es decir, cuando la UE crea un espacio de libertad, seguridad y justicia (la ciudadanía europea), es la persona, el individuo, el núcleo básico de la su actuación y, por tanto, el único sujeto de derechos. No obstante, ello no es obstáculo para que la idea de grupo o identidad colectiva pueda ser también entendida como un bien jurídico susceptible de protección. Así, se afirma que la preservación de los valores comunes en los que funda la Carta de la UE se basa en *«...el respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa...»*, lo cual parece habilitar la idea de que la Carta no sólo se funda en los derechos de la persona individual, sino asimismo también en aquellos otros que, siendo también de titularidad indi-

vidual, presentan, no obstante, una indudable dimensión colectiva, vinculada —sobre todo— a la identidad nacional de una colectividad o grupo humano. Parece como si al referirse a los pueblos de Europa, la Carta asuma que los viejos Estados nacionales europeos integran en su territorio o fuera del mismo, realidades nacionales diversas que no coinciden con el Estado-nación institucionalizado en las Constituciones estatales en el que se encuentran enclavados y que, por tanto, estas realidades requieran de protección en lo que concierne a su cultura y tradiciones. Ahora bien, siendo ello factible, y, por tanto, asumiendo que la Convención que elaboró la Carta no desconocía la realidad plurinacional en algunos de los Estados de la UE, el Preámbulo se cuida mucho de precisar que esta realidad lo es sin perjuicio del respeto a «la identidad nacional de los Estados miembros», con lo cual la Carta se aleja de cualquier planteamiento que pueda cuestionar el binomio Estado-nación institucionalizado en los Tratados fundacionales de la UE. Finalmente, esta difícil conjunción entre la realidad estatal y la pluralidad nacional interna se conjuga con un escrupuloso respeto a las diversas formas de descentralización política diseñada por las respectivas Constituciones de los Estados europeos: «*La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto —a— la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local...*»

La Carta aborda las cuestiones referidas a la *titularidad* en relación con cada uno de los derechos fundamentales de acuerdo al carácter individual de aquélla: así, la Carta emplea expresiones como «toda persona» o «todo ciudadano», de manera tal que no ofrece dudas acerca de la titularidad individual de los derechos. Si acaso, los aspectos más controvertidos que pueden derivarse son los relativos a la titularidad de algunos de estos derechos fundamentales por las personas jurídicas.

Los derechos reconocidos por la Carta pueden integrarse en tres grupos diferenciados, que se identifican con los que, en general, las Constituciones de los Estados miembros de la UE reconocen: los derechos individuales y de participación; los derechos sociales que requieren un nivel específico de prestación por los poderes públicos y que suponen la gran novedad en el ámbito del Derecho europeo, que por vez primera incorpora derechos de esta naturaleza jurídicamente exigibles. Y, finalmente, constitucionaliza los nuevos derechos referidos a la protección de la bioética (art. II-63); la protección de los datos personales (art. II-68); la salvaguarda del medio ambiente (art. II-97) e, incluso, el singular derecho a una buena administración (art. II-101). Por tanto, la Carta se aproxima a los derechos fundamentales entendiéndolos no sólo como una garantía o límite frente a los poderes públicos, y en especial del legislador, sino también como objetivos a cumplir por parte del Estado. Si en el CEDH la aceptación de los derechos sociales sólo resultaba por vía indirecta, en la Carta su reconocimiento es explícito.

La finalidad de los derechos reconocidos que permiten justificar los límites a los mismos no sólo es la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás, sino también alcanzar los objetivos de interés general reconocidos por la UE. Por tanto, además de la protección de los intereses de orden individual, la Carta obliga —o mejor, podrá obligar al TJCE— a proteger inte-

reses de orden general que se habrán de imponer a aquellos que eventualmente puedan defender los Estados miembros.

Los derechos individuales y de participación. En materia de derechos civiles y políticos, la Carta se ha encontrado con un referente importante como es la CEDH. Los avances conseguidos a través de la aplicación de la misma desde 1950 y, especialmente, mediante la interpretación jurisdiccional del TEDH, no podrán ser obviados cuando se trate de fiscalizar la actuación de los poderes públicos comunitarios y estatales en aplicación del Derecho comunitario. Esta jurisprudencia constituye —en palabras del propio TEDH— «*un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales*», de manera que sean garantizados «*unos derechos que no son teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos*» (Sent. *Matthews c/Reino Unido*, de 18 de febrero del 1999).

La diferencia más sustantiva entre los derechos individuales y los de participación política es que, en general, los primeros son reconocidos a las personas mientras que los segundos tienen como titulares activos sólo a los ciudadanos europeos. De esta forma, la Carta aleja a los residentes extranjeros de la participación política, sin perjuicio —claro está— de lo que al respecto puedan establecer las Constituciones de los Estados en determinados niveles de la representación política. Por tanto, en cuanto a la titularidad de los derechos de participación y más en general —según la denominación empleada en el texto— de los derechos de ciudadanía (Título V, art. II-99 a art. II-106), la Carta establece un criterio de geometría variable (Simon). Así, el ciudadano europeo es el único titular del derecho de sufragio en su doble faceta activa y pasiva a las elecciones al Parlamento Europeo y a las municipales (arts. II-99 y II-100); del derecho de acceso a los documentos (art. II-102); a la garantía no jurisdiccional que proporciona el Defensor del Pueblo (art. II-103); al derecho de petición (art. II-104) y la protección diplomática consular (art. II-106). Mientras que la titularidad se amplía a todas las personas en el ejercicio del derecho a la buena administración (art. II-101); al derecho a dirigirse en las lenguas de los Tratados a los poderes públicos de la UE (art. II-101); a la libertad de circulación y residencia, aunque en el caso de los extranjeros, sólo como una posibilidad dependiente de la decisión de la Administración pública, en la medida en que se dispone que «*se podrá conceder...*» a favor de «*los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro*» (art. II-105).

La enumeración de derechos fundamentales se entiende como un nivel o estándar mínimo que debe ser asegurado frente a los actos de las instituciones europeas o estatales en aplicación del Derecho comunitario, sin perjuicio de un mayor nivel de garantía que puedan proporcionar las legislaciones de los Estados. Así lo establece el artículo II-113 de la Carta ya invocado en el apartado anterior.

En general, el contenido de los derechos fundamentales reconocidos es especialmente tributario del Derecho internacional, del CEDH y, por supuesto, de las previsiones normativas —en ocasiones a veces de forma absolutamente mimética— de las Constituciones de los Estados. Ciertamente, y aun siendo un texto de nueva planta en la historia del Derecho comunitario, la Car-

ta de Derechos Fundamentales no ha sido elaborada *ex novo* porque la jurisprudencia del TJCE ya ha venido realizando una labor interpretativa de gran relieve. Y uno de los ámbitos en los que ésta se ha manifestado de forma más decisiva ha sido el relativo a la garantía de la igualdad frente a los actos discriminatorios.

El *derecho a no ser discriminado* (art. II-81). Este precepto introduce, entre otros límites, la prohibición de discriminación por razón de pertenencia a una minoría nacional. Asimismo, el artículo I.4.2 del Tratado constitucional establece que «*en el ámbito de aplicación de la Constitución, y sin perjuicio de sus disposiciones particulares, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad*». Esta reserva a favor del derecho de los Estados podría habilitar un cierto margen de maniobra para tratamientos diferenciados en virtud de la nacionalidad. El reto que se le plantea a la Unión Europea se centra en evitar que las diferencias que puedan establecerse en materia de derechos de libertad básicos, sobre todo con relación a los nacionales de terceros Estados no miembros de la Unión, no respondan a criterios de proporcionalidad. No obstante, en principio hay que considerar que constituye un límite a esta tentación lo preceptuado en el artículo II-83 de la Carta en la medida en que establece que «*La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística*». Es evidente que, atendido el contenido de la Carta y los criterios de titularidad de los derechos ya señalados, tal respeto no puede quedar constreñido sólo a la cultura, la religión y la lengua de los Estados miembros.

Respeto a la diversidad en materia lingüística, ésta tiene sus límites en las lenguas que ostentan la condición de oficiales en las instituciones comunitarias, es decir, en las lenguas comunes de los Estados. Por el contrario, aquellas otras que son cooficiales en un territorio determinado de los respectivos Estados, no gozan, por ahora, del mismo estatuto. En este sentido, habrá que entender que la protección a la que se refiere la Carta se ha de traducir en políticas públicas de fomento. En términos más concretos, el régimen lingüístico de la UE queda delimitado a aquellos idiomas que tienen el carácter de oficiales en el espacio europeo, lo cual ha de permitir que «*toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua*» (art. II-101.4).

En lo que concierne a la *igualdad entre hombres y mujeres* (art. II.83), la Carta acepta la adopción de medidas de discriminación positiva para paliar discriminaciones por razón de sexo: «*El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.*» Con ello la Carta se sitúa en la línea adoptada por la jurisprudencia del TJCE, en el caso *Abrahamson* (St. de 7 de julio del 2000), que desarrolla la posición ya adoptada en el caso *Marshall* en 1998, que a su vez mataba los criterios empleados en el caso *Kalanke*.

Pero, sin lugar a dudas, en materia de derechos la aportación más novedosa que se contiene el Tratado constitucional es la relativa a la constitucionalización de los derechos sociales. En efecto, cuando la Carta fue proclamada en el Consejo de Niza en 2000, destacó ya entonces por un hecho de especial relieve e insólito en el Derecho comunitario: la incorporación de un impor-

tante catálogo de derechos sociales específicos que exigen de los poderes públicos un especial nivel de procura asistencial. No hay que olvidar, en este sentido, que con excepción de la libertad sindical, la CEDH no reconoce otro derecho de esta naturaleza, si bien la realidad jurisprudencial ha sido mucho más compleja en la medida en que ya desde su sentencia de 9 de octubre de 1979, el TEDH reconoció la vinculación entre los derechos civiles y políticos con los derechos sociales (Sudre).

El Título IV de la Parte II del Tratado constitucional codifica bajo el rótulo de solidaridad un importante catálogo de derechos sociales (Jacque), entre los que cabe reseñar los siguientes: derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y acción colectiva; derecho de acceso a los servicios de colocación; protección en caso de despido injustificado; condiciones de trabajo justas y equitativas; prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo; derecho de la vida familiar y la vida profesional; seguridad social y ayuda social; protección de la salud; acceso a los servicios de interés económico general; protección del medio ambiente y protección de los consumidores. Se trata de un reconocimiento de derechos, algunos de ellos propios del ámbito de las relaciones jurídico-laborales, que se recoge el Tratado con un especial detalle y concreción muy superior a lo que sobre ellos mismos prevén las Constituciones de los Estados miembros.

No obstante, hay que señalar que en algunos de estos derechos la Carta se muestra absolutamente subordinada a las prescripciones vigentes, tanto en el Derecho comunitario como en las legislaciones nacionales de los Estados, con lo cual el valor jurídico que pueda tener la Carta en el futuro queda muy condicionado e, incluso, puede resultar superfluo en lo que respecta a derechos como la protección de la seguridad social y la ayuda social o el acceso a los servicios de interés general. La fórmula de remisión que habitualmente se incorpora a la tutela de estos derechos es aquella según la cual la protección del derecho en cuestión —por ejemplo, la seguridad social— se establece de acuerdo a «...las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales». Y la legislación estatal destinataria de esta remisión es, sobre todo, la legislación de extranjería que es la que —a su vez— predetermina las condiciones para la aplicación a los extranjeros de lo previsto en la legislación sectorial (sanidad, asistencia social, etc.) de las condiciones de goce de los derechos de prestación social a las que pueden acogerse. Y si ésta fuese restrictiva, el riesgo de consolidar ciudadanos de dos clases, en función de la nacionalidad, puede traducirse en una realidad tangible. Un buen ejemplo de ello, ya lo plantea la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, en la redacción surgida de su modificación por la *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*, cuando hace depender el ejercicio de derechos fundamentales de un requisito administrativo —no establecido en la Constitución— cual es el de haber obtenido la autorización de estancia o residencia en España.

En el capítulo de los nuevos derechos, destaca por su singularidad el que la Carta denomina *el derecho a una buena administración* (art. II-101). Su justifi-

cación se basa en la preceptiva justiciabilidad de los actos de la Administración Pública de acuerdo con unos determinados principios de organización y funcionamiento que la deben presidir. De acuerdo con ello, la Carta establece que en el procedimiento administrativo se debe reconocer el derecho de audiencia al interesado cuando un acto administrativo le afecte negativamente; el derecho de acceso al expediente; el deber de la Administración de motivar sus decisiones; y, asimismo, se incorpora también la responsabilidad objetiva de la Administración por los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones.

Los derechos que permiten delimitar la *ciudadanía europea* se encuentran reconocidos en el Título I de la Parte II (arts. II-99 a II-106). El *estatus* jurídico general de la ciudadanía, en tanto que es uno de los objetivos de la Unión, significa que toda persona que disponga de la nacionalidad de un Estado miembro posee, simultáneamente, la ciudadanía de la Unión y la que le corresponde por ser nacional de un Estado miembro, sin que la primera sustituya a la segunda (art. I-10). La manifestación jurídica de este *status* de ciudadanía europea se concreta en: el derecho de sufragio activo y pasivo, tanto en las elecciones al Parlamento Europeo como en las elecciones municipales; en el ya citado derecho a una buena administración; en el derecho de acceso a los documentos de las instituciones y órganos de la Unión, cualquiera que sea su soporte; el derecho de acceso a una garantía no jurisdiccional como es el Defensor del Pueblo; el derecho de petición ante el Parlamento europeo; la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros y, finalmente, el derecho a la protección diplomática y consular en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que el ciudadano es nacional, por parte de la representación de cualquier otro Estado miembro que sí disponga.

La constitucionalización de los derechos y de sus garantías jurisdiccionales, que son abordadas en la tercera parte de este trabajo, se complementa con la institucionalización del *Defensor del Pueblo*, como magistratura de persuasión para fiscalizar los casos de mala administración en los que se encuentren implicados órganos de la UE, excepción hecha del TSJC en el ejercicio de funciones jurisdiccionales (art. II-103).

3.4. Las garantías jurisdiccionales

Cuando la Carta europea de Derechos Fundamentales fue proclamada en Niza, era evidente que esta decisión política suponía un límite a las pretensiones más optimistas que perseguían incorporar su contenido al Tratado que entonces se aprobaba; es decir, integrarla en el Derecho originario de la Unión. Tal opción no fue posible, con lo cual su eficacia jurídica no era entonces efectiva, pero ello no impidió que su parte dispositiva fuese invocada como parámetro interpretativo por órganos jurisdiccionales en algún Estado miembro (Díez-Picazo). Éste fue el caso de la STC 292/2000, relativa al recurso de inconstitucionalidad presentado contra la *Ley Orgánica 15/1999*,

de 13 de diciembre, de *Protección de Datos Personales*, en la que el Tribunal Constitucional español acudió en un *obiter dictum* a las previsiones de la Carta en relación a la llamada libertad de autodeterminación informativa, incluso en fechas ante de la citada proclamación en el Consejo de Niza.

Con su incorporación íntegra en la Parte II del Tratado constitucional, a la que hay que añadir la *Declaración específica relativa a las explicaciones que sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, la ciudadanía europea ya dispone de una Declaración de derechos y de un sistema de garantías jurisdiccionales para la tutela de sus derechos frente a las disposiciones legislativas y administrativas y actos de las instituciones de la Unión y de los Estados que apliquen Derecho europeo.

El ámbito de aplicación de la Parte II es el de la actividad de los órganos de la Unión y de los Estados cuando, en efecto, aplican del Derecho europeo, en el marco del respeto al principio de subsidiariedad, es decir, de acuerdo con las competencias de cada administración y siempre que los objetivos de la Unión, no tratándose de competencias exclusivas de la misma, no puedan ser alcanzados de forma suficiente por el ente administrativo más próximo al ciudadano (art. I-11). De tal forma que la articulación de las garantías del cumplimiento de los derechos y principios reconocidos en el Tratado, no supone una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho la Unión, más allá de las competencias que ésta ya dispone (art. II.111).

En cuanto al *alcance e interpretación de los derechos y principios*, el Tratado establece que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos habrá de ser establecida por ley, la cual deberá respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades (una cláusula de evidente inspiración fundada en las Constituciones de Alemania y de España) y dentro del respeto al principio de proporcionalidad. Estas limitaciones sólo podrán introducirse siempre que sean necesarias y respondan a objetivos de interés general reconocidos por la Unión.

Es evidente, que el contenido de esta Parte II —fruto de las tradiciones constitucionales que incorpora— es similar a las Constituciones de los Estados y al CEDH. Respecto de éste, el Tratado establece que en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que confiere el Convenio, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión proporcione una protección más extensa. En un sentido similar también se pronuncia la Carta, cuando se trata de la correspondencia de su contenido con las tradiciones constitucionales, estableciendo que los derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

Tras la aprobación del Tratado constitucional en diciembre de 2004, a la Carta se le ha añadido —como se exponía con anterioridad— una Declaración relativa a las explicaciones a su contenido, que en la medida en que contienen criterios jurisprudenciales ya asentados por el Tribunal de Justicia de la Unión, han de ser concebidas como un criterio interpretativo adicional a este *bill of rights* de Europa.

Acerca del *nivel de protección* que ha de proporcionar el Tratado a los derechos y libertades reconocidos por la Carta, ésta ya estableció que ninguna de

sus disposiciones podrá ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos y libertades reconocidos por el propio Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros de la misma y, en particular, el CEDH, así como las Constituciones de los Estados miembros. Con esta cláusula del Tratado constitucional se pone de manifiesto la realidad plural del abigarrado sistema de garantías de derechos en la Unión, integrado, sobre todo, por la trílogía que componen la Carta, el CEDH y las Constituciones de los Estados, a la que también hay que añadir, en un segundo nivel, los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia (art. II-114). Parece, pues, que de acuerdo con el principio general hermenéutico del *favor libertatis*, las eventuales contradicciones que pueden plantearse en cuanto al grado de protección del que haya de gozar un derecho en un caso concreto, habrán de ser resueltas mediante la aplicación de la norma más favorable.

Finalmente, la Carta establece la prohibición del abuso de derecho, de tal forma que nunca podrá ser interpretada en el sentido de que cualquier titular pueda dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos (art. II-114).

La articulación del sistema de garantías de los derechos y libertades, plantea cuestiones de especial controversia, de las que —entre otras— cabe reseñar las siguientes: la relevancia de la adhesión de la Unión al CEDH (art. I-9,2), que ha de permitir la asunción del importante acervo jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo; la controvertida relación entre el Derecho constitucional de la Unión y el Derecho constitucional de los Estados que, probablemente, obligará a revisar la tradicional jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 64/1991, caso *Apesco*) que estableció la regla interpretativa por la que la jurisdicción constitucional no puede ejercer juicio de adecuación de las normas al Derecho comunitario y, finalmente, la funcionalidad de la cuestión prejudicial (art. III-365.4) promovida por el juez estatal ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, como garantía indirecta de los derechos fundamentales.

IV. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL: UNA DIVISIÓN DE PODERES CON UN PARLAMENTO MÁS RELEVANTE

La organización de las instituciones de la UE ha sido un ámbito en el que las novedades introducidas por el Tratado constitucional son notables. Y, sobre todo, el procedimiento para la toma de decisión, con la ruptura de la regla de la unanimidad, de imposible aplicación en una UE de veinticinco Estados, ha devenido uno de los caballos de batalla más importantes de la Convención y que ha dado lugar a mayores controversias entre los Estados, en especial en el seno del binomio integrado por Alemania y Francia, sin el cual la UE carece de sentido. A destacar en esta nueva configuración institucional, el Consejo Europeo, al que se le dota de una presidencia estable; el Consejo de Ministros, cuya presidencia ha sido un importante caballo de batalla entre los Esta-

dos; la nueva organización de la Comisión Europea; el aumento de poderes del Parlamento; la institucionalización de la figura del Ministros de Asuntos Exteriores de la UE, además de la autonomía del Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas como órgano de control de la gestión financiera de la UE. Este conjunto institucional se estructura a través de una singular división de poderes, en la que la potestad legislativa es compartida por el Consejo de Ministros y el Parlamento, de acuerdo con una dirección política general que corresponde al Consejo Europeo y cuya ejecución es atribuida a la Comisión. Se trata de una forma de gobierno, con todas la diferencias propias del proceso de institucionalización europeo, relativamente asimilable a la forma parlamentaria de gobierno, pero singularizada por la notoria especificidad que ofrece un poder ejecutivo de naturaleza mixta, atendidas, por un lado, las funciones legislativas y propiamente ejecutivas que realiza y la base estatal que determina el procedimiento regulador de la toma de decisión. Es evidente que la categorías clásicas del Derecho constitucional empleadas para clasificar las formas de gobierno, sirven de poco para definir la organización institucional del gobierno europeo.

a) *El Consejo Europeo y el Presidente del Consejo Europeo* (arts. I-21 y 22, además del art. III-341), es el órgano compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y el Presidente de la Comisión. En los trabajos del Consejo también participará el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión. El Presidente es elegido por los miembros del Consejo por un período de dos años y medio por mayoría cualificada, siendo su mandato renovable una sola vez. De esta forma, se termina con el costoso y disfuncional sistema de las presidencias rotatorias por seis meses. Se trata, en definitiva, de visualizar una autoridad representativa de la UE, con una cierta voluntad de permanencia. No obstante, como se verá más adelante, no resultará fácil la concreción político-institucional del Presidente de la UE, es decir, su configuración como interlocutor indiscutible ante otros representantes políticos, si nos atenemos a la diversidad de órganos europeos con funciones de representación de las políticas europeas, como es el caso del Presidente del Consejo de Ministros, el Presidente de la Comisión y el Ministro de Asuntos Exteriores.

El Consejo Europeo ejerce funciones de impulso para la definición y el desarrollo de las orientaciones y prioridades políticas generales. No le corresponde ejercer funciones legislativas y toma sus acuerdos por consenso, salvo que la Constitución determine otra cosa. Parece evidente que con esta naturaleza y funciones, se trata de un órgano que responde a una lógica intergubernamental.

b) *El Consejo de Ministros* (arts. I-24 y I-25; arts. III-342-346). Es el órgano de gobierno de la UE, pero a su vez es también órgano legislativo. Como órgano de gobierno, es decir, como parte de lo que podría denominarse el Poder Ejecutivo de la UE (que se ejerce con el concurso de la Comisión) se puede reunir en diversas formaciones, en función de la materia. La prepara-

ción de sus trabajos corresponde la Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados (COREPER). Sus decisiones las adopta por mayoría cualificada. Y su presidencia, salvo la relativa al Consejo de Asuntos Exteriores, corresponde a los representantes de los Estados miembros en el Consejo de Ministros, mediante un sistema de rotación. Sus actos y normas, salvo que se trate de recomendaciones o dictámenes, pueden ser objeto de control por el Tribunal de Justicia.

c) *El sistema de votación en el Consejo Europeo y en el Consejo de Ministros* (art. I-25). Sin duda, ésta ha sido una cuestión central que ha ocupado a los Consejos Europeos tras la cumbre de Niza de 2000. La cuantificación de definición de la mayoría calificada, según el doble criterio de los Estados y de la población pretende aunar la doble legitimidad de la UE, basada en la voluntad de los ciudadanos y de los Estados, y ha dado lugar a la regla siguiente: la mayoría cualificada se obtendrá con el voto favorable, como mínimo, del 55% de los miembros del Consejo que, a la vez, incluya, al menos, a quince de ellos y, asimismo, represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la UE. Con lo cual, una minoría de bloqueo estará compuesta al menos por cuatro miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se habrá alcanzado. Tanto el Presidente del Consejo Europeo como el Presidente del Consejo de la Comisión no participan en las votaciones del Consejo Europeo.

d) *La Comisión Europea y su Presidente* (arts. I-26 y I-27; III-347 a III-352). Es el órgano ejecutivo del Gobierno de la UE. Su composición es amplia: está integrada por comisarios que representan a cada uno de los Estados miembros. Se ha renunciado a una Comisión restringida, que fue uno de los temas de controversia en el seno de la Convención entre europeístas y los sectores más pragmáticos. El Presidente es elegido por el Parlamento por mayoría de sus miembros, a propuesta por mayoría cualificada del Consejo Europeo, lo que le otorga una superior plus de legitimidad democrática.

Las funciones de la Comisión son las de promover el interés general de la UE; velar por la aplicación de la Constitución y de las medidas que se adopten en ejecución de la norma suprema. Asimismo, supervisa la aplicación del Derecho europeo bajo el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia; ejecuta el Presupuesto y gestiona los programas de gobierno; ejerce la programación anual y plurianual, la coordinación, ejecución y gestión. Finalmente, con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás previstos por la Constitución, asume la representación exterior de la UE. Esta representación también atribuida a la Comisión pone de relieve el abigarrado sistema institucional y las dificultades que en el futuro pueden plantearse para identificar un interlocutor bien definido e identificado de la UE en el ámbito de las relaciones internacionales.

e) *El Parlamento Europeo* (art. I-20 y arts. III-330 a 340). El Parlamento es el representante de los ciudadanos de la UE. Es elegido por sufragio uni-

versal desde 1979. Su poder se ha visto aumentado con la nueva regulación contenida en la Constitución, tanto en lo que concierne al ejercicio de la potestad legislativa (que comparte con el Consejo de Ministros) y, especialmente la presupuestaria, sino también en lo que concierne a la función de control sobre la Comisión.

El criterio de representación electoral es proporcional. El número de diputados no puede exceder de 750, con un mínimo de 6 diputados por Estado miembro, sin que ninguno de éstos disponga de más de 96 escaños. Su mandato es de cinco años. No se establece criterio constitucional sobre el alcance territorial de la circunscripción.

Dispone de iniciativa para solicitar a la Comisión la presentación de propuestas sobre cualquier asunto que a juicio del Parlamento requiera la elaboración de un acto de la UE para aplicar la Constitución. Puede crear comisiones parlamentarias de investigación.

Los ciudadanos pueden ejercer la iniciativa legislativa popular y el derecho de petición ante el Parlamento. Por su parte, éste nombra al Defensor del Pueblo, quien está facultado a recibir las quejas de los ciudadanos, relativas a los casos de mala administración en la actuación de los poderes públicos de la UE, con exclusión del Tribunal de Justicia.

En el ejercicio de la función de control, el Parlamento puede plantear una moción de censura, que si es aprobada por los dos tercios de los votos emitidos que representen, a su vez, la mayoría de los diputados que componen el Parlamento, los miembros de la Comisión deberán dimitir de sus cargos, así como también el Ministro de Asuntos Exteriores lo deberá hacer del cargo que ejercer en el seno de la Comisión.

f) *El Ministro de Asuntos Exteriores* (art. I-28). La creación de este nuevo órgano en el entramado constitucional de la UE fue objeto de amplio consenso en el seno de la UE. Es nombrado por el Consejo Europeo por mayoría cualificada y con la aprobación del Presidente de la Comisión Europea. Por el mismo procedimiento, el Consejo Europeo lo podrá cesar en el cargo.

Es el responsable de la política exterior y de seguridad común de la UE. Contribuye con sus propuestas a elaborar dicha política y la ejecutará como mandatario del Consejo. Hará lo propio respecto de la política común de seguridad y defensa.

Este Ministro preside el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores y, a su vez, es uno de los Vicepresidentes de la Comisión Europea.

Con esta diversidad de funciones no es improbable que pueda plantear futuras fricciones con el Presidente del Consejo Europeo.

g) *Otros órganos de la UE: el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas* (art. I-30 y art. III-382; arts. I-31 y III-384).

El *Banco Central Europeo* (BCE) y los bancos nacionales constituyen el sistema de Bancos Centrales. Con base en una moneda única, el euro, dirigen la política monetaria de la UE. Dispone de personalidad jurídica.

El Presidente, el Vicepresidente y los demás miembros del Comité Ejecutivo del Banco son nombrados por el Consejo Europeo por mayoría cualificada, previa consulta al Parlamento y al Consejo de Gobierno del BCE.

El *Tribunal de Cuentas* es el órgano que ejerce el control de la actividad financiera de la UE. Sus miembros son nombrados por el Consejo de Ministros previa consulta del Parlamento y de conformidad con las propuestas presentadas por cada Estado.

V. LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO EUROPEO Y EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

El Tratado constitucional estructura el sistema de fuentes del ordenamiento a partir del principio de preeminencia de la Constitución europea sobre el ordenamiento de los Estados miembros, tanto en el ámbito de las competencias exclusivas como en el de las compartidas (art. I-6). Se trata de una preeminencia parcial que, no obstante, ha de acrecentarse de forma paralela a la progresiva expansión que el Derecho europeo experimente sobre el Derecho de los Estados en los más diversos ámbitos materiales.

El reflejo constitucional de la primacía jurídica sobre el Derecho de los Estados, puestos de relieve de forma paradigmática en la lejana Sentencia del TJ en el caso *Costa/Enel* de 1964, ha sido objeto de pronunciamientos jurisdiccionales de especial relevancia en Alemania y Francia, con motivo de la aprobación del Tratado de Maastrich. Como consecuencia —ya entonces— de la posición manifestadas por las respectivas jurisdicciones constitucionales, se produjo una reforma constitucional tendente a incorporar la posición de primacía del Derecho europeo en las Constituciones respectivas. Se trataba de institucionalizar la cláusula de apertura al Derecho comunitario, europeizando la Constitución. En España, la cuestión se ha planteado más recientemente, con motivo del proceso previo a la ratificación por las Cortes Generales en mayo de 2005, del Tratado constitucional. El Gobierno, en uso de la potestad que le confiere el artículo 95.2 de la CE requirió al Tribunal Constitucional a pronunciarse, esencialmente, acerca de: 1) la existencia o inexistencia de contradicción entre la CE y el artículo I-6 del Tratado (preeminencia del Derecho europeo); 2) a la vista de lo establecido en el artículo 10.2 CE (cláusula de apertura al Derecho Internacional en materia de derechos fundamentales), la existencia o inexistencia de contradicción entre la CE y los artículos II-111 y II-112, que forman parte de la carta de Derechos Fundamentales de la UE; la suficiencia o no del artículo 93 de la CE (cláusula de apertura y de integración al Derecho Internacional) a los efectos de prestación del consentimiento del Estado por el que se establece una Constitución para Europa. En su Decisión 1/2004, de 13 de diciembre, el TC negó que existiese contradicción entre los preceptos que fueron objeto de su requerimiento, razón por la cual estableció que el artículo 93 de la CE era suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido, por lo que, en consecuencia, no era preciso reformar la CE al respecto. Con este pronunciamiento, el TC reiteró el criterio por el cual, des-

pués de haber sido aplicados los efectos de la jurisprudencia *Costa/Enel* desde que España se integró en 1986 en la antigua CEE, la reforma de la CE en virtud del valor de primacía del Derecho europeo no resultaba jurídicamente necesaria. Sin embargo, también se ha visto en esta Decisión una oportunidad perdida para insertar de alguna forma la idea de Europa en la Constitución que hubiese resultado especialmente conveniente.

La Constitución europea ostenta la condición de norma jurídica y es, sin duda, la primera fuente del Derecho europeo; pero también es la norma que organiza el sistema de fuentes. Un sistema que, en parte, es la continuación —con una denominación distinta— del sistema anterior articulado en torno a los Reglamentos y las Directivas, pero también supone modificaciones sustanciales del sistema normativo que no siempre son de fácil conceptualización (Título V, Cap. I, arts. I-33 a I-39). La nueva configuración del sistema de fuentes ofrece la siguiente estructuración:

- Se establece una dificultosa distinción entre actos jurídicos y actos normativos.
- El derecho derivado se concreta, en primer lugar, a través de los actos legislativos, que están integrados por las Leyes y las Leyes marco, las primeras sustituyen a los Reglamentos y las segundas a las Directivas.
- El derecho derivado se concreta también, en un nivel inferior, en los actos no legislativos, los cuales se expresan a través de las decisiones y reglamentos.
- Se establece la categoría de Reglamentos delegados, por la que tanto las leyes como las leyes marco europeas podrán delegar en la Comisión, los poderes para completar o modificar determinados elementos no esenciales relativos a las citadas leyes. Esta doble función determinada a completar y modificar la ley de delegación, resulta especialmente ambivalente; por un lado, el Reglamento que complete ha de entenderse como norma que desarrolla o despliega, ubicada en una posición jerárquicamente inferior, pero, por otro, el Reglamento delegado que modifique, es evidente que estará innovando la ley por lo que se equipara al valor de esta última. Cabe entender que tendrá que ser el legislador quien decida cuándo procede el uso de uno u otro tipo de Reglamento delegado.
- Pero la categoría de los Reglamentos no se acaba en el ámbito de los actos no legislativos, sino que también se contiene en el terreno de los actos de ejecución: es decir, los actos de ejecución de la Unión revestirán la forma de Reglamento europeo de ejecución o de Decisión europea de ejecución. Se trata de una reiteración nominal que al aplicarse tanto a los actos de ejecución simple como a los actos de ejecución normativa, no ayuda a la clarificación de las categorías que integran el sistema normativo europeo.

Este sistema de fuentes se ha de proyectar sobre un sistema de distribución de competencias que se fundamenta en los principios de atribución, subsi-

diariedad y proporcionalidad (art. I-11), de acuerdo con el principio de primacía del Derecho comunitario (art. I-6) ya expuesto con anterioridad. Según el primero, la UE actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la UE en la Constitución corresponde a los Estados miembros. En virtud del segundo, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la UE intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, regional o local. Mientras que el tercero obliga a las instituciones de la UE a que el contenido y la forma de la acción de la UE no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución.

La tipología de estas competencias se articula a través de un sistema basado en competencias exclusivas de la UE, competencias compartidas que, de hecho, son competencias concurrentes y competencias de apoyo, coordinación y complemento, además de la específica competencia en materia de política exterior y de seguridad común y las de coordinación de las políticas económicas y de empleo (arts. I-11 a 18).

VI. LA ARQUITECTURA JUDICIAL DE LA UNIÓN

La Unión Europea no dispone de una organización de Poder Judicial propia en todas las instancias. Son los órganos dependientes del Poder Judicial de los Estados miembros los que configuran una parte sustancial de la infraestructura judicial europea, habida cuenta que el juez nacional no sólo lo es de su propio ordenamiento, sino también del Derecho europeo: a este respecto, la Constitución europea determina que *los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión*. Por su parte, la arquitectura judicial propiamente dicha queda integrada por el Tribunal de la Justicia de la Unión Europea (art. I-29) —TJUE— que comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General (de Instancia) y los Tribunales especializados que la ley europea pueda crear.

El TJUE ejerce las funciones de tribunal de jurisdicción ordinaria europea, pero, a su vez, adopta una posición que es propia de una jurisdicción constitucional. A este respecto, y con relación a la primera condición, el Tratado constitucional establece que *garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de la Constitución*.

La composición del TJUE es la de un juez por Estado miembro y estará asistido por abogados generales.

El TJUE se pronuncia sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas. Asimismo, lo hace también con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales de los Estados, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones. Por otra parte, el TJUE puede ejercer aquellas otras competencias que explícitamente establezca la Constitución.

Del régimen de su composición, organización y funciones que se concretan en la Parte III, artículos III-353 a III-381, cabe subrayar algunas cuestiones de especial relevancia:

- En cuanto a la composición del Tribunal de Justicia (uno por cada Estado miembro) han de ser nombrados de común acuerdo de los Gobiernos y del Tribunal General (cuyo número será determinado por el Estatuto del Tribunal de Justicia). Destaca el hecho que su nombramiento será hecho mediando la previa consulta de un comité que ha de pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos para el ejercicio de sus funciones (art. III-357). Este comité está compuesto por siete personalidades elegidas entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General. Con ello se pretende, sin duda, añadir un plus de garantía de idoneidad de los futuros jueces, a fin de que no sólo opere el criterio del Estado proponente.
- Un segundo aspecto concierne al sistema de acciones judiciales, en especial las relativas a los recursos de anulación, de incumplimiento y la cuestión prejudicial.
- El recurso de anulación (art. III-365.4) permite a toda persona física y jurídica impugnar ante el Tribunal de Justicia los actos de los órganos de la UE de los que sea destinataria o que le afecten, así como también contra los actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución. Quedan excluidos del ámbito material de este recurso los actos legislativos.
- A través del recurso de incumplimiento (art. III-362), el Tribunal de Justicia puede declarar que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de la Constitución. En ese caso, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal. A este respecto, la Comisión es el órgano europeo competente para instar las acciones pertinentes en caso de inejecución de la sentencia, incluyendo una multa coercitiva.
- A través de la cuestión prejudicial (art. III-369) el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse acerca de la interpretación de la Constitución, así como de la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la UE, siempre que así lo plantee un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros si lo estima necesario para poder emitir el fallo en la causa que atiende en el ámbito de su jurisdicción. El planteamiento de la cuestión prejudicial no está sometido a plazo, aunque nada empece para que se establezca cuando se regule el Estatuto del Tribunal.

No obstante, hay dos ámbitos de especial relevancia en las políticas de la UE en los que el régimen de la cuestión prejudicial obedece a criterios especiales: la política exterior y de seguridad y la política concerniente al espacio de libertad, seguridad y justicia. En relación a la primera, el Tribunal de Justicia carece de competencia para pronunciarse al respecto; sin embargo, la exclusión no es absoluta, porque sí

que está habilitado para hacerlo en los aspectos relativos al control de la legalidad de las decisiones europeas por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas adoptadas por el Consejo. Y en cuanto a la segunda, el Tribunal carece de competencia para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni tampoco para pronunciarse sobre el ejercicio de responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público o de la salvaguardia de la seguridad interior.

VII. LA UNIÓN EUROPEA Y LAS REGIONES

La expresión *regiones* ha venido siendo utilizada en la terminología europea para denominar a todas las entidades en las que, a través de fórmulas constitucionales diversas (Estado federal, Estado regional, etc.), se organizan los Estados miembros de la UE. Estas entidades subestatales, denominadas regiones, son muy numerosas y representan realidades muy distintas. Unas son el resultado de una organización territorial del Estado sin mayores connotaciones; otras, por el contrario, son expresión de identidades culturales o, incluso, nacionales. Desde otra perspectiva, una parte de estas regiones son la consecuencia de la descentralización administrativa del Estado mientras que otras son entidades dotadas de autonomía política que les atribuye el ejercicio de la potestad legislativa.

La respuesta institucional que el Tratado constitucional ha dado a las diversas realidades que representan las regiones europeas ha sido más bien limitada, sobre todo si se atiende a las pretensiones que en su momento manifestaron aquellas que, junto al Estado al que están adscritas, disponen de capacidad legislativa propia.

Los Tratados que han configurado el Derecho europeo han reconocido las regiones europeas a través del Comité de las Regiones que, no obstante, no sólo ha sido un ámbito de representación de los entes regionales, sino también de las entidades locales. Desde 1992, con el Tratado de Maastrich, la UE ha posibilitado la presencia de las regiones en el ámbito de las instituciones de la UE. Y es con esta finalidad que también lo configura el artículo I-32.2 del Tratado constitucional: «*El Comité de las Regiones estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida.*»

El Comité de las Regiones ejerce funciones de orden consultivo en los términos que determina el artículo III-388 de la Constitución, en el sentido siguiente: «...*será consultado por el Parlamento Europeo, por el Consejo o por la Comisión en los casos previstos por la Constitución y en cualquiera otros en que una de dichas instituciones lo estime oportuno, en particular aquellos que afecten a la cooperación transfronteriza.*»

Ciertamente, en términos objetivos estas funciones quedan muy lejos de las pretendidas por aquellas regiones que disponen de capacidad legislativa propia, bien en el marco de los Estados federales o en el de otras variantes de descentralización política existentes entre los Estados que conforman la UE. En

este sentido, y siguiendo la lista expuesta por Alberti Rovira, el alcance de las demandas regionales formuladas por la Conferencia de Presidentes de Regiones con Poderes Legislativos en sus sesiones de 11 de octubre de 2001 y de 5-6 de junio de 2002, se ha ubicado en un contexto mucho más ambicioso, en cuanto que supone: el reconocimiento por la UE del respeto a la diversidad cultural y la identidad nacional de las regiones; una previsión expresa de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, con eficacia vinculante y con reconocimiento explícito del nivel regional; una clarificación y simplificación del sistema de relimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros; participación de estas regiones en el Consejo de Ministros de la UE; y, finalmente, la atribución de un *status* especial dentro de la UE para las regiones que comporte: el deber de ser consultadas por la Comisión Europea cuando ésta formule propuestas sobre asuntos cuya competencia interna les corresponde; participar en el procedimiento de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; acceder directamente al Tribunal de Justicia en caso de conflictos de competencias con la Unión; incorporar a los Parlamentos regionales en los procedimientos de participación de los Parlamentos estatales en los procesos europeos; tener en cuenta las regiones en la delimitación territorial de las circunscripciones electorales en las elecciones al Parlamento europeo, en los términos que en su momento expuso el Informe del Parlamento europeo (Informe Lamassoure), etc.

Es evidente que la configuración que de las regiones hace la Constitución europea determina un nivel muy modesto de reconocimiento de las regiones. En consecuencia, la participación de éstas en las instituciones europeas depende de lo que al respecto establezca el ordenamiento jurídico interno de los Estados. Así, en aquellos donde las instituciones centrales del Estado reflejan con mayor propiedad la estructura centralizada del mismo, las regiones (es decir, los *Länders*, regiones, comunidades, etc.) disponen de mayores posibilidades de participar y incidir en la formación de la voluntad estatal. Éste es el caso, sobre todo, de Bélgica y en menor grado de Alemania y Austria. En España se han iniciado los primeros pasos en este sentido, con los Acuerdos de diciembre de 2004 sobre la participación de las CCAA en el Consejo de Ministros y en el Comité de la Representantes Permanentes ante la UE. Pero la cuestión constitucional de fondo está pendiente de resolución hasta que la anunciada reforma constitucional del Senado convierta a la Cámara Alta en lo que debe ser pero no ha sido: una auténtica Cámara de representación territorial, a partir de la cual los órganos constitucionales sean la expresión institucional de un Estado políticamente descentralizado.

VIII. EL ESPACIO DE LIBERTAD Y SEGURIDAD: DE LO INTERGUBERNAMENTAL A LO COMUNITARIO

El Tratado constitucional regula el espacio de libertad, seguridad y justicia en el capítulo IV (del art. III-257 al art. III-277) del Título III («De la acción y las políticas internas»). Dicho espacio se integra en la decisiva Parte III del

Tratado, dedicada a la regulación específica de las políticas públicas de la Unión («De las políticas y el funcionamiento de la Unión»). Su contenido versa sobre las políticas de controles en las fronteras, asilo e inmigración; la cooperación judicial en materia civil; la cooperación judicial en materia penal y la cooperación policial.

Las materias referidas al espacio de libertad, seguridad y justicia se enmarcan en el ámbito de las competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros [(art. I.14.)], aunque más bien habría que referirse a competencias concurrentes, en la medida en que sobre los mismos ámbitos materiales la UE y los Estados miembros ejercen idénticas competencias funcionales.

Esta política pública, tradicionalmente vinculada a las previsiones del derecho interno de los Estados y respecto del cual, la regulación comunitaria se ha limitado al ámbito de la cooperación intergubernamental, no obstante, su contenido actual permite sostener que el Tratado constitucional proporciona un superior grado de normatividad a la regulación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. En efecto, para la puesta en marcha de este espacio, el artículo I-42 del Tratado constitucional establece la adopción de leyes y de leyes marco europeas al objeto de aproximar las legislaciones nacionales; la cooperación entre los Estados miembros sobre la base del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y extrajudiciales; la cooperación operativa en materia policial, los servicios de aduanas y otros servicios especializados en el ámbito de la prevención y la detección de las infracciones penales. Asimismo, reconoce a los Parlamentos nacionales la facultad de participar en los mecanismos de evaluación de la Política de Europol y de las actividades de Eurojust. Y, finalmente, se reconoce a favor de los Estados miembros un derecho de iniciativa legislativa en estas materias. De esta forma, el Tratado constitucional asume las sugerencias formuladas en su momento por el grupo de trabajo X de la Convención consistentes en: el establecimiento de marco jurídico general común que reconozca las particularidades de este ámbito y la introducción de una separación entre las medidas legislativas y las operativas.

8.1. Los principios generales de la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia

De acuerdo con la formulación ya expresada en los anteriores TUE (1992 y 1997), el espacio de libertad, seguridad y justicia se fundamenta en el respeto de los derechos fundamentales atendiendo a las distintas tradiciones y sistemas jurídicos de los Estados miembros (art. III-257, ap. 1). Por tanto, nada nuevo al respecto.

Sin embargo, el apartado 2 de este precepto relativo a la política de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores plantea la cuestión del trato jurídico que reciban los nacionales de terceros países. El proyecto establece que respecto de los mismos la política comunitaria deberá estar basada en un tratamiento equitativo. Pero forzosamente, la concreción de este tratamiento nos remite a la legislación de extranjería que cada uno de los Estados miembros

dispone, circunstancia que obliga a plantearse la efectividad de la citada equidad. Pues hay razones suficientes para ponerla en duda, empezando por la legislación española al respecto, en especial, la surgida tras la reforma operada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre. Como ya se apuntaba en el apartado tercero de este trabajo, la remisión genérica a la legislación de los Estados, sin mayores condicionamientos puede habilitar la existencia de un doble régimen de ejercicio de los derechos, en función de la nacionalidad

Por otra parte, se establece un principio muy genérico a favor de que los Parlamentos de los Estados miembros participen en la evaluación por las autoridades nacionales de las políticas de la Unión, así como en el control político de Europol y Eurojust (art. III-260). A este respecto, está previsto que los Estados miembros «podrán participar...», pero se trata de una fórmula muy tenue y escasamente compulsiva que en principio puede servir de muy poco. En este mismo orden, no obstante, se prevé que respecto de la evaluación de las políticas se informará al Parlamento Europeo y a los Parlamentos de los Estados miembros, lo cual parece otorgar una mayor relevancia a la modesta posición que el Parlamento de la Unión ha tenido hasta ahora. En todo caso, parece que lo lógico es que el control sobre estos organismos comunitarios lo llevase a cabo el Parlamento Europeo, con absoluta preferencia.

La forma jurídica que adopta la regulación de estas materias es la del reglamento europeo o la decisión. Se trata, por tanto, de disposiciones de carácter general que carecen de naturaleza legislativa (art. III-263).

Toda la regulación de espacio de libertad seguridad y justicia se articula sin perjuicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros sobre el mantenimiento del orden público y la seguridad interior (art. III.262)

Y la iniciativa sobre las materias referidas a la cooperación en materia penal y policial corresponde, indistintamente, a la Comisión Europea o a la cuarta parte de los Estados miembros, en la línea de la propuesta formulada por el Grupo de Trabajo X (art. III-263).

Finalmente, nada impide para que los actos de los órganos de la Unión y los órganos de los Estados miembros, en aplicación de las previsiones de este Capítulo IV de la Parte III del Tratado, puedan ser objeto de control judicial por parte del Tribunal de Justicia. Así, y de acuerdo con lo que establece el apartado 3 de artículo I-29, le compete resolver sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas, con arreglo a lo dispuesto en la Parte III. La legislación procesal comunitaria deberá hacer efectiva la tutela judicial que las partes legitimadas por el Tratado reclaman en defensa de los derechos que la Parte II ha reconocido. Sin duda, aquí reside uno de los retos más decisivos para la credibilidad de la futura UE.

8.2. Las políticas sobre los controles en las fronteras, asilo e inmigración

Los objetivos a los que queda sujeta la política de la UE sobre el derecho de asilo, el control de fronteras y la inmigración, se basan en el estableci-

miento de criterios comunes con la finalidad de garantizar la ausencia de controles en el cruce de las fronteras interiores para todas las personas, con independencia de su nacionalidad; asegurar un control eficaz cuando se trate del cruce de las fronteras exteriores; y el establecimiento de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores (art. III-265).

La regulación de este régimen de la libertad de circulación queda sujeto a la ley o a la ley marco europea, sin que el Tratado constitucional precise en qué supuestos será utilizada la primera o la segunda modalidad. Sea como fuere, la regulación de estas materias ya responderá a un régimen jurídico de plena normatividad. O al menos así hay que esperarlo, a reserva, claro está, del alcance del contenido efectivamente preceptivo de las futuras leyes

Algo muy semejante ocurrirá con la regulación del controvertido tema del derecho de asilo (art. III-266). No hay que olvidar en este sentido que la necesidad de establecer unas normas comunes mínimas acerca del reconocimiento del derecho de asilo fue planteada en Laeken en diciembre de 2001 y no se llegó a solución alguna. A causa del bloqueo producido, el Consejo Europeo requirió a la Comisión la reformulación una nueva proposición que en el Consejo de Sevilla se acordó que fuese adoptada ante de junio de 2003.

Su régimen jurídico se configura a partir del establecimiento de una política común sobre el asilo y la protección personal, en la que ya no deberá ser posible la adopción de medidas contrapuestas sobre supuestos iguales por parte de los Estados miembros de la UE. Evidentemente, ello siempre deberá ser con plena adecuación a lo prescrito por la *Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados*. La regulación del derecho de asilo se reserva también a la ley o a la ley marco, sin mayor precisión tampoco al respecto. Se trata de un criterio flexible que adquiere especial relevancia porque según sea el acto jurídico que se aplique —ley o ley marco— la disponibilidad de los Estados miembros para aplicar una medida varía considerablemente. Así, si se trata de una ley europea su aplicación es directa sin dejar margen a las autoridades del Estado para elegir la forma y los medios para hacerlo, que es justamente la facultad de la que disponen si se trata de una ley-marco (art. I-33). Es probable que la ley marco pueda ser una vía más ágil para mantener criterios comunes sobre la aplicación del derecho de asilo, pero a la vez será preciso contrastar los resultados a los que dé lugar a fin de que no se repitan situaciones de divergencia como las que, por ejemplo, enfrentaron a España y Bélgica con motivo del asilo otorgado a militantes de ETA.

El Tratado constitucional, no obstante, permite que a través del reglamento o decisiones europeos, el Consejo de Ministros de la UE, a propuesta de la Comisión, establezca medidas provisionales para que uno o varios Estados puedan hacer frente a situaciones de emergencia caracterizadas por la llegada repentina de nacionales de terceros países (art. III-267).

La ley europea o la ley marco europea vuelven a ser el idéntico instrumento jurídico que emplea el proyecto de Tratado para regular la política común de inmigración (art. III-267). Como se apuntaba con anterioridad, uno de los objetivos es el de asegurar un tratamiento equitativo a los residentes en la UE que

sean nacionales de terceros países. El riesgo que antes se señalaba basado en que la necesaria remisión a la legislación de extranjería pueda consolidar un doble régimen jurídico para nacionales comunitarios y para el resto, podría neutralizarse a través de unas prescripciones básicas de la ley marco, que impidan la diversidad normativa entre todos los Estados miembros. Éste es un reto al que la UE deberá hacer frente de forma inmediata. Sobre todo teniendo en perspectiva la próxima ampliación de la Unión a los Estados del Este europeo.

Por otra parte, no hay duda que en la política de inmigración la UE se juega su credibilidad como espacio de libertad y respeto a los derechos fundamentales. No es una situación fácil y lo es todavía menos con la ampliación que también afecta al espacio Schengen. Esto significa que con la incorporación de Polonia a la UE, la nueva frontera de la UE limita ya por el Este con tres países especialmente conflictivos y afectados por fenómenos graves de delincuencia como son Rusia, Bielorrusia y Ucrania. Sin olvidar, por supuesto, la también controvertida realidad que desde hace años supone la frontera española, en la que a sólo 14 kilómetros se encuentran las ciudades de Tarifa y Tánger, tras la cual la emigración magrebina y africana en general está presente.

Sobre este particular, el Tratado reserva el derecho de los Estados para establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países (art. III-267.5). Asimismo, es preciso destacar la creación prevista para mayo de 2005 de una Agencia europea para la gestión de los flujos migratorios.

8.3. La cooperación judicial en materia civil

La cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza se basa en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales (art. III-269). En este caso, el instrumento jurídico es también la ley o la ley marco, al objeto de garantizar, entre otras cosas, un alto nivel de tutela judicial efectiva, la cooperación en la obtención de pruebas, la notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, etc.

En su apartado 3, se establece la regla de unanimidad a cumplimentar por el Consejo de Ministros, previa consulta al Parlamento Europeo, para la aprobación de las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza.

8.4. La cooperación judicial en materia penal

En esencia, la cooperación judicial en materia penal (art. III-270) se fundamenta en el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales que incluye la adopción de medidas tendentes a la armonización del derecho penal material. El instrumento jurídico es también la ley europea o las leyes marco, con algunas excepciones a favor de la ley y el establecimiento de la regla de unanimidad para una buena parte de las

medidas a tomar por el Consejo Europeo. Asimismo, se deja abierta la puerta a la posibilidad de crear la institución de la Fiscalía Europea.

De forma más específica las previsiones de esta sección del Capítulo IV se concretan de la siguiente manera:

Por ley o por ley marco europeas se establecerán normas para: prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre Estados; se fomentará la formación de magistrados y personal de la administración de justicia, aspecto éste que puede resultar de especial interés, habida cuenta —como es el caso español— de la existencia de modelos anticuados de selección de jueces. Por otra parte, al objeto de facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, a través de leyes marco se establecerán normas mínimas relativas a: la admisibilidad mutua de pruebas, los derechos de las personas durante el procedimiento penal, los derechos de las víctimas de los delitos, etc.

Los ámbitos materiales sobre los que la armonización del derecho penal se hace más necesaria son los referidos a los delitos de: terrorismo, la trata de seres humanos, la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. No se trata de una lista de tipos delictivos excluyente de otros que pueden ser incorporados, en función de la evolución de la delincuencia. La decisión corresponderá al Consejo de Ministros por unanimidad, previa aprobación por el Parlamento Europeo. En todo caso, al operar aquí la regla de la unanimidad (cabe entender que tanto para la armonización de los tipos penales previstos por el Tratado, como para los nuevos que puedan añadirse) no será nada fácil la obtención del objetivo perseguido, en especial si se tiene en cuenta la diversidad que a buen seguro han de plantear las legislaciones penales de los Estados de próxima incorporación.

La regulación de Eurojust esta sometida a reserva de ley y su misión es la de apoyar e intensificar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la persecución de la delincuencia grave.

8.5. La cooperación policial

La cooperación en este ámbito (arts. II-176-178) se centra en tres principios básicos: el acopio e intercambio de documentación, la formación del personal y el intercambio del mismo y la puesta en común de las técnicas de investigación.

El instrumento jurídico es la ley o la ley marco europeas. Y la regla de la unanimidad es el criterio de validez imperante, lo cual nos remite a la misma consideración hecha en el apartado anterior relativa a las dificultades de armonización con los Estados de próxima incorporación.

El régimen jurídico de Europol está sometido a reserva de ley europea. Y, por su parte, las condiciones y límites con arreglo a los cuales las autoridades competentes de los Estados miembros podrán actuar en el territorio de otro Estado miembro se establecerán por ley o por ley marco europea del Consejo de Ministros, adoptada por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) Sobre el proceso de la Convención, véase el excelente trabajo de E. ROIG MOLÉS, «Continuidad y refundación; deliberación y decisión: el proceso de la Convención y la reforma de los Tratados», en E. ALBERTÍ y otros, *El proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

2) Sobre la relación entre tratado y constitución: R. ALONSO GARCÍA, *La Constitución europea (texto, antecedentes, explicaciones)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005; R. JIMÉNEZ ASENSIO, «El Proyecto de Constitución europea y el sistema de fuentes del derecho», en E. ALBERTÍ y otros, *El proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; L. M.^a Díez-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002; A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005; E. GÓMEZ CARMONA y otros coord., *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004; el número monográfico sobre La Constitución de la Unión Europea, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 8, UNED, Madrid, 2005; J. ALGUACIL e I. GUTIÉRREZ, *Instituciones de Derecho Comunitario. Materiales para el estudio (Apuntes)*.

3) Sobre los derechos y libertades y el sistema de garantías jurisdiccionales: J. GARCÍA LUENGO, *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad (Un estudio sobre el contencioso comunitario)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; R. ALONSO GARCÍA, «El triple marco de protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, Madrid, 2001; P. JACQUE, «La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne», en *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, 15/9/2000, n.º 1-2, Strasbourg, 2002; D. SIMON, «Les droits du citoyen de l'Union», en *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, 15/9/2000, n.º 1-2, Strasbourg, 2002; F. SUFRE, «Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme», en *La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, 15/9/2000, n.º 1-2, Strasbourg, 2002; M. CAPPELLETTI, M. SECOMBE y J. WEILER (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Vol. I, Berlin, 1986; D. O'KEEFE, «Is the spirit of article under Attack? Preliminary References and a Admissibility?», *European Law Review*, 23, 1988; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario Derivado*, Civitas, Madrid, 2002; A. SÁIZ ARNÁIZ, «La carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales; ¿qué hay de nuevo?», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, INAP, Madrid, 2001; M. CARRILLO, «Los derechos fundamentales en la Constitución europea», en J. VIDAL-BENEYTO (coord.), *El reto constitucional de Europa*, Dikynson, Madrid, 2005, pp. 199-216.

4) Sobre las instituciones europeas: Paz Andrés SÁENZ DE SANTAMARÍA, «El sistema institucional en la Constitución Europea: ¿Más legitimidad, eficacia y visibilidad?», en E. ALBERTÍ (dir.) y otros, *El proyecto de nueva Constitución euro-*

pea (*Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*), Tirant lo Blanch, València, 2004; A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005.

5) Sobre las fuentes del ordenamiento jurídico europeo y la distribución de competencias: R. JIMÉNEZ ASENSIO, «El Proyecto de Constitución europea y el sistema de fuentes del derecho»; P. PÉREZ TREMPES, «La Constitución española ante la Constitución europea»; J. Díez-HOCHLEITNER, «El sistema competencial de la unión Europea en el proyecto de Constitución elaborado por la Convención europea», todos ellos en E. ALBERTÍ (dir.) y otros, *El proyecto de nueva constitución europea (Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, València, 2004; V. FERRERES COMELLA, *La Constitució espanyola davant la clàusula de primàcia del dret de la Unió Europea. Comentari a la Declaració 1/2204 del Tribunal Constitucional*, El Clip, n.º 30, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2005; F. RUBIO LLORENTE, «La necesidad de la reforma constitucional» (conferencia del Presidente del Consejo de Estado, CEPC, texto dactilografiado); V. FERRERES COMELLA y A. SÁIZ ARNÁIZ, «¿Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?», AJA n.º 645-2004.

6) Sobre la arquitectura judicial europea: R. ALONSO GARCÍA, «La ¿nueva? Arquitectura judicial europea», en E. ALBERTÍ y otros, *El proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2204J; GARCÍA LUENGO, *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad (Un estudio sobre el contencioso comunitario)*, Thomson-Civitas.

7) Sobre la Unión Europea y las Regiones: E. ALBERTÍ ROVIRA, «Las regiones en el proyecto de nueva Constitución europea», en E. ALBERTÍ (coord.), *El Proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, València, 2004; E. ROIG MOLÉS, «La Conferencia para asuntos relacionados con la Unión Europea en el año 2004», en Informe Comunidades Autónomas 2004, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, pp. 602-624.

8) Sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia: E. BARBE (con la colaboración de H. Boullanger), *Justice et affaires intérieures dans l'Union Européenne. Un espace de liberté, de sécurité et de justice. La Documentation française*, Paris, 2002; M. CARRILLO, «El espacio de libertad, justicia y seguridad», en E. ALBERTÍ (coord.), *El Proyecto de nueva Constitución europea (Balance de los trabajos sobre el futuro de Europa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Los Tributos de la Comunidad de Madrid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: EL LUGAR DE LOS TRIBUTOS EN LA FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—II. LOS TRIBUTOS PROPIOS DE LAS CCAA: IMPUESTOS, TASAS, CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y RECARGOS AUTONÓMICOS.—III. LOS TRIBUTOS ESTATALES CEDIDOS A LA COMUNIDAD DE MADRID.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL LUGAR DE LOS TRIBUTOS EN LA FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Como es sobradamente sabido, la Constitución de 1978 (CE en lo sucesivo) estableció un sistema para la financiación de las Comunidades Autónomas (CCAA en lo sucesivo) flexible y relativamente simple, al limitarse a enumerar en su artículo 157.1 los recursos de que habían de nutrirse sus respectivas Haciendas¹, pero sin pronunciarse sobre el papel que a cada uno le correspondería a tal efecto; esto es, sobre cuáles de ellos debían constituirse en fuentes primordiales de los ingresos que harían posible la autonomía financiera, garantizada a las CCAA en su artículo 156 para el desarrollo y ejecución de sus competencias, «con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles».

Con posterioridad, tampoco la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA en lo sucesivo), sería capaz de desarrollar en todos sus elementos un sistema de financiación que no sólo debía resultar aplicable a la totalidad de las CCAA de régimen común, entre las que existían notables diferencias, para empezar desde el punto de vista competencial, sino que había de ser también capaz de adap-

* Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Pese a la indefinición inicial, el citado precepto recoge todos los recursos que, al menos en un plano teórico, pueden componer una Hacienda; *vid.* M. Medina Guerrero, *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las CCAA*, Madrid, 1992, p. 343.

tarse a las transformaciones progresivas que se producirían como consecuencia de los avances en el proceso de descentralización —entregado a la lógica del principio dispositivo— que conduciría a la realidad que hoy conocemos como Estado autonómico. En efecto, la LOFCA, que ocupa un lugar central en la delimitación del poder financiero autonómico, ya que el artículo 157.3 de la CE hace posible «*la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial*» (STC 68/1996, de 18 de abril, FJ 9.º), a efectos, entre otras cosas, de «*establecer uno u otro sistema de financiación autonómica*» (STC 192/2000, de 13 de julio, FJ 10.º), no optó por uno de los posibles desarrollos concretos de los recursos de que habían de nutrirse las Haciendas autonómicas; sino que, en lugar de establecer cuál debía ser su contribución relativa a la financiación de las CCAA, se contentó con diseñar el conjunto de límites que habían de enmarcar su empleo, indicando además las vías para su implantación, con lo que dejaba abierta la posibilidad de la posterior aplicación de diversos modelos dentro del sistema de financiación diseñado en el bloque de la constitucionalidad, más allá de un período transitorio en que se garantizaba a las CCAA el coste efectivo de los servicios transferidos, a través de la cesión de impuestos estatales y la participación en los ingresos del Estado.

Los distintos modelos de financiación ² que se sucedieron a partir del modelo transitorio a que se acaba de aludir, diseñado en la Disposición transitoria primera de la LOFCA, fueron modulando el papel de los diversos recursos financieros de las CCAA en términos que no siempre pueden considerarse correctos. En términos estrictamente jurídicos, porque en su configuración se operó una cierta manipulación de los recursos de las CCAA para alcanzar los objetivos que en cada momento —en términos del volumen de ingresos puesto a su disposición— resultaban asumibles para las partes intervinientes en las negociaciones dirigidas a su configuración, bordeando los límites de la constitucionalidad. Y, junto a ello, desde la perspectiva financiera, porque al articular la financiación de las CCAA, fundamentalmente, sobre la base de los impuestos estatales cedidos y la participación en los ingresos del Estado, se consagró una dependencia excesiva de las CCAA respecto a las transferencias estatales, que permitiría a la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en lo sucesivo) 13/1992, caracterizar la Hacienda autonómica como una «*Hacienda de transferencias*»; caracterización que confirman los datos disponibles, pues en 1998 los recursos propios de las CCAA en sentido estricto no representaban más de un 3 por 100 de su financiación total ³.

Son muchos los factores que pueden contribuir a explicar dicha situación, que desencadenaría —en un momento temprano para el grado de desarrollo del sistema autonómico— el conocido debate sobre la corresponsabilidad fiscal, surgido con motivo de la constatación de la existencia de una importan-

² Analizados en J. Ramallo Massanet y J. J. Zornoza Pérez, «Sistema y modelos de financiación autonómica», *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 51, 1995, pp. 11 y ss.

³ Vid. *Informe sobre la Financiación de las Comunidades y Ciudades autónomas. Ejercicio 1998*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2001, p. 19.

te asimetría entre el poder de ingreso y de gasto de las CCAA⁴, planteado formalmente en el Acuerdo, de 20 de enero de 1992, del Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF en lo sucesivo) e inicialmente polarizado en torno a la conveniencia de la cesión de un determinado porcentaje de la recaudación territorializada del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF en adelante). Un debate en el que se manejaron diversas alternativas⁵, casi siempre a partir de la afirmación del carácter residual que había de corresponder a los tributos propios⁶ y de la adopción, con diferentes matices, de una postura favorable al establecimiento de recargos autonómicos sobre la cuota del IRPF⁷, que finalmente no llegaría a fructificar.

Pues bien, como es sobradamente sabido, tras los Acuerdos del CPFF de 23 de septiembre de 1996, se optó por incrementar de modo significativo el volumen de los recursos de las CCAA, aumentando al tiempo su capacidad para incidir sobre los mismos, modificando el número y significado de los impuestos estatales cedidos; en una línea de actuación en la que profundizarían los Acuerdos del CPFF, de 27 de julio de 2001, al sumar a la lista de los impuestos estatales cedidos los principales impuestos indirectos, e incrementar el ámbito y posibilidades para el ejercicio de potestades normativas por parte de las CCAA sobre la mayor parte de los impuestos cedidos.

Prescindiendo ahora de los problemas jurídico-constitucionales de esa atribución de competencias normativas a las CCAA en materia de inequívoca titularidad estatal⁸, lo cierto es que tras la implantación del modelo de financiación resultante de los Acuerdos citados en último lugar, cuya implantación requirió la reforma de la LOFCA llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, y que se incorporarían a la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, el volumen de los recursos tributarios de las CCAA se ha incrementado

⁴ Cfr. A. Rodríguez Bereijo, «Una reflexión sobre el sistema general de financiación de las Comunidades Autónomas», *Rev. Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, p. 71; a los perniciosos efectos del desarrollo asimétrico de la autonomía financiera en las vertientes del gasto e ingreso, se refiere también A. Castells, «Financiación autonómica y participación en el IRPF: un primer paso en la línea de la corresponsabilidad fiscal», en *Informe sobre las Comunidades Autónomas 1992*, Fundación Pi i Suñer, Barcelona, 1993, p. 415.

⁵ Por todos, entre los trabajos publicados en HPE Monografías, núm. 1/1992, *vid.* C. Monasterio Escudero, «Corresponsabilidad fiscal: problemas de definición y elección de instrumentos», en especial pp. 29 y ss.; J. A. Biescas Ferrer y J. López Laborda, «Corresponsabilidad fiscal y equilibrios financieros», en especial pp. 39 y ss.; N. Bosch Roca, «Descentralización y corresponsabilidad fiscal. Un test para los gobiernos subcentrales españoles», en especial pp. 109 y ss.; y J. Ruiz Huertas, «Situación actual y perspectivas de la financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común: algunas reflexiones sobre los problemas principales», en *Informe sobre las Comunidades Autónomas 1992*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1993, pp. 296 y ss.

⁶ Cfr. C. Monasterio Escudero, *Op. ult. cit.*, p. 29; J. A. Biescas Ferrer y J. López Laborda, *Op. ult. cit.*, p. 39; y N. Bosch Roca, *Op. ult. cit.*, p. 109.

⁷ De nuevo cfr. C. Monasterio Escudero, «Corresponsabilidad...», *cit.*, pp. 29 ss.; J. A. Biescas Ferrer, y J. López Laborda, «Corresponsabilidad...», *cit.*, pp. 39 y ss.; y N. Bosch Roca, «Descentralización...», *cit.*, p. 109.

⁸ *Vid.*, tempranamente, J. J. Zornoza Pérez, «Corresponsabilidad fiscal y financiación de las CCAA: el modelo para el quinquenio 1997-2001», AA.VV. (codirigido por Jiménez-Blanco y Martínez Simancas), *El Estado de las Autonomías*, t. IV, Madrid: CEURA, 1997; y V. Ruiz Almendral, *Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 317 y ss.

significativamente, hasta alcanzar en 2003 —según el Ministerio de Economía y Hacienda— el 50,34 por 100 del total de sus ingresos⁹. Y precisamente por ello parece aconsejable una nueva reflexión sobre los recursos tributarios autonómicos, realizado además por referencia a una Comunidad Autónoma, como la de Madrid, que no sólo hizo temprano empleo de sus capacidades normativas respecto a las figuras más novedosas incorporadas por los citados textos legales, por lo que la financiación tributaria representaba en 2004 el 87,5 por 100 de su Presupuesto¹⁰, sino que dispone de un significativo elenco de tributos propios que permitirá realizar algunos apuntes en relación a estas figuras.

II. LOS TRIBUTOS PROPIOS DE LAS CCAA: IMPUESTOS, TASAS, CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y RECARGOS AUTONÓMICOS

Y, pese a que estas figuras no tengan excesiva importancia en la financiación de la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM en lo sucesivo), su análisis debe ser el primero en realizarse, por tratarse de los recursos conectados en mayor medida con la autonomía financiera que el artículo 156 CE proclama como principio estructural de la hacienda autonómica. En efecto, aunque se haya podido defender que la autonomía financiera implica únicamente que las CCAA tengan la *«plena disponibilidad»* de los medios suficientes para cumplir sus funciones, *«sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias y, en especial, las que se configuran como exclusivas»* (STC 135/1992, de 5 de octubre), lo cierto es que el principio constitucional de que se trata parece también reclamar que una parte de esos medios sea obtenida como consecuencia del ejercicio de su poder financiero por parte de las CCAA, esto es, a través de sus recursos propios.

Porque sólo si la autonomía se orienta hacia la obtención de recursos propios por parte de las CCAA cobran sentido las exigencias de coordinación y solidaridad que el artículo 156 de la CE formula en íntima conexión con la proclamación de dicha autonomía; pues aquellas exigencias adquieren su sentido, precisamente, en un marco en el que la capacidad de diferenciación inherente a la autonomía financiera de las CCAA reclama, al servicio de la unidad en que se fundamenta la propia CE, un esfuerzo de actuación armónica y la compensación de las desigualdades territoriales preexistentes. Ello es particularmente cierto en lo que se refiere a la exigencia de coordinación, que tiene su espacio natural precisamente en las áreas en que las CCAA pueden ejercer en mayor medida su autonomía financiera para la obtención de ingresos; en especial, en materia tributaria, en que los sucesivos incrementos de la

⁹ Los datos relativos a los ingresos o derechos reconocidos en 2003, pueden verse en <http://dgft.min-hac.es/publi/ccaa/CL2003C00.xls>.

¹⁰ Según datos de la CAM, que pueden verse en <http://www.madrid.org/chacienda/presupuestos/2004/financiacion.htm>.

autonomía de las CCAA han ido acompañados, como era exigible, del establecimiento de nuevas técnicas al servicio de las mayores necesidades de coordinación en el ejercicio de las competencias tributarias autonómicas.

De ahí que hayamos de referirnos en primer lugar a los tributos propios de las CCAA, incluyendo entre ellos los recargos, que técnicamente han de considerarse incluidos en esta categoría, al menos por lo que implican de ejercicio de sus potestades tributarias por parte de las CCAA¹¹. Es cierto que los recargos, por un lado, y los restantes tributos propios —impuestos, tasas y contribuciones especiales— aparecen constitucionalmente sometidos a límites que sólo en parte son comunes; pero no lo es menos, a nuestro juicio, que su consideración unitaria aparece plenamente dotada de sentido, dada la unidad de función que a esos ingresos públicos se atribuye en la LOFCA, en cuanto elemento de diferenciación entre las distintas CCAA y como instrumento al servicio de la corresponsabilidad fiscal.

2.1. Pero entremos ya en el análisis concreto de los recursos a que hemos de dedicar nuestra atención, comenzando por los que pueden considerarse como tributos propios en sentido restringido, esto es, los que el artículo 157.1.b) de la CE y el artículo 4.1.b) de la LOFCA, describen como impuestos, tasas y contribuciones especiales propios de las CCAA. Y lo primero que conviene destacar es que tales preceptos al contemplar los recursos tributarios de las CCAA acuden a categorías bien concretas, por lo que difícilmente puede obviarse que el sistema de tributos propios de estas haciendas se encuentra constitucionalmente delimitado. Por ello, no tiene mayor trascendencia, a nuestro entender, el hecho de que los diversos Estatutos de Autonomía, al referirse a este tipo de recursos, hayan empleado fórmulas diversas¹², ni debe otorgarse efecto alguno al empleo en la legislación de las CCAA de denominaciones atípicas, como la de canon¹³, pues las concretas figuras a las que se aplica dicha denominación deberán reconducirse, para determinar su régimen jurídico, a alguna de las categorías tributarias contempladas en la propia Constitución y en la LOFCA.

Entre ellas, ningún problema parece plantear la consideración como recursos de las CCAA de las contribuciones especiales y tampoco parecen

¹¹ Tempranamente C. Palao Taboada, *La Hacienda regional y el Proyecto de Constitución*, Universidad de Zaragoza, 1978, p. 36; J. Lasarte Álvarez, «La financiación de las Comunidades Autónomas», DA 181, 1978, p. 425; L. Sánchez Serrano, «El poder tributario de las Comunidades Autónomas», REDF Civitas, 29, 1981, p. 99; y G. de la Peña, «Los recargos como recursos de las Comunidades Autónomas», REDF Civitas, 43, 1984, pp. 374-375.

¹² Para la comparación de las diversas fórmulas empleadas en los diversos Estatutos *vid.* J. J. Ferreiro Lapatz, *La Hacienda de las Comunidades Autónomas en los diecisiete Estatutos de Autonomía*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985, pp. 117 y ss.; no presenta ninguna singularidad terminológica, sin perjuicio de lo que luego se dirá, el Estatuto de la CAM, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

¹³ Empleada, por ejemplo, entre otras, para las figuras establecidas en la Ley 5/1981, de 4 de junio, de la Generalidad de Cataluña (canon de saneamiento); en la Ley 5/1990, de 9 de marzo, de la Generalidad de Cataluña (canon de infraestructura hidráulica) y en la Ley 9/1991, de 27 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (canon de saneamiento).

suscitarse excesivos problemas respecto a las tasas, cuya ordenación resultó particularmente problemática tras la introducción de la polémica categoría de los precios públicos, a la que se efectúa la oportuna mención como recurso de las CCAA en el artículo 4.1.h) de la LOFCA y en el artículo 53.1 del Estatuto de la Comunidad de Madrid, que tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, se refiere a la misma junto a los tributos propios en sentido estricto, cuando es clara su naturaleza no tributaria.

La CAM, que ha renunciado hasta la fecha al empleo de las **contribuciones especiales** para la financiación de las obras y servicios públicos establecidos en ejercicio de sus competencias, confirmando así el declive de esta figura de larga tradición, dispone de una ordenación específica de las tasas que, a partir de la Ley 27/1997, de 26 de diciembre, ha intentado sistematizar el régimen de esta clase de figuras, que ha reordenado luego el Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre.

Sin duda debe reconocerse el esfuerzo llevado a cabo para legalizar las setenta y siete tasas que, salvo error u omisión, regula el citado Texto Refundido, que realiza un intento de sistematización de las tasas por materias en su artículo 32 para, tras agotar el alfabeto castellano, abdicar de esa función ordenadora para realizar una regulación separada de cada tasa, sin que parezca existir orden alguno. Aunque ese desorden ocasione una cierta perplejidad, no resultaría especialmente preocupante si no fuera porque genera algunas contradicciones, como las existentes en materia de tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, que son objeto de regulación general en los artículos 355 y siguientes, en que se establece un régimen perfectamente homologable con el que esta clase de tasas tienen en otros textos legales que, sin embargo, no se compadece bien con las tasas específicas establecidas por el mismo concepto para las obras o instalaciones en zonas de dominio público de las carreteras, en los artículos 150 y siguientes del mismo Texto Refundido o, por la relativa a la ocupación y aprovechamiento de dependencias del antiguo Hospital de jornaleros, sito en la calle Maudes, de los artículos 165 y siguientes del mismo Texto. Y esta sobreabundancia de figuras vinculadas con la utilización del dominio público ha dado lugar a algunos problemas, pues la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ en lo sucesivo) de la Comunidad de Madrid, mediante Autos de 31 de octubre de 1994, acordó plantear tres cuestiones de inconstitucionalidad, que finalmente resolvería la STC 242/2004, de 16 de diciembre, afirmando la constitucionalidad de la legislación autonómica en la materia, por entender que las tasas impugnadas se exigen por conceptos completamente distintos, en tanto que expresivos de diferentes manifestaciones de capacidad económica y, junto a ello, lo que resulta más importante, que *«incluso admitiendo hipotéticamente que se tratase de un supuesto de doble imposición tributaria, tampoco esto determinaría per se la inconstitucionalidad de las normas implicadas»*, ya que la única prohibición de doble imposición en materia tributaria que se encuentra

expresamente recogida en el bloque de la constitucionalidad es la establecida en artículo 6 de la LOFCA, a que luego nos referiremos.

Pese a que el régimen de las tasas de la CAM no parece haber sido particularmente polémico, al menos a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, existen algunas cuestiones a las que merece la pena referirse, relacionadas en primer lugar con el alcance del régimen fiscal especial de Telefónica, establecido en la Ley 15/1987, de 30 de junio, exclusivamente respecto a los tributos locales y que, en consecuencia, no debería impedir la exigencia de las tasas establecidas por la CAM, a pesar de su carácter de Comunidad uniprovincial. A esta cuestión se han referido numerosos pronunciamientos del TSJ de Madrid, que no parece haber entendido correctamente la cuestión planteada y, por ello, en sus Sentencias de 24 de enero, 18 de julio y 3 de noviembre de 2003, ha modificado nuevamente su criterio, para declarar improcedente la aplicación a Telefónica de la tasa por inspección técnica de vehículos, sin cita de precepto legal alguno, al entender que los tributos autonómicos son *«sucesores, tanto material como formalmente, de los tributos locales de ámbito provincial en las Comunidades Autónomas uniprovinciales»*. Dicho razonamiento, que carece de base legal alguna, no puede ser admitido, pues si bien es cierto que las Comunidades uniprovinciales tienen un doble carácter, al asumir las funciones de las antiguas Diputaciones provinciales y los recursos que les correspondían, no lo es menos que puede perfectamente diferenciarse entre los servicios que corresponden a una y otra naturaleza, siendo inequívocamente los de inspección técnica de vehículos correspondientes al ámbito autonómico, por lo que la tasa exigida con motivo de su prestación es igualmente un tributo autonómico, que no puede en modo alguno entenderse sustituido por la compensación prevista en la citada Ley 15/1987, relativa únicamente a los tributos locales, como por cierto había mantenido con anterioridad el propio TSJ de Madrid.

Prescindiendo de otras cuestiones, en cierto modo menores, como las relativas a la interpretación del hecho imponible de la tasa correspondiente al servicio de inspección y control de carnes frescas¹⁴, o a la aplicación de la correspondiente a inserciones en el Boletín Oficial de la Comunidad¹⁵, conviene hacer referencia a la tasa por la cobertura del servicio de prevención y extinción de incendios y salvamento, hoy contemplada en los artículos 217 y siguientes del Texto Refundido aprobado por el citado Decreto legislativo 1/2002; de la que son sujetos pasivos los Municipios de la Comunidad, en todos los supuestos en que la CAM preste el citado servicio. En primer lugar, porque la Ley 18/2000 de la CAM, en la que tuvo su origen la tasa de que se tra-

¹⁴ Problema abordado por las SSTSJ de Madrid de 10 de junio y 14 de noviembre de 1997, 12 y 27 de enero, 17 de julio y 6 de noviembre de 1998, que anularon determinadas liquidaciones por entender inexistente la inspección *«in situ»* en que consiste el servicio o actividad administrativa que legitima la exigencia de la tasa.

¹⁵ A la que las SSTSJ de Madrid de 4 de octubre y 15 de noviembre de 2002, y 24 de enero de 2003, han considerado que no se encuentra sujeta la publicación de actos singulares cuando no afecte de modo particular a ningún sujeto, sino se realice en cumplimiento de la legalidad, al servicio del interés general.

ta, eliminó de manera absoluta los instrumentos cooperativos (Convenios de financiación entre la Comunidad y los correspondientes Municipios) antes existentes para la financiación de la prestación del servicio de prevención y extinción de incendios en caso de dispensa, lo que suscita serias dudas desde la perspectiva de la autonomía local constitucionalmente garantizada. En efecto, efectuar una reasignación de competencias municipales para su ejecución por la CAM prescindiendo de la vía cooperativa y, por tanto, privando a los municipios situados en su ámbito territorial de su derecho a participar en la gestión de sus intereses, sometiénolos de manera unilateral a la tasa que discutimos, no parece compatible con la garantía institucional de la autonomía local, como por cierto entendió el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de mayo de 1999, resolviendo un problema muy semejante al que nos ocupa, en relación a un tributo —híbrido de tasa y contribución especial— exigido a los municipios de su ámbito territorial por la Generalidad de Cataluña.

Con todo, el núcleo de ingresos tributarios cuyo desarrollo por las CCAA plantea mayores problemas es el de los **impuestos propios**, respecto de los que tempranamente se manifestaron serios recelos, que seguramente contribuyan a explicar el cauteloso tratamiento de que han sido objeto tanto en la CE como en la LOFCA, que parecen dejar un estrecho margen de actuación a las CCAA, a pesar del general reconocimiento de su «derecho de inventar impuestos» (*Steuerefindungsrecht*); que se encuentra sometido a límites tan estrechos como para que pueda parecer justificada la afirmación de que se encuentra en la práctica vacío de contenido, sobre todo en la LOFCA, que después de reiterar en su artículo 6 el reconocimiento de las potestades de las CCAA para establecer sus propios tributos, lo que desarrolla en verdad, es su sistema de límites, fundamentalmente en orden a asegurar que «no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado» y que sólo incidirán sobre materias reservadas por su legislación a las Corporaciones Locales «en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple».

No es éste el momento de examinar en detalle tales límites, ni tampoco los resultantes del artículo 9 de la LOFCA¹⁶, pero sí nos interesa destacar que en su interpretación dominante conducen a una curiosa asimetría, pues las CCAA disponen de un amplio margen de actuación para gravar capacidades económicas sujetas al sistema tributario estatal, mientras que, por el contrario, se ven imposibilitadas para actuar sobre cualquier materia gravada por el sistema tributario local¹⁷. En efecto, nuestra jurisprudencia constitucional, a partir de la STC 37/1987, de 26 de marzo, relativa al Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, teniendo en cuenta que el sistema tributario estatal ocupa la mayor parte del espacio fiscal, ha

¹⁶ Que hemos analizado con detalles en J. Zornoza Pérez, «Tributos propios y recargos de las Comunidades Autónomas», MAEDF 1986-1987, t. II, Madrid, 1988; Ibidem, «Tributos propios y recargos de las Comunidades Autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, 1993.

¹⁷ En lo que sigue, V. Ruiz Almendral, y J. Zornoza Pérez, «El Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales. Análisis constitucional», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 10, 2004, pp. 41 y ss.

optado por interpretar el artículo 6.2 de la LOFCA de forma restrictiva, según el sentido propio de sus palabras, circunscribiendo el alcance de la prohibición establecida en dicho precepto a que las CCAA establezcan tributos con hechos imponibles idénticos a los del Estado¹⁸. Una interpretación que, refrendada en las SSTC 186/1993, de 7 de julio y 289/2000, de 30 de noviembre, ha convertido el límite del artículo 6.2 de la LOFCA en prácticamente inefectivo, ya que bastaría con que uno de los elementos del hecho imponible fuera diverso para que el tributo autonómico no incurriera en doble imposición¹⁹. Y ello, porque en los supuestos que ha tenido ocasión de examinar, el Tribunal Constitucional se ha limitado a efectuar un mero análisis del hecho imponible formal, definido por el legislador, sin entrar siquiera en el análisis de sus distintos elementos —objetivo, subjetivo, espacial y temporal— a los que rara vez se refieren las correspondientes definiciones legales. En efecto, suele ser habitual que las leyes propias de los tributos realicen una definición formal y sumamente imprecisa del hecho imponible que posteriormente se concreta a través de la regulación de los restantes elementos estructurales del tributo, hasta tal punto que el mero análisis de la definición legal del hecho imponible rara vez es suficiente para identificar el tributo; y, precisamente por ello, la simple comparación de la definición legal de los hechos imponibles correspondientes resulta, como regla, insuficiente para resolver los conflictos a que el artículo 6.2 de la LOFCA trata de atender.

De ello da muestra, poniendo de manifiesto las indeseables consecuencias que pueden derivarse de un entendimiento *ad pedem literis* de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, la Sentencia del TSJ de Madrid, de 29 de marzo de 2000²⁰, relativa al Impuesto sobre los premios del bingo establecido por la Comunidad de Madrid, que según la parte demandante infringía el artículo 6.2 de la LOFCA, dado que tales premios constituyen ganancias patrimoniales sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF, en lo sucesivo), por lo que ambos tributos resultarían equivalentes. Pues bien, frente a dicho planteamiento, la mencionada Sentencia, con cita expresa de la doctrina establecida en la STC 37/1987, rechazó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se le había solicitado interpusiera, al no tener dudas sobre la constitucionalidad del Impuesto, dado que no se da una estricta coincidencia entre los hechos imponibles de ambos tributos, ya que «*el gravamen del pago del premio es sobre el jugador premiado, en la medida que contra él reper-*

¹⁸ En los términos de la citada STC 37/1987, «*parece incuestionable, según resulta incluso de los propios términos literales del precepto, que el artículo 6.2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las Comunidades Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque habida cuenta de que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría... a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos de momento, nuevos impuestos autonómicos. Lo que el artículo 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imponibles, estrictamente*».

¹⁹ En relación con esta doctrina constitucional, y para las distintas opiniones doctrinales *vid.* I. Jiménez Compared, *La imposición propia de las Comunidades Autónomas*, BOE, Madrid, 1994, pp. 291 y ss.

²⁰ En la misma línea las posteriores SSTSJ de Madrid de 24 de mayo de 2000, 25 de mayo y 2 de diciembre de 2002 o 27 de febrero y 14 de junio de 2004.

cute la empresa que organiza el juego, que es quien paga (art. 3), no habiendo coincidencia estricta con otro hecho imponible, en este caso el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como preconiza la recurrente, en la línea de lo que apunta el artículo 6.2 LOFCA» (FJ 3.º).

Y decimos que se trata de un buen ejemplo de las perniciosas consecuencias de una interpretación puramente gramatical y formalista del artículo 6.2 de la LOFCA porque una comparación entre ambas figuras que, trascendiendo las definiciones legales de sus respectivos hechos imponibles, entrara en el análisis de sus distintos elementos, seguramente hubiera llevado a una conclusión distinta. En efecto, siendo cierto que el hecho imponible del Impuesto autonómico está constituido (art. 2.1), por «*el pago de todo tipo de premios a jugadores*», mientras que el del IRPF es la obtención de renta (art. 5 de la Ley 18/1991, hoy art. 6 del Texto Refundido de la Ley del IRPF), no lo es menos que los premios del bingo constituyen ganancias patrimoniales sujetas al IRPF, esto es, son renta a efectos de este Impuesto, y que el pago de un premio equivale a su obtención, pues se trata de dos formas de observar un mismo fenómeno. Sobre ello, aunque la delimitación formal de los sujetos pasivos sea también diversa, en ambos casos soporta la carga tributaria quien obtiene el premio, esto es, el jugador, pues las empresas pagadoras de los premios del bingo están autorizadas para repercutir el Impuesto autonómico a los jugadores, que obtienen un premio gravado tanto por el tributo autonómico como en el IRPF. Por ello, en definitiva, pese a que no exista una coincidencia estricta entre los respectivos hechos imponibles, lo cierto es que si existe un alto grado de equivalencia, tanto en lo que se refiere al aspecto material del elemento objetivo, como en lo relativo a su aspecto cuantitativo, y también en cuanto al elemento subjetivo del presupuesto de hecho, lo que probablemente hubiese aconsejado el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional hubiera podido matizar, a la vista de las circunstancias del caso, su anterior doctrina respecto al artículo 6.2 de la LOFCA, considerando también los efectos económicos del Impuesto autonómico, cuya aplicación genera una flagrante doble imposición.

No menos insatisfactoria resulta la interpretación del límite al poder tributario de las CCAA establecido en el artículo 6.3 de la LOFCA que ha realizado la STC 289/2000, de 30 de noviembre, al entender que las materias reservadas a las Corporaciones Locales, a que dicho precepto se refiere, son «*aquellas materias que configuran el objeto de los tributos locales por haberlo establecido así la «legislación de régimen local» que en materia financiera no es otra, en la actualidad, que la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales*». Porque, de ese modo, el citado precepto de la LOFCA impediría a las CCAA establecer tributos que recaigan sobre la materia o riqueza gravada por los tributos locales, y ello «*con independencia del modo en que se articule por el legislador el hecho imponible*», puesto que, de acuerdo con el repetido artículo 6.3 del citado texto legal, «*resulta vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico*».

Dicha interpretación es inadmisibles, para empezar, porque no existe en la CE, ni tampoco en la legislación de régimen local, ninguna materia reservada para el establecimiento de sus tributos por parte de las Entidades locales; es más, las materias sobre las que recaen la mayoría de los tributos locales son objeto de gravamen también por el sistema tributario estatal, con lo que no se alcanza a entender en qué sentido se encuentran reservadas a dichas Entidades. Junto a ello, en segundo lugar, si la citada reserva pudiera establecerse directamente en la legislación de régimen local, bien fuera en la Ley de Bases o en la Ley de Haciendas Locales, se estaría atribuyendo a estas normas una función de delimitación del poder tributario de las CCAA que en nuestro sistema constitucional no les corresponde y que parece estar atribuida a la LOFCA por el artículo 157.3 de la CE. Pero, sobre todo, en tercer lugar, la doctrina establecida por la STC 289/2000 no resulta satisfactoria porque pierde de vista que los apartados 2 y 3 del artículo 6 de la LOFCA tienen una misma finalidad, que debería haber orientado su interpretación en un sentido unitario, ya que así lo exige la lógica de la organización territorial y del reparto de competencias tributarias.

En efecto, a nuestro juicio, dichas reglas obedecen a un único e idéntico propósito, cual es la resolución de los eventuales conflictos que puedan producirse con motivo del ejercicio de sus competencias tributarias por parte de las CCAA, frente al Estado o las Corporaciones Locales, cuyos sistemas tributarios se constituyen, de uno u otro modo, como límite al establecimiento de tributos propios de las CCAA. Es más, en realidad nos encontramos ante dos normas de conflicto de diferente tenor literal pero que, en último extremo, establecen un mismo principio regulador de las relaciones entre los tres niveles en que se articula territorialmente el Estado español, con la finalidad de evitar que las fuentes de tributación asignadas a uno de ellos puedan ser invadidas por otro titular de potestades tributarias²¹. Y, precisamente por ello, su interpretación debe orientarse en el mismo sentido, sobre todo si se considera que en el orden tributario, el conflicto entre las CCAA y las Corporaciones Locales es sólo aparente, ya que en virtud de la competencia exclusiva del Estado para la ordenación legal del sistema tributario local²², se traduce en un conflicto entre éste y las CCAA que, por tanto, no tiene sentido resolver de acuerdo con reglas diversas.

En este contexto, las CCAA han hecho un empleo desigual de su potestad de establecer impuestos propios, a los que se ha intentado vincular con

²¹ En ese sentido, sobre la base de la doctrina alemana, nos manifestamos ya en J. Zornoza Pérez, «Tributos propios...», cit., pp. 978 y ss.

²² Afirmada en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, que, aceptando la naturaleza compartida de las competencias que en materia de Haciendas Locales poseen el Estado y las Comunidades Autónomas, afirma la exclusividad de la competencia estatal, en virtud del artículo 149.1.14 de la CE «*en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones Locales. O también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el artículo 142 de la Constitución*» [FJ 4.b)].

el cumplimiento de los más variados fines extrafiscales y cuya capacidad recaudatoria no parece ser excesiva en ningún caso ²³. Y esa pretendida finalidad extrafiscal, que está presente en la mayor parte de los impuestos propios de las CCAA no debe parecer extraña, pues a la vista de la jurisprudencia establecida en la STC 37/1987, que expresamente admitió el empleo con fines no fiscales de estos tributos autonómicos, siempre dentro de los ámbitos competenciales de las CCAA, se ha venido considerando que cuando un impuesto tiene principalmente una finalidad extrafiscal es difícil que se vea afectado por los límites del artículo 6.2 y 3 de la LOFCA. Así lo ha confirmado la STC 289/2000, cuando expresamente afirma, que en el caso de que el impuesto impugnado tuviera realmente una finalidad no fiscal, conectada con el gravamen de actividades contaminantes, «ninguna tacha cabría hacerle desde la perspectiva del artículo 6.3 LOFCA...: ambos impuestos gravarían fuentes de riqueza distintas y, en consecuencia, afectarían a materias imponderables dispares»; por lo que no debe extrañar que las CCAA hayan pretendido conectar en todo caso sus impuestos propios con el cumplimiento de los más variados y heterogéneos objetivos no fiscales.

Ése es el caso, en el ámbito de la CAM, del Impuesto sobre depósito de residuos establecido por la Ley 6/2003, de 20 de marzo, como instrumento económico-fiscal al servicio de la protección del medio ambiente, según destaca el preámbulo del citado texto legal; una figura que, si bien aparece vinculada con la normativa autonómica sobre residuos, carece en su estructura y regulación de una conexión ambiental precisa, salvo la diferenciación de tipos de gravamen en función de la clase de residuos, ya que no se trata de un impuesto de recaudación afectada a fines relacionados con la política en esta materia, como es habitual que suceda con este tipo de figuras. Y, de algún modo, también pueden considerarse como figuras con fines extrafiscales los impuestos sobre el juego de la CAM, contemplados en la Ley 12/1994, de 27 de diciembre y en la Ley 3/2000, de 8 de mayo, que ha establecido un nuevo Impuesto sobre la instalación de máquinas en establecimientos de hostelería autorizados ²⁴, en ejercicio de sus competencias en materia de casinos, juegos y apuestas, con la finalidad de encontrar, según dice su Preámbulo, «un punto de equilibrio entre las distintas modalidades de juego y el normal deseo de mantener estas actividades en su sede natural», no se sabe si por razones de policía o de orden moral, que explican —ya que no justifican— que el sector del juego privado soporte en nuestro país una presión fiscal especial carente de lógica alguna, sobre todo si se atiende a los incentivos de toda índole —y también de carácter fiscal— que se establecen para la promoción del juego público y de determinadas organizaciones sociales.

²³ Según datos de la CAM relativos al Presupuesto de 2004, los impuestos propios generaron 89 millones de euros de recaudación, lo que, según nuestros cálculos, supone el 0,68 por 100 de sus ingresos corrientes.

²⁴ Que según la STSJ de Madrid, de 22 de octubre de 2005, no vulnera los principios constitucionales tributarios.

2.2. Como hemos advertido, en cuanto figuras tributarias establecidas sobre la base de un tributo preexistente al que, en cierta forma se añaden, determinando un aumento, agravamiento o recargo de la prestación tributaria correspondiente al tributo base, los recargos que las CCAA pueden establecer sobre los impuestos estatales, deben considerarse tributos propios de éstas, sobre los que ejercen competencias normativas plenas, dentro de los límites que establece el artículo 12 de la LOFCA.

Se trata de una figura a la que resulta inevitable referirse en un trabajo relativo a los tributos de la CAM, al menos por dos razones diversas; a saber: de un lado, porque ésta Comunidad fue pionera en su empleo como recurso financiero, al establecer un recargo en la cuota líquida del IRPF, mediante la Ley 15/1984, de 19 de diciembre, del Fondo de solidaridad municipal de la Comunidad de Madrid y, junto a ello, en segundo lugar, porque además de los conocidos recargos sobre las mal llamadas Tasas de juego, la CAM dispone entre sus recursos financieros de un recargo singular, establecido sobre las cuotas del Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE en adelante), cuya titularidad le corresponde en virtud de su carácter uniprovincial, de acuerdo con lo previsto en la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Prescindiendo del análisis de aquel recargo, hoy carente de interés, aunque sí lo tenga la doctrina establecida en la STC 150/1990, que iremos comentando al hilo de nuestra exposición, el recargo de la CAM sobre las cuotas del IAE resulta de una lógica indiscutible, dado que las Comunidades uniprovinciales asumen las funciones de las extintas Diputaciones. Otra cosa es, sin embargo, que su anclaje jurídico sea problemático, pues ni la CE ni la LOFCA han previsto la posibilidad de que las CCAA establezcan recargos sobre los impuestos locales, y no parece suficiente legitimación al efecto la que proporciona la legislación de las Haciendas locales que hemos citado. En todo caso, se trata de un recurso de importancia menor, cuya capacidad recaudatoria se ha visto seriamente comprometida tras la drástica reducción del ámbito de aplicación del IAE que se produjo como consecuencia de las exenciones introducidas por la Ley 51/2001, por lo que no ha de extrañar que 2004 supusiera sólo el 0,2 por 100 del total de los ingresos corrientes de la CAM, estimándose en el Presupuesto de 2005 una contribución relativa de sólo el 1,8 por 100 de dichos ingresos corrientes.

Más importancia tiene el examen de los requisitos y límites de los recargos autonómicos, que se encuentran previstos en el artículo 12 de la LOFCA, en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2001 y que se refieren, en primer lugar, a la determinación de las concretas figuras sobre las que cabe establecer recargos, que son los impuestos estatales susceptibles de cesión, excepto el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH en lo sucesivo); no obstante lo cual, las CCAA no podrán aplicar recargos sobre el IVA y los Impuestos Especiales (IIEE en adelante) en tanto no tengan competencias normativas en materia de tipos de gravamen. Pese a que no es fácil comprender el propósito que ha inspirado al legis-

lador, lo cierto es que la reforma introducida conduce, en la práctica, a la inutilidad de los recargos autonómicos. En efecto, su aplicación sólo es posible, en los momentos actuales, respecto a los impuestos estatales cedidos en relación a los cuales las CCAA disponen de potestades normativas que comprenden —salvo en IVA e IIEE— la regulación, cuando menos, de un tramo de la tarifa. Y, siendo ello así, la pregunta es muy evidente, pues, pudiendo regular directamente la tarifa del impuesto, ¿para qué es necesario el establecimiento de un recargo?; porque el gravamen añadido o complementario que el recargo supone puede perfectamente conseguirse mediante el incremento de la cuota fija, tarifa o tipos aplicables, en ejercicio de las competencias normativas de las CCAA, por lo que no se acierta a entender qué función pueden cumplir en el futuro los recargos autonómicos sobre impuestos estatales de regulación compartida.

Por decirlo con otras palabras, si como confirma la referencia del artículo 12.1 de la LOFCA al IVA y los IIEE, los recargos autonómicos sólo resultan posibles respecto a los impuestos estatales en relación a los cuales las CCAA disponen de poder normativo en materia de tarifas, siempre resultará más sencillo incrementar éstas que establecer un recargo, esto es, un nuevo tributo, de regulación independiente, pero cuyos elementos estructurales serán coincidentes con los del tributo base o recargado. Y, por ello, parece evidente que nos encontramos ante un recurso de las CCAA abocado al desuso, como por cierto se ha demostrado en algunas CCAA que, tras asumir competencias normativas para la regulación de las tarifas de los impuestos estatales cedidos, han procedido a su reordenación para integrar en ellas los recargos antes existentes. Así lo ha hecho la CAM, que a través de la Ley 13/2002, de 20 de diciembre, en ejercicio de sus competencias normativas respecto a la mal llamada Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite y azar, ha establecido nuevos tipos tributarios y cuotas fijas, derogando el recargo antes previsto en el Título II de la Ley 12/1994, de 27 de diciembre, de tributación sobre los juegos de suerte, envite y azar, en un intento de racionalización de su sistema tributario que no puede merecer más que una valoración positiva.

Junto a ello, no puede pasar sin comentario la prohibición expresa de establecer recargos sobre el IVMDH que formula el artículo 12.1 de la LOFCA, que sólo puede entenderse como consecuencia del acercamiento entre las categorías de los impuestos estatales cedidos con competencias normativas de las CCAA y los recargos autonómicos, que ha terminado por dar lugar a que el tramo autonómico del citado impuesto haya sido considerado como un recargo establecido por el Estado con la finalidad de ponerlo a disposición de las CCAA²⁵. Sea ésta su naturaleza, o pueda considerarse como un auténtico impuesto estatal, establecido precisamente para su cesión a las CCAA o, si se prefiere, cedido desde el mismo momento de su creación²⁶, el gravamen

²⁵ Cfr. V. Ruiz Almendral, *Impuestos cedidos...* cit., pp. 214-215.

²⁶ En los términos de J. Lasarte Álvarez, *Financiación autonómica. Dos estudios*, Comares, Granada, 2004, pp. 103-104 y 137.

de que se trata ha sido empleado por la CAM, que mediante la Ley 7/2002, de 25 de julio, reguló el tipo de gravamen autonómico exigible en el IVMDH aplicable en su territorio, extremando la cautela en cuanto a la justificación de su carácter de impuesto con finalidad específica, esto es, cuyos objetivos son distintos de los meramente recaudatorios, para ser así compatible con la Directiva 92/12/CEE, del Consejo, de 25 de febrero ²⁷.

Delimitados los impuestos que las CCAA pueden emplear como tributos base para el establecimiento de sus recargos, el artículo 12.2 de la LOFCA establece un primer límite a su regulación, al disponer que *«no podrán configurarse de forma que puedan suponer una minoración en los ingresos del Estado por dichos impuestos, ni desvirtuar la naturaleza o estructura de los mismos»*. Se trata con ello, por un lado, de evitar que el establecimiento de recargos por las CCAA afecte al volumen de la recaudación de los tributos sobre los que recaen, lo que implícitamente supone la prohibición de su consideración como deducibles o compensables en las bases o cuotas de los tributos principales a que van unidos, según ha proclamado la STC 150/1990, de 4 de octubre (FJ. 6); mientras que, de otro lado, se reclama que los recargos tengan en cuenta su naturaleza de «tributos añadidos», adecuando su configuración a las características esenciales del impuesto sobre el que recaen, de modo que no se desvirtúe su naturaleza como sucedería, por ejemplo, con un recargo sobre la base imponible del IRPF, que hiciera inoperantes las deducciones previstas en la normativa reguladora de dicho tributo y que permiten calificarlo, como una de sus notas esenciales, como un impuesto subjetivo.

Tal y como han quedado expuestos, no son excesivos los límites que la LOFCA prevé de modo expreso para el establecimiento de recargos, aunque a ellos han de sumarse algunos otros, de carácter más general, establecidos en la propia CE. En primer lugar, en su artículo 157.2, conforme al cual las CCAA «no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio», prescripción de la que se ha pretendido deducir la necesidad de que los recargos se ciñan en todo al ámbito territorial de la CCAA que los establece de modo que, por ejemplo, en el caso de un hipotético recargo sobre la cuota del IRPF, se circunscribiera a la parte de dicha cuota imputable a fuentes de renta situadas en su ámbito territorial. Dicha interpretación no puede ser admitida, no sólo por las dificultades prácticamente insuperables que de ella se derivarían para el establecimiento, cálculo y gestión de los recargos, o por otras razones relacionadas con la técnica fiscal; sino, fundamentalmente, porque el citado artículo 157.2 de la CE debe contraerse a prohibir el gravamen «inmediato» de bienes situados fuera de la CCAA de que se tra-

²⁷ Por razones que expone el propio J. Lasarte Álvarez, *Financiación...*, cit., pp. 87 y ss. y 135-136, la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2002, de la CAM, obliga a las Consejerías de Sanidad y Hacienda a elaborar una Memoria *«en que se refleje que los rendimientos derivados del presente impuesto han sido afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos»*.

te, sin que pueda evitar la sujeción mediata interregional, cuya misma existencia y alcance son difíciles de valorar, pues, como señaló la STC 150/1990, *«una cosa es adoptar medidas tributarias sobre bienes y otra distinta establecer un recargo tributario cuyos efectos puedan alcanzar mediata e indirectamente en el plano de lo fáctico, a los bienes como fuente de la riqueza o renta que constituye el hecho imponible»*. Y conviene tenerlo bien presente, porque, como luego diremos, es este un problema que en los momentos actuales puede también plantearse respecto a las medidas tributarias adoptadas por las CCAA en relación a los impuestos estatales cedidos para cuya regulación ostentan competencias normativas y que, al menos en algún caso, recaen directamente sobre bienes.

Por fin, el empleo de los recargos generó no escasa polémica por entenderse que implicaba un riesgo para el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la CE y como principio inspirador del sistema tributarios en su artículo 31.1, en relación al principio de capacidad contributiva. Y como un problema parecido podría plantearse en relación a los impuestos estatales cedidos respecto a los que las CCAA disponen de competencias normativas, en particular para la regulación de sus tarifas, conviene dejar sentado que el principio de igualdad no puede ser interpretado en forma rígida y formalista, como un principio absoluto, en el sentido de una igualdad matemática, de modo que fuera incompatible con cualesquiera diferencias entre las cargas tributarias de los ciudadanos de diversas CCAA. Dicho principio ha de entenderse, en efecto, en un sentido relativo y es por ello compatible con el reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad al legislador en base a consideraciones y valoraciones muy diversas. Y, en concreto, la autonomía financiera de las CCAA es sin duda uno de los valores que pueden desenvolverse desahogadamente sin entrar en conflicto con el principio fundamental de la igualdad de todos ante la Ley; porque la articulación territorial del Estado en la CE y el reconocimiento de la autonomía de las nacionalidades y regiones constituyen una de las posibles causas de legitimación de las desigualdades en el ámbito tributario, en cuanto tal elección implica una renuncia consciente del propio constituyente a la igualdad tributaria absoluta. De ahí que la STC 150/1990 afirmase que *«la diversidad resultante de la exacción de un recargo autonómico... no quiebra la igualdad de posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos en el cumplimiento de los deberes que les impone el artículo 31 de la CE»*, pues el principio de igualdad no impone que todas las CCAA tengan que ejercer sus competencias tributarias de una manera y con un contenido o unos resultados idénticos o semejantes; sino que, antes al contrario, el ejercicio de las competencias tributarias de las CCAA no requiere una justificación explícita de la desigualdad tributaria que produce, ya que es una consecuencia lógica de su autonomía financiera²⁸.

²⁸ Sobre todo ello vid. las reflexiones al hilo de la STC 150/1990, de F. de la Hucha y J. Zornoza Pérez, «Los recargos sobre impuestos estatales y la financiación de las Comunidades Autónomas», en *Cuadernos de Hacienda Pública Española*, núm. 8, 1990.

III. LOS TRIBUTOS ESTATALES CEDIDOS A LA COMUNIDAD DE MADRID

Como hemos avanzado, en el modelo de financiación todavía vigente, resultante de los Acuerdos del CPFF, de 27 de julio de 2001, los impuestos estatales cedidos constituyen la principal fuente de ingresos de las CCAA que, además —salvo en relación al IVA y a los IIEE de fabricación— disponen de amplias competencias normativas para su regulación. Se confirma así que la noción de impuesto cedido tiene un indudable carácter polisémico, comprendiendo figuras de distinta naturaleza y régimen jurídico, respecto a las cuales las CCAA asumen competencias igualmente diversas²⁹. No obstante, los impuestos cedidos tienen una característica común que merece la pena destacar, pues su carácter estatal implica que *«el Estado es el único titular del tributo cedido y, por tanto, de las competencias de normación y gestión del mismo»*, de manera que la cesión no supone, en modo alguno *«ni la transmisión de la titularidad sobre el mismo o sobre el ejercicio de las competencias que le son inherentes, ni, tampoco —como dijimos en la STC 192/2000, de 13 de julio (FJ 8)—, el carácter irrevocable de la cesión»* (STC 16/2003, de 30 de enero).

Le importa resaltarlo, porque de ello derivan importantes límites al ejercicio por las CCAA de las competencias que pueden asumir en relación a estas figuras, que deberá ser siempre respetuoso con la titularidad estatal de los impuestos cedidos, que no pueden verse desnaturalizados o vaciados de contenido —como se ha sugerido en relación al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISyD en adelante)— mediante la adopción de medidas normativas autonómicas, por mucho que formalmente quepan entre las que la LOFCA y las leyes de cesión permiten adoptar a las CCAA. En efecto, por seguir con ese ejemplo, las competencias normativas atribuidas a las CCAA en relación al citado ISyD, tal y como aparecen delimitadas en el artículo 19.2.c) de la LOFCA, del que es concreción el artículo 40 de la Ley 21/2001, no consienten alcanzar ese resultado, pues ni la letra ni el espíritu de los citados preceptos permiten entender que el Estado haya cedido a las CCAA un poder tan absoluto para la regulación del ISyD que pudiera determinar su desaparición práctica. Es más, la atribución al legislador autonómico de la potestad de derogar un impuesto cedido, o de conseguir en la práctica un resultado equivalente mediante el empleo de tipos cero, reducciones, bonificaciones o coeficientes divisores en lugar de multiplicadores³⁰, que redujeran al mínimo las cuotas correspondientes parece incompatible con la noción misma del tributo cedido; esto es, de un tributo que es de titularidad estatal y del que, en consecuencia, sólo puede disponer su titular, como ha puesto de manifiesto la citada STC 16/2003.

²⁹ Cfr. V. Ruiz Almendral, *Impuestos cedidos...*, cit. pp. 216 y ss.

³⁰ Como ejemplo, puede verse el amplio catálogo de reducciones en la base, por los más variados conceptos, previstas en la Ley 5/2004, de 28 de diciembre, de la CAM, que establece igualmente una bonificación del 99 por 100 en la cuota de adquisiciones *mortis causa* y cantidades percibidas por beneficiarios de seguros de vida que sean descendientes menores de 21 años, lo que equivale a la supresión, en la práctica, del gravamen en esos supuestos.

Pasando a otro orden de cuestiones, no es éste el momento de examinar con detalle los distintos regímenes jurídicos propios de cada una de las modalidades de impuestos estatales cedidos³¹, pero no conviene dejar pasar la ocasión de reflexionar sobre algunos de los extremos de su regulación y, sobre todo, respecto al ejercicio que las CCAA han hecho de sus competencias en la materia, que dista mucho de haber sido modélico.

En este sentido, el primer aspecto sobre el que conviene detenerse se refiere al elenco de impuestos que se consideran susceptibles de cesión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la LOFCA y las disposiciones concordantes de los distintos Estatutos de Autonomía, el primero redactado por la Ley Orgánica 7/2001 y, las segundas, en las posteriores Leyes de cesión correspondientes a cada Comunidad. Un elenco que comprende las principales figuras del sistema tributario estatal, con excepción del Impuesto sobre Sociedades, cuya cesión ha sido ya demandada en alguna de las propuestas de reforma estatutaria que son conocidas, superando así el sesgo del anterior modelo de financiación, en que la cesión se refería únicamente a las grandes figuras de la imposición directa, cuya distribución territorial entre las distintas CCAA es menos homogénea que la de los impuestos sobre el consumo. Por ello, aun reconociendo las muchas dificultades técnicas para la cesión de dichos impuestos indirectos sobre el consumo, sobre todo en orden a la delimitación del criterio de territorialización de su rendimiento para su distribución entre las distintas CCAA, creemos que constituye un acierto la incorporación al catálogo de los impuestos estatales cedidos del IVA y los IIEE; a pesar de que la fórmula elegida para la cesión, que difícilmente podrá ir acompañada de la atribución de competencias normativas a las CCAA³², aproxime el régimen de estos impuestos cedidos a una participación autonómica en su recaudación territorializada.

Junto a ello, sin entrar en los restantes problemas de relevancia constitucional que suscita la atribución a las CCAA de competencias normativas para la regulación de los impuestos estatales, ni en el examen de detalle de cuáles sean éstas, sí conviene hacer algunas consideraciones generales al respecto, relacionadas con el profundo cambio de significado de este recurso de las CCAA que se ha operado desde la reforma de la LOFCA por la Ley Orgánica 3/1996, para hacer posible la implantación del modelo de financiación de las CCAA correspondiente al quinquenio 1997-2001. En aquel momento advertimos que la atribución a las CCAA de competencias normativas para la regulación de los impuestos estatales cedidos suponía una auténtica mutación constitucional, llevada a cabo mediante la reinterpretación por la legislación orgánica y ordinaria de un concepto constitucional que permanece inmodificado³³; una

³¹ Para ello nos remitimos al excelente trabajo de V. Ruiz Almendral, *Impuestos cedidos...*, cit., *in toto*.

³² Por las razones que expusimos en J. Zornoza Pérez, *Los recursos...*, cit., pp. 26 y ss., en especial nota 33; y en *Ibidem*, «Los Impuestos Especiales en el marco del sistema tributario español: impuestos estatales o impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas», en AAVV, *VII Jornadas de Estudios Aduaneros*, Madrid, 1997.

³³ Cfr. J. Zornoza Pérez, «Corresponsabilidad...», cit., p. 4015; da cuenta de las opiniones al respecto V. Ruiz Almendral, *Impuestos cedidos...*, pp. 220 y ss.

mutación que, como no podía ser de otro modo, al producirse provoca algunos desajustes en el sistema constitucional, integrado por normas concebidas para un determinado entendimiento de los impuestos cedidos y que casan mal con su nueva concepción.

Eso es lo que, a nuestro entender, ha ocurrido en relación a la prohibición de que las CCAA, «*en ningún caso*», adopten medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio, establecida en el artículo 157.2 de la CE, cuya aplicación se limitaba, como hemos podido ver, a los tributos propios y recargos de las CCAA, que son las figuras respecto a las cuales era posible la adopción de dichas medidas tributarias constitucionalmente prohibidas. No obstante, al atribuirse a las CCAA competencias normativas respecto a los impuestos estatales cedidos, el ámbito de aplicación del precepto se amplía, para alcanzar también a estas figuras tributarias, con lo que ello implica de dificultades en lo que se refiere al Impuesto sobre el Patrimonio (IP en lo sucesivo) y al ISyD. Porque, como hemos argumentado en otro lugar³⁴, los puntos de conexión legalmente establecidos para la atribución de competencias a las CCAA respecto a dichos impuestos estatales cedidos hacen posible o, si se prefiere, permiten que aquéllas puedan aprobar medidas tributarias que recaigan sobre bases imponibles y/o liquidables de las que forme parte el valor de elementos patrimoniales situados fuera de su territorio, lo que resulta problemático, dado el tajante tenor literal del artículo 157.2 CE. En efecto, por lo que se refiere al IP, en la medida que la base imponible sobre la que se aplica la reducción por mínimo exento y la base liquidable a la que se aplicará la tarifa, fijadas por cada Comunidad, son magnitudes unitarias, que incluyen el valor de todos los bienes y derechos de que sea titular el sujeto pasivo, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren situados o puedan ejercitarse, es evidente la posibilidad de que se produzca una cierta extraterritorialidad, que resultará especialmente visible si el patrimonio del sujeto pasivo incluye bienes inmuebles radicados en el territorio de otras CCAA o derechos sobre esos bienes.

La misma situación se producirá en el ámbito del gravamen de las adquisiciones *mortis causa* en el ISyD, pues si para calcular el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente, que constituye la base imponible del gravamen, se ha tenido en cuenta el valor real de bienes situados o derechos que hubieran de ejercitarse fuera del territorio de la Comunidad en que, por última vez antes de su fallecimiento, el causante hubiera tenido su residencia habitual continuada cinco años, existirán parecidos problemas de extraterritorialidad o, aún más acentuados, si se considera que las medidas en cuestión pueden afectar a un sujeto pasivo —el causahabiente— que, dado el punto de conexión seleccionado, no tiene por qué tener su residencia en el territorio de la Comunidad que ha adoptado las medidas tributarias de que depende la cuantía del gravamen que ha de satisfacer, ni en aquella donde radiquen los bienes gravados incurriendo en la extraterritorialidad que el artículo 157.2 de la CE prohíbe.

³⁴ Cfr. J. Zornoza Pérez, «Corresponsabilidad...», cit., pp. 4036 ss.; y V. Ruiz Almendral, *Impuestos cedidos...*, cit., pp. 379 y ss. y 393 y ss. con más referencias.

Y se trata de un problema de difícil solución, pues la infracción del artículo 157.2 de la CE resultaba difícilmente evitable, ya que es una consecuencia que deriva directamente de la nueva configuración de los impuestos estatales cedidos, como tributos de normación compartida, sin alterar su naturaleza y estructura. De un problema que, sin embargo, no parece haber preocupado al Tribunal Constitucional, que se ha apresurado a admitir el desistimiento de cuantas instituciones habían interpuesto recursos en que se denunciaba este ostensible defecto de inconstitucionalidad, quizás porque ha considerado que no existe interés constitucional alguno en su resolución, o que la controversia suscitada no pervive; y que, por otro lado, difícilmente se replanteará por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, al menos mientras las CCAA continúen ejerciendo sus competencias normativas respecto a ambos tributos para reducir la cuantía de las cuotas tributarias que hubieran resultado de la legislación estatal supletoriamente aplicable.

En otro orden de cuestiones, siempre desde la perspectiva general en que nos hemos situado, conviene advertir que al concretar los elementos de los impuestos cedidos a que alcanzan las competencias normativas de las CCAA, tanto la LOFCA como la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, han consolidado un entendimiento sesgado de la corresponsabilidad fiscal, en que dichas competencias normativas —quizá como consecuencia del signo de los tiempos— se orientan de forma mayoritaria a la disminución de los impuestos directos, mediante el establecimiento de deducciones en el IRPF, de deducciones y bonificaciones en el IP, o de reducciones en el ISyD, en que las CCAA pueden incluso regular las establecidas en la normativa estatal, aunque sea —en los descarnados términos de la Ley 21/2001— *«manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas»* (sic!). Y, entiéndase bien, no se trata de hacer una valoración ideológica sobre la presión fiscal idónea a aplicar por las CCAA, sino de destacar que el vigente modelo de financiación no sólo carece de incentivos efectivos para que las CCAA se responsabilicen frente a sus ciudadanos de la obtención de los ingresos necesarios para la financiación del gasto público decidido en el proceso presupuestario, sino que claramente fomenta la que puede denominarse una «corresponsabilidad fiscal a la baja».

No ha sido la CAM la más irresponsable en el ejercicio de dichas competencias, pues, cuando menos, estableció ya en el ejercicio de 2002 el tipo de gravamen autonómico del IVMDH, además de —como las restantes CCAA— incrementar la presión fiscal sobre el juego privado y el tipo de gravamen aplicable a las transmisiones de inmuebles, para equipararlo al del IVA. Pero esas y otras medidas adoptadas por la CAM que deben considerarse igualmente razonables, como la introducción de una cierta progresividad en el gravamen de las escrituras y actas notariales que documenten transmisiones de viviendas, cuando el adquirente sea persona física, mediante la aplicación de tipos diferenciados para las viviendas de protección pública y las restantes, en función de su valor real, no pueden ocultar que la mayor parte de las medidas tributarias adoptadas por las CCAA lo han sido para configurar un amplio y heterogéneo número de deducciones autonómicas en el IRPF, no siempre coor-

dinadas con las deducciones estatales, con evidente merma de su eficacia, «mejorar» las reducciones del ISyD y en el IP o, en definitiva, ofrecer otras ventajas fiscales a sus ciudadanos, al tiempo que se reclaman del Estado mayores recursos financieros para la financiación de ciertos servicios. Y ese tipo de comportamientos no sólo parecen difícilmente conciliables con una comprensión adecuada del significado de la lealtad institucional, sino que resultan perniciosos para la estabilidad del modelo de financiación, siempre sometido a tensiones ante las permanentes demandas de nuevos recursos por parte de unas CCAA que no parecen excesivamente dispuestas a asumir efectivamente las responsabilidades fiscales que les incumben.

Por fin, no pueden pasar sin comentario los evidentes problemas de coordinación existentes en el ejercicio de las competencias autonómicas relativas a los impuestos estatales cedidos³⁵, puesta de manifiesto tanto por las medidas adoptadas por algunas CCAA para vaciar en la práctica de contenido el ISyD, como por el establecimiento en el ITPAJD de medidas tendentes a desincentivar la renuncia a la exención prevista en el IVA para las segundas y ulteriores entregas de edificaciones. Dichos problemas, que el Estado ha renunciado a resolver, abdicando del ejercicio del control que le corresponde ejercer sobre las medidas que las CCAA adopten en materia de impuestos estatales cedidos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.2 de la CE y en cada una de las leyes marco de cesión de tributos a las CCAA³⁶, no son más que el signo de una de las más graves carencias todavía por resolver en la articulación de la financiación autonómica; a saber: la inexistencia de mecanismos eficaces de coordinación. Se trata de un defecto largamente denunciado en la doctrina, que desde hace tiempo viene señalando las insuficiencias del CPFF como órgano de coordinación, por carecer de poderes adecuados al efecto, y reclama la reforma del Senado³⁷ para su configuración como una auténtica Cámara territorial que sirva de lugar de encuentro entre la instancia central y las instancias territoriales, superando las disfunciones de un sistema en que no resulta posible resolver de manera satisfactoria las contradicciones provocadas por la interferencia entre la lógica de las relaciones bilaterales establecidas entre el Gobierno central y cada una de las Comunidades Autónomas y la propia de las relaciones multilaterales que encuentran su sede en el CPFF. De un defecto que no será fácil corregir si se observa el funcionamiento de los órganos establecidos al efecto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que prevé la existencia de una Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria, en la que se incardina una denominada Comisión de Evaluación Normativa a la que se supone que corresponden las funciones directamente relacionadas con la coordinación normativa, como la elaboración de criterios

³⁵ Que ha puesto de manifiesto V. Ruiz Almendral, *Impuestos cedidos...*, pp. 406 y ss.

³⁶ En concreto, para el caso de la CAM, en el artículo 2.2 de la Ley 30/2002, de 1 de julio, que atribuye la competencia de control a la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado.

³⁷ En ese sentido, J. Ramallo Massanet y J. Zornoza Pérez, «Sistema y modelos...», cit., pp. 32 y ss.; Ibidem, «El Consejo de Política Fiscal y Financiera y la financiación de las Comunidades Autónomas», en *Papeles de Economía Española*, núm. 83, 2000, pp. 63 y ss.; profundizando en la idea J. Ramallo Massanet, «Elementos jurídicos...», cit., pp. 490 y ss.

generales de armonización de las políticas normativas del Estado y las CCAA, o el análisis e informe sobre proyectos legislativos en materia de impuestos cedidos y que, sin embargo, no han resultado útiles para corregir los problemas de coordinación denunciados.

IV. CONCLUSIONES

Sin duda, el incremento de la financiación tributaria de las CCAA que se ha operado en el vigente modelo de financiación, al ampliar el elenco de impuestos estatales cedidos al IVA y los IIEE, debe ser valorado positivamente, por lo que implica de ganancia en cuanto a la autonomía financiera de las CCAA en la vertiente de los ingresos. A mayor abundamiento, la incorporación al listado de impuestos cedidos de dichas figuras, apoyadas en el gravamen del consumo, cuya distribución territorial es más homogénea que la de la renta y el patrimonio, parece haber contribuido a equilibrar el modelo y la financiación de él resultante. Ello no supone que su articulación quede exenta de críticas, pues el hecho de que la cesión de los impuestos sobre el consumo no incluya la atribución de competencias normativas a las CCAA, impide a éstas incidir en la carga tributaria soportada por sus ciudadanos a través de dicha imposición, salvo en materia de hidrocarburos; al tiempo que hace dudar de que la consideración del IVA y los IIEE como tributos cedidos resulte adecuada, dada su similitud con las participaciones en la recaudación territorializada de determinados impuestos.

También debe valorarse de manera favorable, al menos en principio, la modificación de las reglas de funcionamiento financiero del modelo de financiación vigente que, frente a los anteriores, hace posible un cierto incremento de la corresponsabilidad fiscal, al menos a medio y largo plazo, pues al haberse establecido las necesidades de gasto que determinan la financiación a percibir, por referencia al año 1999, la evolución posterior y el incremento —siquiera sea vegetativo— de dichas necesidades, seguramente obligará a las CCAA a ejercer sus potestades normativas para la obtención de la financiación adicional necesaria para su atención, que ya no vendrá totalmente garantizada por el modelo. No obstante, para no resultar ingenuos, conviene recordar que las CCAA, poco propensas al ejercicio efectivo de sus competencias normativas para incrementar sus recursos tributarios, se han apresurado a denunciar las insuficiencias del modelo que unánimemente aprobaron, al comprobar sus dificultades para atender al crecimiento constante de gastos, como los sanitarios, que tan complejo es controlar.

Por cierto, las reclamaciones de una nueva y mayor financiación han recibido ya respuesta, abriéndose un nuevo proceso de reforma en esta materia, paralelo al de las reformas constitucional y estatutarias ya en discusión, que hacen prever que ni siquiera un modelo que pretendía alcanzar unas ciertas dosis de estabilidad, incorporando disposiciones normativas al respecto, llegue a superar el período quinquenal de vigencia que hasta ahora era tradicional. No es fácil predecir en qué acabarán las diversas propuestas de reforma de la finan-

ciación autonómica que han sido formuladas, pero, en todo caso, debe destacarse que coinciden en la pretensión de incrementar los ingresos de las CCAA mediante una nueva ampliación de la cesión de impuestos estatales, constituida ya como su principal recurso financiero, con lo que ello supone en términos de incremento de la autonomía y la corresponsabilidad fiscales que, a su vez, para que no se produzcan distorsiones, deberían dar lugar a un reforzamiento de las medidas de coordinación y solidaridad, tendentes a garantizar la igualdad de recursos entre las CCAA que realicen un mismo esfuerzo fiscal y la adecuada corrección de los desequilibrios económicos interterritoriales, como reclaman los principios constitucionales en la materia.

III

NOTAS Y DICTÁMENES

Estatuto de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTATUTO DE LOS PARLAMENTARIOS Y POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN DEL PARLAMENTO.—III. LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL PARLAMENTARIO.—3.1. Derecho Fundamental regulado en el artículo 23.2 CE.—3.2. Negativa judicial a considerar a los Diputados como trabajadores al servicio del Parlamento.—3.3. Los permisos parentales.—IV. ADQUISICIÓN, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE PARLAMENTARIO.—4.1. Adquisición.—4.2. Suspensión.—4.3. Pérdida.—V. DERECHOS Y DEBERES.—VI. INCOMPATIBILIDADES.—VII. PRERROGATIVAS DE LOS PARLAMENTARIOS.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del estatuto del parlamentario en cada uno de los Parlamentos Autonómicos constituye una materia demasiado extensa para ser tratada en un artículo científico, al igual que sucedería con un examen comparado de los preceptos reglamentarios que en las distintas Cámaras se ocupan de la regulación de esta materia. Por ello creo necesario aclarar que ninguna de dichas finalidades se encuentra en la elaboración del presente trabajo.

Planteadas estas «excusas no pedidas», sí reconoceré que la pretensión en la que encuentra origen este artículo se fundamenta en la necesidad que existe para los profesionales del Derecho Parlamentario de conocer con la mayor precisión posible las alternativas que en otras Cámaras se plantean a los problemas que se suscitan en nuestra actividad profesional cotidiana, en este caso, en lo relativo al estatuto de los parlamentarios. En este sentido, he de subrayar que aunque las cuestiones principales relativas al régimen jurídico de los parlamentarios son comunes en todas las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, no cabe duda de que existen diferencias en algunos casos

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

y es en esos supuestos en los que procuraremos poner tales diferencias de relieve, tomando como referente el Reglamento de la Asamblea de Madrid por ser el más conocido por quien suscribe.

II. EL ESTATUTO DE LOS PARLAMENTARIOS Y POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN DEL PARLAMENTO

El dogma de la autonomía de las Cámaras Legislativas, reconocido legal, jurisprudencial y doctrinalmente, se fundamenta en la consideración de los actos parlamentarios como actos «*interna corporis*» cuyo origen coincide con el del Parlamento del constitucionalismo clásico, que se definió con arreglo a los principios de independencia y separación frente al resto de los poderes del Estado, consolidándose así el dogma de la autonomía de las Cámaras Legislativas, entendida como toda exención de control jurisdiccional en sus actos y acuerdos.

En atención a los planteamientos constitucionales del Estado de Derecho reconocido en el artículo 1.1 de nuestra Norma Fundamental, del sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, según prescribe el artículo 9.3 de la Constitución y de la tutela judicial efectiva, como garantía regulada en el artículo 24 del mismo texto constitucional, esta inmunidad jurisdiccional se ha visto limitada, señalándose la naturaleza administrativa de ciertos actos parlamentarios que deben someterse por ello al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para los actos que no tuviesen esta naturaleza administrativa sigue teniendo vigencia el principio de autonomía o autotutela, que consiste en la exclusión del control por Jueces o Tribunales de los actos parlamentarios internos. Este esquema es el seguido por la Constitución Española (art. 72) y por los Estatutos de Autonomía.

Los actos parlamentarios de naturaleza administrativa deben ser, pues, claramente deslindados, y así se desprende de la normativa que a continuación se especifica:

★Artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «*La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia conocerá en última instancia:*

c) *De los recursos contra las disposiciones y actos de las Asambleas Legislativas y de sus Comisionados en materia de personal y actos de administración.*»

★Artículo 77 del Reglamento de Régimen Interior de la Asamblea de Madrid: «*Son actos administrativos de la Asamblea de Madrid los dictados por sus órganos en materia de gestión y administración del personal, de los bienes y servicios y del régimen patrimonial.*»

Por su parte, los actos de naturaleza parlamentaria, como «*interna corporis*» sólo pueden ser recurridos ante el Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de su Ley Orgánica:

«Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades, susceptibles de amparo constitucional podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses, desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes.»

El Tribunal Constitucional se hace eco de estos planteamientos: en Auto 183/84, de 21 de marzo, afirmó: «La norma impugnada es, en efecto, un acto interno de la Cámara producido por la Presidencia de ésta y que tiene como finalidad la regulación de las relaciones que existen entre la propia Cámara y sus miembros. No es, por lo tanto, una norma que deba regular las relaciones de la Cámara con terceros vinculados con ella por relaciones contractuales o funcionariales, sino un acto puramente interno de un órgano constitucional. Característica propia de esto es la independencia, y el aseguramiento de ésta obliga a entender que, si bien sus decisiones, como sujetas que están a la Constitución y a las Leyes, no están exentas de control jurisdiccional, sólo quedasen sujetas a este control cuando afecten a relaciones externas del órgano o se concreten en la redacción de normas objetivas y generales susceptibles de ser objeto de control de inconstitucionalidad, pero ello sólo, naturalmente, a través de las vías que para ello se ofrecen.»

En Sentencia 90/1985, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional añade: «(...) cualquier acto de Parlamento con relevancia jurídica externa, esto es, que afecte a situaciones que exceden del ámbito estrictamente propio de funcionamiento interno de las Cámaras, queda sujeto, comenzando por los de naturaleza legislativa, no sólo a las normas de procedimiento que en su caso establezca la Constitución, sino asimismo al conjunto de normas materiales que en la misma Constitución se contiene. No puede, por ello, aceptarse que la libertad con que se produce un acto parlamentario con esa relevancia jurídica para terceros llegue a rebasar el marco de tales normas, pues ello, en nuestro ordenamiento, sería tanto como aceptar la arbitrariedad.»

Finalmente, en Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, el Tribunal Constitucional sostiene: «Según recuerda la Sentencia 118/1988, la doctrina de la irrecurribilidad de los “actos parlamentarios internos” responde al propósito de respetar la autonomía de las Cámaras Legislativas en orden a su autoorganización y propio funcionamiento y tiene por objeto impedir que el recurso de amparo del artículo 42 LOTC sea utilizado para pretender un control pleno de la conformidad de actos internos a la Constitución y a la Ley —concepto éste en el que se incluyen los Reglamentos de las Cámaras—, pero ello no significa que sean también irrevisables por esa jurisdicción constitucional cuando se les imputa haber ocasionado concreta vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución, que son vinculantes para todos los poderes públicos de acuerdo con el artículo 53.1 de la propia Constitución y, por tanto, también para los Parlamentos y Cámaras, y en consecuencia, protegibles a través del recurso de amparo, según disponen los artículos 52.2 y 161.1.b) de la Constitución y 42 LOTC.»

Las relaciones de la Cámara con sus miembros, reguladas a través de los Reglamentos parlamentarios, y cuerpo principal del estatuto jurídico de los Diputados no tienen la consideración de actos de administración (que se circunscriben a los actos de contratación, régimen del personal funcionario y bienes), por lo que no son susceptibles de recurso en vía jurisdiccional, sino sólo recurribles en amparo ante el Tribunal Constitucional cuando pueda existir vulneración de un derecho fundamental, ya que, fuera de estos supuestos, prevalece el principio de autonomía parlamentaria, cuyo origen se encuentra en el propio principio de división de poderes, pues el conjunto de Diputados reunidos en asamblea constituyen la Cámara misma, no siendo viable que los actos de ella o de sus órganos en relación con sus miembros sea susceptibles de fiscalización o control externo, a salvo de la eventual violación de derechos fundamentales, en la que seguidamente entraremos en detalle.

III. LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL PARLAMENTARIO

3.1. Derecho Fundamental regulado en el artículo 23.2 CE

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha consolidado una doctrina en lo relativo al estatuto de los representantes públicos que introduce el mismo dentro del ámbito del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, criterio compartido por no pocos autores y ampliamente aceptado por la doctrina científica, si bien con algunos matices, como veremos a lo largo de la presente exposición.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 23.2, nos encontramos ante un derecho de configuración legal: *«con los requisitos que señalen las leyes»*, lo que lleva implícita la libertad del legislador para establecer las exigencias, condiciones y requisitos de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos, circunstancias que, en lo que se refiere a los parlamentarios autonómicos se regulan en los respectivos Reglamentos parlamentarios.

El artículo 23.2 menciona únicamente el «acceso», aunque el Tribunal Constitucional ha considerado también inherente al mismo la «permanencia en el cargo» y el «ejercicio de las funciones propias del mismo».

Así, el artículo 23.2 «garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y las desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga, ya que en otro caso, la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico», según subraya el Alto Tribunal en Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre.

Con anterioridad, el propio Tribunal Constitucional en Sentencia 32/1985, de 6 de marzo, ya había afirmado que «el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas implica también, necesariamente, el de mantenerse en ellos y

desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la Ley, que, como es evidente, no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que se vacíe de contenido la función que ha de desempeñarse, o se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros, pues si es necesario que el órgano representativo decida siempre en el sentido querido por la mayoría, no lo es menos que se ha de asignar a todos los votos igual valor y se ha de colocar a todos los votantes en iguales condiciones de acceso al conocimiento de los asuntos y de participación en los distintos estadios del proceso de decisión. Y naturalmente si estos límites condicionan la actuación del legislador, con igual fuerza, cuando menos, han de condicionar la actuación de los propios órganos representativos al adoptar éstos las medidas de estructuración interna que su autonomía les permite».

Es, pues, el legislador quien, mediante la atribución de derechos y obligaciones a los parlamentarios determinará su estatuto jurídico, cuya vulneración puede llegar a constituir una vulneración del derecho fundamental al desempeño para el que ha sido elegido el representante. Y ello porque el Tribunal Constitucional ha estimado, en Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, que tales derechos y obligaciones «quedan integrados en el *status* propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 de la Constitución, defender ante los órganos judiciales —y en último extremo ante este Tribunal— el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo, con la especialidad de que si el órgano es parlamentario la defensa del derecho deberá promoverse directamente ante esta jurisdicción constitucional en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42 de la LOTC».

Lo que se desprende de lo anteriormente expresado es que es el Reglamento parlamentario la fuente del *status* del parlamentario, y no directamente el artículo 23.2. Pese a ello, «no toda infracción de los Reglamentos de las Cámaras y, en concreto, de aquellas de sus normas que regulan las facultades de los parlamentarios en el curso del procedimiento constituyen otras violaciones de derechos fundamentales, ya que no es correcto incluir en el bloque de la constitucionalidad relativo al artículo 23 las normas de aquellos Reglamentos sobre el ejercicio de las funciones de las Cámaras legislativas», según ha resuelto el Tribunal Constitucional en Auto 12/1986, de 15 de enero. Es decir, no todo el estatuto jurídico del parlamentario goza de la protección del Tribunal Constitucional, sino sólo aquellas facultades o derechos que deriven del artículo 23.2. Se establece así una distinción entre las vulneraciones que sean consecuencia de una simple vulneración del Reglamento y la que impliquen una vulneración del artículo 23.2 de la Constitución, ya que a las primeras les resultaría aplicable la doctrina de los *interna corporis acta* y a las segundas no ¹.

¹ E. Cobreros Mendazona y A. Saizarnáiz, «La defensa del status del parlamentario», *Parlamento y Derecho*, Parlamento Vasco-Eusko Legebiltzarra, Vitoria-Gasteiz, 1991.

3.2. Negativa judicial a considerar a los Diputados como trabajadores al servicio del Parlamento ²

El desarrollo del presente epígrafe contiene una amplia referencia jurisprudencial a un supuesto relacionado con las Cortes de Aragón; sin embargo, todo lo resuelto por los órganos jurisdiccionales en dicho ámbito territorial es íntegramente aplicable a los parlamentarios del resto de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, cuyo estatuto jurídico en lo relativo a su distinción respecto del Estatuto de los Trabajadores es equiparable al de los Diputados de las Cortes de Aragón.

El Juzgado de lo Social núm. 2 de Zaragoza se declaró incompetente, mediante Auto de 29 de marzo de 1999, para resolver una reclamación de los familiares de un Diputado fallecido por infarto por considerarlo accidente de trabajo, señalando: «Que no puede estimarse que exista relación laboral entre un Diputado y las Cortes de Aragón, al no concurrir las notas de dependencia, ajenidad y retribución seguidas en el artículo 1.1 del ET, ni estar incluidos dentro de los supuestos de relación laboral de carácter especial contenidos en el artículo 2 del ET, ni haberse dictado Ley que declare dicha relación como laboral de carácter especial, teniendo por el contrario encomendada una función pública a la que se accede al ser elegida por sufragio contraria a las definiciones de ajenidad y dependencia, tal y como sostuvo para el supuesto análogo de los Concejales el TSJ de Madrid en Sentencia de 10 de septiembre de 1996, sin que perciban retribución y sí únicamente una indemnización como compensación de gastos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.7 del Estatuto de Autonomía de Aragón. Razón por la que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la LPL procede declarar la incompetencia de este orden jurisdiccional.»

Esta decisión fue recurrida en recurso de reposición, que resultó desestimado por Auto de 17 de mayo de 1999: «(...) procede desestimar el recurso interpuesto ratificando el auto acordado toda vez que el desempeño del cargo de Diputado elegido por sufragio universal constituye el desempeño de una función pública sin que en la misma concurren las notas de retribución, ajenidad y dependencia con inclusión en el círculo organizativo empresarial, lo que resulta evidente, pues no se presta un servicio retribuido por cuenta de una persona física o jurídica, en interés de la misma, ni se está sometido al cumplimiento de una jornada o al acatamiento de las instrucciones de un empresario, no pudiendo tener dicha consideración lo que es únicamente una normativa de aplicación reguladora de la disciplina parlamentaria.»

Recurrida nuevamente esta resolución ante el TSJ de Aragón, el mismo resolvió en Sentencia de 30 de septiembre de 1999 lo siguiente: «Estas carac-

² Con el mismo título de este epígrafe, e inspirador del mismo, se encuentra el artículo de J. Oliván del Cacho, «La negativa judicial a considerar a los Diputados como trabajadores al servicio del Parlamento (nota sobre la Sentencia de 30 de septiembre de 1999 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón)», *Parlamento y Constitución*, núm. 3, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.

terísticas no existen en la relación que une a un Diputado a Cortes de una Comunidad Autónoma con las propias Cortes, por carecer sus servicios de las notas de ajenidad y dependencia. El Diputado es un representante político de los ciudadanos que, reunido en Cortes con otros Diputados, elabora y vota leyes. No hay ajenidad en los frutos del trabajo, pues éstos no son transmitidos a las Cortes o apropiados por ellas, sino que, de forma autoorganizada por los propios Diputados, proceden aquéllas a la confección de las normas según y conforme a las decisiones del conjunto de los Diputados. Los Diputados “forman”, “componen” o “constituyen” las Cortes, no dependen de ellas, salvo cuestiones de policía o administración, exigidas para su normal funcionamiento. Las relaciones entre las Cortes y sus componentes pertenecen, en consecuencia, al ámbito del Derecho Público o Administrativo, y no al laboral.»

La jurisprudencia centra la diferenciación en la ausencia de ajenidad y dependencia. En efecto, no puede compararse el ámbito disciplinario de un empresario con la naturaleza de la potestad disciplinaria del Presidente y de la Mesa del Parlamento, dirigida exclusivamente a garantizar el buen funcionamiento de la Cámara, sin que exista un poder de dirección en el sentido de indicar al Diputado el modo o la forma de ejercer su función representativa, existiendo, además, constitucionalmente reconocida, la interdicción del mandato imperativo.

También se hace referencia a la ausencia de retribución, cuestión en la que incidiremos más adelante, pues ciertamente no existe una retribución a los parlamentarios «a cambio» del desempeño de su función pública. No se trata de una «contraprestación», sino de una asignación que permita desarrollar la función representativa en condiciones de igualdad.

3.3. Los permisos parentales ³

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, supuso la transposición de las Directivas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 y 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996. El contenido de estas disposiciones se fundamenta en la protección a la mujer trabajadora en los períodos de embarazo, post parto y lactancia así como en facilitar las condiciones para compatibilizar las actividades profesionales con las familiares.

Quizá por no tener la consideración de trabajadores en sentido estricto los parlamentarios españoles no se han beneficiado de la regulación contenida en las disposiciones citadas, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno:

- En Francia se admite la delegación de voto en los supuestos de enfermedad, accidente o acontecimiento familiar grave, misión temporal

³ Ll. Aguiló i Lúcia, «Los permisos parentales de diputadas y diputados», *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002.

confiada por el Gobierno, servicio militar, asistencia a Asambleas internacionales en virtud de delegación realizada por la Cámara, ausencia de la metrópoli, en caso de sesión extraordinaria y fuerza mayor.

- En Luxemburgo cada diputado tiene derecho a delegar en otro de sus colegas, sin que ninguno pueda representar a más de uno.
- En Dinamarca se admite que los parlamentarios puedan solicitar permiso para ausentarse, siendo sustituidos por su suplente de forma temporal.
- En otros sistemas como en Bélgica, Noruega, Canadá o Estados Unidos se ha extendido la tradición británica del *pairing*, es decir, si un miembro de la Cámara se ausenta por cualquier circunstancia, solicita a su portavoz que negocie con el portavoz contrario para que se ausente otro de sus miembros y así mantener el equilibrio. Esta práctica también se ha seguido en nuestro parlamentarismo, pero de forma muy coyuntural.

En nuestro ordenamiento la única referencia normativa es la recogida en el Reglamento del Parlamento de Andalucía, en su artículo 86.2: *«En los casos de embarazo o parto reciente, y sólo en los supuestos en que el Reglamento exija expresamente votación pública por llamamiento, podrá no ser requisito indispensable que la diputada afectada esté presente en la Cámara para que su voto sea válido.»*

La delegación de voto está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento por el artículo 79.3 de la Constitución y, respecto de la sustitución existe la dificultad de la prohibición del mandato imperativo por el artículo 67.2 de nuestra Norma Fundamental, así como la interpretación de la representación efectuada por el Tribunal Constitucional, que establece una relación directa de los representantes con los ciudadanos y no con los partidos políticos.

IV. ADQUISICIÓN, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE DIPUTADO

4.1. Adquisición

La determinación del momento del inicio de la condición jurídica de parlamentario establece el momento de adquisición del estatuto de tal, la cuestión no está exenta de dificultad, si bien contribuye a su simplificación el hecho de que en nuestro ordenamiento no existe ya el instituto de la verificación de poderes. El artículo 70.2 de nuestra Norma Fundamental dispone que *«la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral»*. Quedando la comprobación de dicha validez atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la actualidad la propia proclamación de electos por parte de la correspondiente Junta Electoral implica la adquisición de la condición de parlamentario electo; sin embargo, los Reglamentos parlamentarios fijan unas con-

diciones adicionales para la adquisición de la condición plena de parlamentario. Estos requisitos se encuentran sujetos a la Constitución y no pueden suponer ninguna alteración en la relación representativa, por ello sólo pueden fundamentarse en razones que justifiquen la finalidad de su existencia. Estas condiciones adicionales son tres, que recogemos citando el Reglamento de la Asamblea de Madrid, si bien reconociendo disparidades en la reglamentación que cada Cámara hace de ellos:

El Reglamento de la Asamblea de Madrid, en su artículo 12, establece:

«1. El Diputado electo adquirirá la plena condición de Diputado por el cumplimiento conjunto de los siguientes requisitos:

- a) Presentar en la Secretaría General la correspondiente credencial, expedida por el órgano competente de la Administración electoral.*
- b) Cumplimentar la declaración de actividades prevista en el artículo 28 de este Reglamento.*
- c) Prestar, en la primera sesión del Pleno a la que asista, promesa o juramento de acatamiento de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, con arreglo a la fórmula siguiente: el Presidente preguntará al Diputado que haya de prestar promesa o juramento: «¿Prometéis o juráis acatar la Constitución y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid?»; a lo que el Diputado deberá contestar: «Sí, prometo» o «Sí, juro».*

2. La Mesa declarará formalmente la adquisición por el Diputado electo de la plena condición de Diputado, una vez ésta se haya producido.

3. Los derechos, prerrogativas y deberes del Diputado serán efectivos desde el momento mismo de su proclamación como Diputado electo. Sin embargo, celebradas tres sesiones plenarias sin que el Diputado electo adquiera la plena condición de Diputado, sus derechos, prerrogativas y deberes quedarán suspendidos hasta que dicha adquisición se produzca. No obstante lo anterior, la Mesa podrá apreciar en ese hecho causa de fuerza mayor debidamente acreditada y otorgar un nuevo plazo al efecto.»

Los requisitos de presentar la credencial y efectuar la declaración de actividades a efectos de que se realice el pertinente examen de compatibilidad se derivan de la propia Constitución, pues es obvio que la Cámara ha de ser informada de modo fehaciente de las personas que han resultado proclamadas electas y no lo es menos que se trata de un ejercicio de responsabilidad verificar que los parlamentarios no están incurso en actividades que impidan, de acuerdo a la ley, el correcto desempeño de sus funciones. La problemática, por tanto, recae sobre el requisito del acatamiento, como seguidamente veremos.

Ambas normas establecen una distinción entre parlamentario electo y parlamentario que ha adquirido la condición plena de tal, atribuyendo todos los derechos y prerrogativas a los parlamentarios electos, los cuales quedarán en suspenso si en tres sesiones plenarias consecutivas no se ha adquirido la condición plena, para lo cual es necesario, además de presentar la credencial y la declaración de actividades a efectos del examen de incompatibilidades, como luego veremos, el cumplimiento del requisito del acatamiento.

La cuestión del acatamiento es uno de los asuntos estudiados por el Tribunal Constitucional en relación con el estatuto de los parlamentarios: la cuestión es dirimir si en un Estado democrático cabe la obligación de acatamiento de la Constitución para los representantes de la soberanía popular.

El Tribunal Constitucional lo ha resuelto con una fórmula de compromiso: no se entiende que el acatamiento implica una adhesión íntegra a la Constitución, sino un respeto a los principios democráticos que en ella se contienen. Desde la Sentencia 101/1983 el Alto Tribunal ha decidido la constitucionalidad del acatamiento, considerándolo un deber derivado del artículo 9.1 CE: «(...) los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma (... /...).»

En Sentencia 119/1990 el Tribunal Constitucional considera que «(...) el incumplimiento del acatamiento sólo priva del ejercicio de las funciones de Diputado, no de la condición de tal», es el criterio seguido por autores como Lucas Murillo⁴, que considera que la condición de Diputado se adquiere por la expedición de la credencial por la Junta Electoral, por lo que entiende que no se puede privar al elegido de su carácter de representante electo, sino que, en todo caso, la omisión del acatamiento sólo puede implicar una suspensión de derechos.

La cuestión del acatamiento plantea otra serie de cuestiones: por un lado, se plantea si el acatamiento es el medio más adecuado para el fin que se pretende con su obligatoriedad, a saber, evitar que personas de tendencias ideológicas radicales o antisistema puedan atacar el ordenamiento constitucional desde su condición de parlamentarios; por otro lado, la fijación del quórum para la existencia de mayorías absolutas.

Respecto del primer asunto Morales Arroyo⁵ considera que la obligatoriedad de la promesa o el juramento «se muestra como superflua e inútil para conseguir el fin que se desea. La exigencia de una comprometedora manifestación pública no va a terminar consiguiendo un mayor sentimiento de respeto hacia los preceptos constitucionales por parte de los parlamentarios, ni, por supuesto, su asunción interna cuando estas personas les sean abiertamente hostiles. (...) Si al solo hecho de no jurar o prometer liga el ordenamiento sanciones jurídicas, el mismo se convierte casi en “incitador” de actos de perjurio. (...) Así pues, aquel electo que impulsado por una coherencia ideológica decida no jurar queda al margen de la vida de la Asamblea; mientras que aquel otro, poco respetuoso con los postulados ideológicos que defiende prefiere formular el juramento con evidentes reservas mentales y, en su caso, con posterioridad llegar a quebrar el compromiso, es admitido por el ordenamiento de las Cámaras». El mismo autor considera que la distinción entre par-

⁴ P. Lucas Murillo, «El estatuto de los parlamentarios», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 5, 1991.

⁵ J. M. Morales Arroyo, «La determinación del período de vigencia del estatuto de diputados y senadores», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 19. 1.º trimestre, 1990.

lamentario electo y parlamentario pleno supone una aplicación de la teoría del órgano, en virtud de la cual sólo son miembros de la Cámara aquellos parlamentarios que hayan «tomado posesión», lo cual entiende que es una «burla al carácter electivo y representativo del cargo de parlamentario, desde el momento en que se deja a la Cámara la aceptación de los miembros en su seno». Discrepa en esta cuestión Lucas Murillo de la Cueva⁶ al entender que el acceso a la condición de parlamentario con plenitud de derechos no es una cuestión que quede a la voluntad de la Cámara, sino que depende exclusivamente de la voluntad de quien ha sido elegido.

También considera este autor que la expresión «toma de posesión», empleada por la LOREG⁷, para señalar el momento de la adquisición de la condición plena de parlamentario es aceptable, sin que ello implique el mantenimiento de la posición de que la condición de los parlamentarios es idéntica en todos los aspectos a los de los funcionarios de las Administraciones Públicas; sin embargo, no puede negarse que su estatuto, como el de los funcionarios públicos, «está configurado por normas de Derecho público y, dentro de éste, actos como la toma de posesión son idóneos para fijar el momento en que se produce el acceso efectivo a un cargo público».

Hemos visto hasta ahora los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a la constitucionalidad de la exigencia del requisito del acatamiento, pero con posterioridad a esta cuestión el Alto Tribunal también ha debido pronunciarse acerca de la fórmula de acatamiento.

En la STC 119/1990 el Tribunal Constitucional se pronuncia en el recurso de amparo presentado por los Diputados de Herri Batasuna que incorporaron a su juramento o promesa la expresión «por imperativo legal», lo cual fue considerado por el Presidente de la Cámara como invalidación del requisito exigido, no pudiendo, por este motivo los citados parlamentarios acceder a la condición plena de Diputados. El fallo del Tribunal otorga el amparo a los recurrentes apartándose de la interpretación formalista realizada por la Presidencia del Congreso de los Diputados al entender que, por un lado, la expresión incorporada no permitía deducir una voluntad de incumplimiento del compromiso manifestado y, por otro, prevalece sobre la ambigüedad de la expresión el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución. Pese a ello el intérprete supremo no considera que cualquier fórmula pueda ser válida y expresamente indica que no son admisibles «cláusulas o expresiones que de una u otra forma vacíen, limiten o condicionen su sentido propio, sea cual fuese la justificación invocada para ello».

Posteriormente, y pese a que ya era conocido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 119/1990, el Presidente del Senado no admitió la misma fórmula argumentando que en el Reglamento del Senado

⁶ P. Lucas Murillo de la Cueva, *op. cit.*

⁷ El artículo 108.6 de la LOREG dispone: «En el momento de tomar posesión y para adquirir la condición plena de sus cargos, los candidatos electos deben jurar o prometer acatamiento a la Constitución así como cumplir los demás requisitos previstos en las leyes o reglamentos respectivos.»

sí se recogía de forma expresa la concreta fórmula para prestar el acatamiento. El Tribunal, en STC 74/1991 otorga nuevamente el amparo a los demandantes.

Hemos visto que el Reglamento de la Asamblea de Madrid recoge una concreta fórmula para la prestación de la promesa o juramento, circunstancia que no concurre en todos los Reglamentos parlamentarios autonómicos. En realidad, no todos exigen el requisito del acatamiento, en concreto no lo exigen los Reglamentos del Parlamento Vasco, el Parlamento de Navarra y el Parlamento de Cataluña. Podría parecer que ésta no es una cuestión relevante habida cuenta de la existencia del artículo 108 de la LOREG, ya citado; sin embargo, no cabe olvidar la reserva material que para la regulación de estas cuestiones el ordenamiento jurídico a tribuye a los Reglamentos parlamentarios.

En cuanto a las consecuencias sobre el estatuto del parlamentario en el caso de no prestar promesa o juramento, ya hemos indicado que el parlamentario seguiría ostentando su condición de parlamentario electo, frente a los parlamentarios con condición plena. La diferencia entre ambas figuras radica en la suspensión relativa a los derechos y prerrogativas que se produciría para los primeros respecto de los segundos; ahora bien, en algún sector doctrinal se cuestiona también la posibilidad de suspender las prerrogativas parlamentarias imponiendo a las mismas unos límites que la Constitución no recoge y, puesto que son garantías reconocidas constitucionalmente, podría no ser viable su limitación o suspensión a través de los Reglamentos parlamentarios, circunstancia que, además, podría ser contraria al fundamento mismo de las prerrogativas.

Respecto de las consecuencias en lo relativo al funcionamiento de la Cámara, la más relevante es sin duda la consideración o no de estos parlamentarios electos y no plenos a la hora de determinar la existencia de quórum a los efectos de la fijación de mayorías absolutas o cualificadas. Para Santaolalla⁸ se ha producido una errónea interpretación de la jurisprudencia constitucional para contabilizar las mayorías y quórum. El citado autor rechaza la práctica de que se computen únicamente los parlamentarios con condición plena, excluyendo a los parlamentarios que no juraron o prometieron; en su opinión, han de ser contabilizados a ambos efectos (mayorías y quórum) todos los parlamentarios, criterio compartido por Blasco Jáuregui.

En algunos supuestos, sin embargo, puede no tratarse de una interpretación, sino de la aplicación del Reglamento, así en el caso de la Asamblea de Madrid su artículo 119.2 dispone: «(...) se entenderá que existe mayoría absoluta cuando el número de votos afirmativo resulte superior a la mitad del número de miembros de pleno derecho de la Asamblea.» Como podemos ver, es el propio Reglamento quien se refiere únicamente a los Diputados con condición plena. Esta cuestión no se recoge de la misma forma en todos los Reglamentos.

⁸ F. Santaolalla, «El juramento y los reglamentos parlamentarios (Comentario a la STC119/1190, de 21 de junio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, sep.-dic. 1990.

4.2. Suspensión

La suspensión en la condición de parlamentario puede venir determinada por actos externos a la Cámara, o bien por la adopción de medidas disciplinarias derivadas de la propia actuación de los parlamentarios en el seno de la misma.

Nos referiremos en primer término a las suspensiones que traen causa de actos externos, y siguiendo a Razquín Lizárraga⁹ «son actos en la mayoría de los casos de constatación de un hecho ajeno a la Cámara. Así sucede en los casos de sentencia firme que comporte la suspensión, de imposibilidad de ejercer la función parlamentaria por cumplimiento de una sentencia firme condenatoria y de concesión de suplicatorio anudado a la situación de prisión preventiva».

Cuestión distinta es el supuesto de suspensión derivado de la aplicación de medidas disciplinarias adoptadas en el seno de las Cámaras por los órganos competentes. Este asunto plantea también una interesante problemática.

La STC 77/1983 indica: «No cabe duda de que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, (...) Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25.3, aunque, como es obvio, sometiéndola a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.»

Siguiendo a Razquín Lizárraga, los actos parlamentarios sancionadores se deben estudiar desde una triple perspectiva: la existencia de un procedimiento sancionador, la necesidad de motivación del acto sancionador y la ejecución de la sanción.

Entiende el citado autor que el artículo 25 de la Constitución es aplicable en los Parlamentos¹⁰, considerando que el principal problema es la audiencia del interesado y la prueba de los hechos en el ámbito de los tipos de infracción previstos en los Reglamentos parlamentarios: incumplimiento de los deberes de los parlamentarios y mantenimiento del orden. Ambos supuestos son claramente diferenciables: para el mantenimiento del orden los Reglamentos atribuyen a la Presidencia una potestad disciplinaria que se ha de ejercitar con inmediatez, en caso contrario sería inútil para restablecer el orden. Por el contrario, las sanciones por incumplimiento de deberes se

⁹ M. Razquín Lizárraga, «Actos relativos al estatuto del parlamentario y de autoorganización», *Instituciones de Derecho Parlamentario*, II. *Los actos del Parlamento*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1999.

¹⁰ La STC 169/95 expone: «En último término, por tanto, ha venido a conculcarse el derecho fundamental del actor *ex* artículo 25.1 CE, pues se le ha aplicado un precepto sancionador que, según su propio tenor, no se ha previsto para supuestos como el considerado en la Resolución sancionadora. Con ello, indirectamente, se le ha lesionado en su derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE» (FJ. 3º.).

atribuyen en unos casos a la Mesa y en otros al Pleno, pudiendo distanciarse su aplicación del momento de la infracción el lapso suficiente para seguir un procedimiento y, especialmente, dar trámite a la audiencia al interesado, lo cual no es posible en los supuestos de sanciones impuestas por la Presidencia para garantizar el orden sin pena de inutilizarlas para la finalidad que les es inherente.

Los Reglamentos no recogen de forma expresa un procedimiento sancionador que contenga ni el trámite de audiencia, sin perjuicio de que sí sea posible su introducción y aplicación. Un informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento de Navarra de 1988 analizó los temas del procedimiento sancionador y los límites de la potestad sancionadora cuando tras la suspensión de un mes el Pleno de la Cámara acordó la suspensión de cuatro meses adicionales para sancionar la persistencia en el incumplimiento del deber de asistir a las sesiones de los diputados de Herri Batasuna.

El informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento de Navarra ¹¹ indica, entre otros aspectos, lo siguiente:

«En relación con su aplicación práctica al tema suscitado en el informe, resaltamos a continuación los tres extremos que pueden resultar de mayor interés:

- a) La necesidad de audiencia previa del interesado, que requiere su presencia efectiva en el procedimiento para alegar lo que a su derecho convenga, pudiendo proponer y practicarse las pruebas de que intente valerse.
- b) La aplicación de la presunción de inocencia, correspondiendo a la Cámara la prueba de la comisión de los hechos que se imputen al parlamentario y que se encuentren tipificados como infracción.
- c) Los actos de la Mesa, o del Pleno, por los que se imponga la sanción, pueden ser impugnados ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el procedimiento previsto a tal efecto por el artículo 42 LOTC.»

Otro informe jurídico relativo al procedimiento sancionador es el elaborado por la Secretaría General del Congreso de los Diputados en 1991 ¹², en el que se concluye: «Por lo que concierne al procedimiento, ante la parquedad del Reglamento y en aras de la garantía de los principios constitucionales rectores del *ius puniendi* del Estado, parece pertinente notificar a los parlamentarios afectados el acuerdo de la Mesa de iniciación del procedimiento, cuando éste se produzca, dándoles un plazo para que formulen por escrito las alegaciones que estimen pertinentes y resolviendo finalmente la Mesa mediante un acuerdo motivado.»

¹¹ Recogido en: M. Bermejo Grande, «La suspensión de los derechos de los miembros del Parlamento de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 8 jul.-dic. 1989.

¹² «Informe de la Secretaría General del Congreso de los Diputados sobre la aplicación de lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento del Congreso de los Diputados por inasistencia reiterada o notoria a las sesiones del Pleno y de las Comisiones», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 25, 1992.

En cuanto a los efectos sobre los actos del Parlamento realizados durante la suspensión de un parlamentario, cabe señalar que las SSTC 136/1989 y 169/1995, que otorgaron el amparo a parlamentarios que solicitaron la anulación de sus suspensiones, no aceptaron, sin embargo, la nulidad de los acuerdos del Parlamento adoptados en esos períodos, ya que los resultados hubieran sido los mismos, toda vez que existían amplias mayorías parlamentarias, lo que *a contrario sensu* admite la eventual posibilidad de anular los acuerdos parlamentarios si la suspensión hubiera podido alterar las mayorías.

El Tribunal Constitucional en Auto 1277/1988 declaró constitucional la suspensión por un mes de los derechos de los parlamentarios de Herri Bata-suna por incumplimiento de sus deberes, en concreto, del deber de asistencia a las sesiones de Pleno y de Comisión, subraya, sin embargo, la necesidad de que la sanción sea «proporcionada y razonable».

La Sentencia 7/1992 se refiere a una Resolución de la Presidencia del Parlamento de Cantabria por la que se «cesó» a un Diputado por haber resultado suspendido por sentencia judicial. El Tribunal se mostró contrario a esta interpretación extensiva por mor de la cual un Diputado perdió su condición de tal en vez de ser simplemente suspendido, tal como establecía la sentencia. En este sentido Blasco Jáuregui¹³ opina lo siguiente: «a mi juicio para la estabilidad parlamentaria distorsionaría menos que en casos de sentencias judiciales con inhabilitación temporal hubiera pérdida de la condición de parlamentario. En base al nuevo Código Penal (arts. 40 y 41) sólo la inhabilitación absoluta (con penas de cárcel de 6 a 12 años) supone la pérdida de la condición de Diputado. Ello permite en los casos de penas amplias, pero inferiores, crear situaciones que pueden desestabilizar mayorías parlamentarias y, en consecuencia, gobiernos», opinión que suscribo, si bien con matices, pues entiendo que, en cierta medida, podría entrar en colisión con la ausencia de mandato imperativo.

4.3. Pérdida

La pérdida de la condición de parlamentario tiene lugar por diversas causas, que puede clasificarse como sigue:

- Personales: fallecimiento e incapacidad, esta última declarada por sentencia judicial firme.
- Judiciales: sentencia judicial que anule la proclamación como electo o que anule la elección y sentencia judicial firme que declare la incapacidad.
- Parlamentarias: por extinción del mandato o disolución del Parlamento.

¹³ J. Blasco Jáuregui, «Adquisición, suspensión y pérdida de la condición de Diputado», *Parlamento y Justicia Constitucional*, IV Jornadas de la Asociación Española de Parlamentos, Aranzadi, 1997.

- Voluntarias: por renuncia, ya sea tácita al no ejercitar la opción de permanecer como parlamentario en caso de incompatibilidad o expresa.

Ya hemos señalado anteriormente que no puede hablarse de un régimen jurídico idéntico para todos los parlamentarios autonómicos, pero sí altamente homogéneo, por ello la cita de las regulaciones de estas materias en la Asamblea de Madrid pueden ser válidas desde el punto de vista descriptivo y general.

El artículo 14 del Reglamento de la Asamblea establece:

- «1. El Diputado perderá su plena condición por las siguientes causas:
 - a) Por sentencia judicial firme que anule la elección o proclamación como Diputado electo.
 - b) Por fallecimiento del Diputado.
 - c) Por incapacitación del Diputado, en virtud de sentencia judicial firme.
 - d) Por extinción del mandato, al caducar el plazo o disolverse la Asamblea, sin perjuicio de la prórroga en sus funciones de los miembros titulares y suplentes de la Diputación Permanente, hasta la constitución de la nueva Cámara.
 - e) Por renuncia expresa del Diputado, formalizada ante la Mesa. La renuncia se formalizará por escrito, salvo que, atendidas las circunstancias, la Mesa requiera su formalización presencial.
 - e) Por renuncia del Diputado en los supuestos previstos en el artículo 30.4 de este Reglamento, formalizada tras la constatación del supuesto y la declaración de la renuncia por la Mesa.
2. La Mesa declarará formalmente la pérdida de la condición de Diputado, en el supuesto de que ésta se produzca.»

De las causas de pérdida de la condición de parlamentario es la renuncia la que ha suscitado mayor controversia, exigiéndose en algunos casos que la misma se realice personalmente ante la Mesa de la Cámara, exigencia que pretende una mayor garantía para el parlamentario renunciante acreditando la auténtica voluntariedad de la renuncia.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 60/1983 admitió el derecho a dimitir de los cargos públicos y en Sentencia 81/1994 resolvió desestimándolo un recurso de amparo presentado por un Diputado que tras haber formalizado su renuncia solicitó la retirada de la misma, sin embargo, la Mesa entendió que la renuncia era irrevocable. La alegación del Diputado consistió en invocar un vicio del consentimiento como es el error, pero el Tribunal estimó que no se trataba de un error esencial ni excusable, por lo que, entendiendo que la renuncia es un derecho y que se ejerció libre y voluntariamente, la consideró válida, desestimando el amparo solicitado.

La cuestión es determinar si la renuncia es automática desde el momento en que se manifiesta o, por el contrario, es revocable hasta que el órgano al que va dirigida toma conocimiento de la misma. El Tribunal Constitucional, atendiendo a la renuncia como acto unilateral, que no requiere aceptación por un tercero, se pronuncia por el automatismo.

V. DERECHOS Y DEBERES

Los Reglamentos parlamentarios disponen los derechos de los Diputados, que no expondremos detalladamente, pues ello exigiría un trabajo que excede del ámbito del presente, por lo que me limitaré a relacionarlos de la siguiente forma:

- Derecho a asistir y votar en las sesiones de los órganos parlamentarios.
- Derecho a percibir una asignación económica suficiente: como ya hemos expresado más arriba, no se trata de una retribución por el desempeño de la función pública representativa, sino de una asignación que permita garantizar dicho desempeño en condiciones de igualdad. Como señalan Arévalo Gutiérrez, Marazuela Bermejo y del Pino Carazo¹⁴, el origen de la andadura de los Parlamentos autonómicos comenzó con el «absurdo criterio» de que los parlamentarios no podían obtener una asignación fija por su labor. Este criterio ha supuesto un importante impedimento para el desarrollo de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, por un lado, porque la percepción de una asignación económica fija y digna es la única garantía de poder disponer de una clase política profesionalizada y responsable; por otro lado, la percepción de dietas por asistencia a las sesiones generó una excesiva y a veces innecesaria celebración de sesiones. Finalmente, con las reformas estatutarias de 1998 se reconoció el derecho de los parlamentarios a percibir una asignación económica fija.

En la Asamblea de Madrid, como en otros Parlamentos Autonómicos, la asignación es diferente según el régimen de dedicación del Diputado, así los Diputados que optan por un régimen de dedicación exclusiva tienen una asignación mayor que quienes optan por el régimen de dedicación no exclusiva. Por otro lado, a dichas asignaciones se suman las indemnizaciones por función que corresponden a aquellos Diputados que adquieren responsabilidades adicionales al ejercitar funciones de miembros de la Mesa, Portavoces de los Grupos Parlamentarios o miembros de las Mesas de las Comisiones.

- Derecho a un régimen de protección social. Al igual que en lo relativo a la asignación económica, no se trata de una cobertura de seguridad social derivada de la condición de trabajador por cuenta ajena, pues los parlamentarios no tienen dicha condición, sino de facilitar una protección social a aquellos que la pierdan o no puedan tenerla por causa del ejercicio de su función representativa. Los parlamentarios

¹⁴ A. Arévalo Gutiérrez, A. Marazuela Bermejo y A. del Pino Carazo, *Los Reglamentos de los Parlamentos Autonómicos. Estudio Preliminar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

autonómicos están sujetos al régimen general de la Seguridad Social, en virtud de un Convenio de Colaboración suscrito en 1999.

El origen de la protección social de los parlamentarios se encuentra en la Orden Ministerial de 7 de diciembre de 1981, por la que se regulaba la posibilidad de suscribir un Convenio con la Seguridad Social por los Parlamentos y Ejecutivos autonómicos a favor de sus miembros. Posteriormente, la Orden de 29 de julio de 1982, relativa a Diputados y Senadores de las Cortes Generales, establecía unas condiciones mucho más generosas para los parlamentarios nacionales, ello implicó el inicio de un largo proceso de negociación común entre todos los Parlamentos Autonómicos y la Seguridad Social con la finalidad de lograr la equiparación con los parlamentarios nacionales, toda vez que la identidad en la función parlamentaria no justificaba el diferente trato recibido en función de ser parlamentario nacional o autonómico. Esta negociación culminó con el Real Decreto 705/1999, de 30 de abril, que equipara por fin a los Diputados y Senadores con los parlamentarios autonómicos en lo relativo al régimen de Seguridad Social, pero sigue existiendo una discriminación contraria a los parlamentarios autonómicos, toda vez que no se da cobertura a la contingencia de desempleo.

A partir y en virtud del citado Real Decreto los Parlamentos Autonómicos procedieron a suscribir los respectivos Convenios con la Seguridad Social a que anteriormente se hacía referencia.

Con el objeto de facilitar el acceso a una pensión pública de jubilación para aquellos parlamentarios que no hubieran cotizado quince años (no olvidemos que muchos de los actuales representantes políticos no pudieron cotizar por encontrarse en el exilio) el Convenio suscrito en 1999 faculta a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para que capitalicen los años que le resten al parlamentario para cotizar el tiempo mínimo exigido por la Seguridad Social de acuerdo con la media de la base de cotización que el parlamentario tenga hasta ese momento, resultando que el parlamentario pueda percibir una pensión de jubilación.

Esta previsión no beneficia a cualquiera que haya sido parlamentario autonómico, sino a quien sea mayor de 65 años, se jubile siendo Diputado y lo haya sido durante dos Legislaturas, además no tiene carácter retroactivo, por lo que sólo se aplica a quienes en el momento de la firma de los correspondientes Convenios reunían la condición de parlamentarios autonómicos.

- Derecho a solicitar del Gobierno los datos, informes o documentos que obren en poder de éste.
- Derecho a recibir las actas y documentos de los órganos de la Asamblea.

Como parte del estatuto de los parlamentarios encontramos los deberes de los parlamentarios autonómicos, respecto de los cuales, en caso de incumplimiento, se pueden adoptar diversas medidas de carác-

ter disciplinario, que pueden ir desde la retirada del uso de la palabra o la expulsión del recinto parlamentario hasta la suspensión temporal de los derechos del Diputado infractor, medidas que, como ya señalamos anteriormente, han de tener una relación de proporcionalidad y razonabilidad respecto de la infracción o incumplimiento y, además, no puede considerarse que implique una facultad de dirección de la función representativa por parte de los órganos de gobierno de la Cámara sobre los Diputados, sino una serie de medidas para garantizar el orden, la disciplina y el buen funcionamiento de la actividad parlamentaria.

Entre estos deberes debemos citar los siguientes:

- Deber de asistir a las sesiones del Pleno y de las Comisiones de las que formen parte.
- Deber de adecuar su conducta al Reglamento, a la disciplina, el orden y la cortesía parlamentaria.
- Deber de no invocar o hacer uso de su condición de Diputado para el ejercicio de otras actividades.
- Deber de formular una declaración de actividades para su examen de compatibilidad.
- Deber de presentar una declaración de bienes patrimoniales.

VI. INCOMPATIBILIDADES

Siguiendo a Terrón Montero¹⁵ procede distinguir dos tipos de incompatibilidades: las incompatibilidades con el sector público y las incompatibilidades con el sector privado.

Respecto de las incompatibilidades con el sector público, el citado autor señala: «La prohibición de compatibilizar la función de Diputado con cualquiera otra función o cargo público tiene como finalidad salvaguardar el principio de división de poderes y la autonomía de las Cámaras frente a la intromisión de cualquier otra institución del Estado.»

Por su parte, respecto de las incompatibilidades con el sector privado indica: «Se trata de garantizar la prevalencia del interés general frente al interés particular del parlamentario, impidiendo la colisión entre ambos (... / ...) hacer efectiva la exigencia de una dedicación exclusiva que reclama del Diputado una atención absoluta a los trabajos parlamentarios incompatible con la que requeriría cualquier clase de ejercicio profesional.»

La distinción es pertinente en la medida en que en varios Parlamentos Autonómicos, como en la Asamblea de Madrid el régimen de incompatibilidades

¹⁵ J. Terrón Montero, «Las incompatibilidades de los diputados autonómicos», *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 6, Asamblea de Madrid, 2002.

difiere en función del diverso régimen de dedicación, según se regula en la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid.

«La condición de Diputado de la Asamblea de Madrid, sin régimen de dedicación exclusiva, es compatible con el ejercicio de actividades privadas (... /...).» Se establecen una serie de excepciones, como el asesoramiento relacionado con asuntos públicos, la gestión o propiedad de empresas contratistas o subvencionadas por la Administración, ...

«El mandato de los Diputados de la Asamblea de Madrid que opten por el régimen de dedicación exclusiva es incompatible con el desempeño, por sí o mediante apoderamiento, de cualquier otra actividad pública o privada, ya sea por cuenta propia o ajena.»

Terrón Montero plantea objeciones, compartidas por quien suscribe, relativas a «la congruencia de esa diversidad de dedicación con el principio básico de la representación, toda vez que sugiere la existencia de dos categorías de Diputados, lo que parece compadecerse mal con la idea del fraccionamiento alícuoto de la soberanía».

VI. PRERROGATIVAS

Uno de los aspectos nucleares en el estudio del estatuto de los parlamentarios reside en la dificultad de encontrar los adecuados equilibrios entre las garantías que han de proteger el correcto funcionamiento de las Cámaras, lo que incluye, desde luego, la composición de las mismas, y las prerrogativas otorgadas a sus miembros; y todo ello, a su vez, con los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos ¹⁶.

En virtud de esos necesarios equilibrios, la doctrina ha utilizado diversa terminología para referirse a los mismos conceptos: garantías parlamentarias, inmunidades o privilegios y prerrogativas, son algunas de las expresiones utilizadas.

La distinción es relevante en tanto en cuanto las mayores y más intensas críticas a la conservación de estas prerrogativas traen causa de considerarlas como el mantenimiento de un privilegio que beneficia injustamente a determinadas personas.

Siguiendo a Pérez Serrano ¹⁷ podemos situar en la práctica inglesa la contraposición entre «prerrogativa» y «privilegio» para referirse, respectivamente, a ciertas facultades de la Corona y el Parlamento. Ambas expresiones conservan un valor específico, en cuanto que la primera sugiere una idea mayestática y la segunda derechos parlamentarios. «La esencia de los “privilegios parlamentarios” consiste en constituir garantías que aseguran el normal desenvolvimiento y la libre actuación de las Cámaras, sin temor a injerencias de otros poderes que pudieran perturbar su funcionamiento».

¹⁶ L. Martínez Elipe, Prerrogativas parlamentarias. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 1.º semestre, 2000.

¹⁷ N. Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Civitas.

Para otros autores, como Fernández Miranda¹⁸, la utilización en la práctica por parte de los Parlamentos de algunas prerrogativas las han convertido en auténticos privilegios personales que ya no sirven al fin último que los justificaba. En igual sentido se pronuncia Fernández Viagas¹⁹ al señalar la existencia de unos reflejos corporativos de los parlamentarios tendentes a utilizar las prerrogativas como mecanismo de autodefensa.

El concepto de la inviolabilidad viene dado por el propio Tribunal Constitucional²⁰:

«La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las actuaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan.»

La razón de ser de esta prerrogativa viene dada por el propio Tribunal Constitucional en la definición transcrita: «asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan».

Desde el punto de vista de la delimitación material, el artículo 71 de la Constitución sólo ampara «las opiniones manifestadas en el ejercicio de su función», al igual que los Estatutos de Autonomía y Reglamentos parlamentarios de las Comunidades Autónomas. Ello supone que se protegen declaraciones de juicio y voluntad, pero no actos o hechos, y sólo siempre que se manifiesten en el ejercicio de la función parlamentaria.

En este punto parece oportuno subrayar la importancia de la interpretación que se haga del ámbito de extensión de la función parlamentaria. Ya los constituyentes reconocían la existencia de dificultades interpretativas, y así Pérez Llorca²¹ señalaba:

«...la sistematización y definición de cuáles son los actos cubiertos por la inviolabilidad y cuáles no son los actos cubiertos por la inviolabilidad, reglamentación que parecería demasiado exhaustivo o detallado hacerla en la Constitución, pero que hay que establecer en alguna parte, porque si no se plantearía un problema de inseguridad jurídica respecto a cuáles son los actos cubiertos por la inviolabilidad y cuáles son los no cubiertos.»

¹⁸ A. Fernández-Miranda y Campoamor, «La inmunidad parlamentaria en la actualidad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 251, septiembre-octubre 1977.

¹⁹ B. Fernández Viagas, *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los «privilegios» parlamentarios*, Civitas, 1990.

²⁰ STC 9/1990, de 18 de enero, FJ 3.º

²¹ Pérez Llorca, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 80, 1978.

La hermenéutica en esta materia es, por tanto, de importancia evidente, dando lugar a diferentes opiniones doctrinales:

En primer lugar podemos encontrar una interpretación restrictiva que limita la actividad parlamentaria a los trabajos realizados en las Cámaras y sus órganos ²².

En segundo lugar, hallamos una interpretación intermedia, entendiendo que la función parlamentaria no puede limitarse a las actuaciones realizadas en el seno de los órganos de las Cámaras, sino en todos aquellos ámbitos en los que la actividad parlamentaria contribuya a conformar el criterio que posteriormente será expresado en los órganos de las Cámaras, en referencia a las actuaciones y manifestaciones realizadas en el ámbito de los Grupos Parlamentarios ²³.

Por último, una interpretación extensiva en virtud de la cual la función parlamentaria sería toda función a actividad política realizada por el parlamentario, en atención al papel intermediario entre los ciudadanos y sus representantes que realizan los partidos políticos ²⁴. Así, Gómez Benítez ²⁵ considera que ha de extenderse el ámbito funcional entendiendo que «acto parlamentario debe ser todo acto vinculado al ejercicio de la función como representante de una determinada y cuantificada corriente de opinión que tenga relación con el mandato legislativo o con la actuación constitucional de los parlamentarios, dentro o fuera de la Cámara, reglamentariamente contemplado el acto o no».

En cualquier caso, en el ordenamiento español la labor interpretativa del concepto de inviolabilidad parlamentaria ha sido trazada por el Tribunal Constitucional ²⁶ de forma restrictiva en virtud de dos consideraciones:

Por un lado, atendiendo al ámbito espacial, así la inviolabilidad ampara, salvo muy concretas excepciones, los actos realizados en sede parlamentaria, es decir, dentro del recinto parlamentario.

Por otro lado, con relación al ámbito material, la inviolabilidad protege los actos parlamentarios, pero no todos los actos del parlamentario, es decir, la protección no es subjetiva, sino objetiva, atendiendo a la naturaleza parlamentaria del acto.

Así, el Tribunal Constitucional ha señalado:

«El ejercicio de la función senatorial o parlamentaria en general ¿se circunscribe a la actividad oficial o, por el contrario, puede el representante parlamentario ejercitar la fun-

²² C. Lavagna, *Istituzione di Diritto Pubblico*, II, UTET, Turín, 1970; G. Zagrebelsky, *Le immunità parlamentari*, Einaudi, Turín, 1979; G. Lojacono, *Le prerogative dei membri del Parlamento*, Giuffrè, Milán, 1954.

²³ R. Punset, *Las Cortes Generales*, CEC, Madrid, 1983; S. Tosi, *Diritto Parlamentare*, Giuffrè, Milán, 1974.

²⁴ A. Manzella, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977; P. Barile, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padua, 1978; F. Cuolo, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, I, ECIG, Génova, 1981.

²⁵ J.M. Gómez, Benítez, «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 64, 1982.

²⁶ STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 6.º

ción que le ha sido conferida por cualquier cauce abierto a los demás ciudadanos, sin perder por ello su función de carácter que le corresponde por razón de la materia y objeto de la actividad, continuando, por ende, cubierto por la inviolabilidad?»

La protección «se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión, sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado, por ello, el proceso de formación de la libre voluntad del órgano».

«Parece evidente que la garantía no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios y sí sólo sus declaraciones de juicio o voluntad.»

La dificultad reside en determinar «si la inviolabilidad cubre toda actuación de “relevancia política” del parlamentario o si, más estrictamente, la protección dispensada por esta garantía no alcanza sino a la conducta de su titular en tanto que miembro del órgano colegiado, cesando, por lo tanto, cuando el sujeto despliegue ya su conducta al margen de las funciones parlamentarias».

Para la resolución de esta cuestión el Tribunal Constitucional recurre tanto a la interpretación sistemática como a la teleológica.

Desde el punto de vista sistemático es la propia Constitución la que vincula directamente la inviolabilidad con el ejercicio de la función parlamentaria y, en este sentido, «el diputado o senador ejercitaría, pues, sus funciones sólo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales». Siguiendo a Morales Arroyo ²⁷, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional no define *de facto* el ámbito funcional de la prerrogativa, sino que parece remitirse a las normas parlamentarias. «Las disposiciones del ordenamiento parlamentario, en especial el Reglamento parlamentario, confiere al ejercicio de ciertas actividades una irresponsabilidad que actúa como una presunción *iuris et de iure*.»

Atendiendo a la interpretación finalista el Tribunal Constitucional indica: «las prerrogativas parlamentarias son sustracciones al Derecho común conectadas a una función, y sólo en tanto esta función jurídica se ejerza, pueden considerarse vigentes». «El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad, es el de la libre discusión y decisión parlamentaria (...), decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano, fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario. Así, las funciones relevantes para el artículo 71.1 de la Constitución no son indiferenciadamente todas las realizadas por quien sea parlamentario, sino aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal.»

Para Morales Arroyo ²⁸ «las “funciones parlamentarias” no son ni más ni menos que las funciones recogidas en los Reglamentos y las demás normas parlamentarias que lo complementan, cuando se cumplen conforme a las pres-

²⁷ J. M. Morales Arroyo, «Las prerrogativas parlamentarias a la luz de la jurisprudencia constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 12, cuarto cuatrimestre, 1987.

²⁸ J. M. Morales Arroyo, *ob. cit.*

cripciones procedimentales precisas, y siempre que las actuaciones se dirijan a completar la voluntad del órgano colectivo, única razón que exige la creación e integración del cargo. En tales términos, la actuación de Diputados y Senadores goza de esa presunción *iuris et de iure* de adecuación constitucional a la garantía de la inviolabilidad, a la vez que el control de los abusos queda al ámbito disciplinario de los órganos de la Cámara. Bajo esa doble justificación formal e instrumental, se estima que resultaría imposible incluir dentro del ámbito de la inviolabilidad las actuaciones extraparlamentarias de Diputados y Senadores al situarles en una posición de superioridad no justificada con respecto al resto de ciudadanos».

En el ámbito de las limitaciones a la inviolabilidad Martínez Elipe²⁹ entiende que su *ratio* no es cuestionable, como no lo es tampoco que no puede practicarse bajo su protección la injuria y la calumnia. «La dialéctica que se plantea, en consecuencia, es entre la supresión de esta prerrogativa, bastando para sus fines la tutela preferente que nuestra jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión en el ámbito de la opinión pública, o el establecimiento de límites en la medida en que la libertad de palabra se utilice extralimitándose de su función institucional, como sucede en los casos de calumnia o en la instigación directa y pública para la comisión de graves delitos.»

El autor citado expone claramente sus preferencias por el establecimiento de límites, criterio compartido también por quien suscribe estas líneas, y ello dado que la libertad de expresión es un instrumento imprescindible para evitar que los parlamentarios queden a merced de acusaciones de sus adversarios políticos por motivos partidistas. La ausencia de la prerrogativa de la inviolabilidad supondría, por tanto, limitar la libertad no sólo de los parlamentarios en el uso de la palabra, sino del propio Parlamento. Cuestión distinta es que la libertad de palabra se limite a su finalidad de participar en las funciones parlamentarias, obviando expresiones injuriosas, ofensivas o agresivas que atenten contra la dignidad de terceros.

El establecimiento de límites a la libertad de expresión no exigiría una reforma constitucional, ya que sería factible a través de lo dispuesto en los Reglamentos parlamentarios y de la interpretación que de los mismos y del artículo 71.1 de la Constitución realizase el Tribunal Constitucional. En este sentido se manifiestan otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como es el alemán, en el cual no quedan amparadas por la prerrogativa de la inviolabilidad las expresiones difamatorias ni las que puedan menoscabar el prestigio o la dignidad de la Cámara. Para algunos autores³⁰ la regulación alemana no es correcta, pues entienden que los delitos de opinión son tan manipulables como los demás, por lo que carece de sentido la existencia del suplicatorio para unos y no para otros.

Entendiendo, por tanto, que la inviolabilidad está sujeta a límites, procede efectuar una referencia a los medios de control de la inviolabilidad y, en este

²⁹ L. Martínez Elipe, *ob. cit.*

³⁰ A. Fernández-Miranda y Campoamor, *ob. cit.*

sentido, podemos mencionar, en primer lugar, la potestad disciplinaria que en los Reglamentos parlamentarios se atribuye a los Presidentes de las Cámaras.

Obviamente este control es de carácter interno y sólo extiende su eficacia en las relaciones de la Cámara con sus miembros. Por ello la doctrina entiende que cabría «recurso de amparo para aquellas personas, instituciones o entidades que pudieran considerarse ofendidas en sus derechos fundamentales por los excesos verbales de los parlamentarios»; así se pronuncia Martínez Elípe³¹, y de forma similar a favor de la intervención de la judicatura para evitar abusos en la utilización de la prerrogativa de la inviolabilidad se manifiesta Pulido Quecedo³² en relación con la absolució por la Sala Segunda del Tribunal Supremo³³ para un parlamentario vasco previamente condenado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por un delito de enaltecimiento de acciones terroristas. La *ratio decidendi* consiste en establecer «un margen de apreciación indisponible para el juzgador penal e insusceptible de control jurisdiccional que se traduce en que las desviaciones antijurídicas no pueden ser contrapesadas ni administradas desde el exterior de las Cámaras, debiendo quedar sujetas exclusivamente a la disciplina de los Reglamentos que las rigen». Para Pulido Quecedo «la sentencia es decepcionante. Puesto que si la sustracción de los parlamentarios al Derecho común sólo admite interpretaciones restrictivas y en el ejercicio de la función parlamentaria, parece evidente que utilizar el “púlpito parlamentario” para delinquir, no parece ser la mejor manera de entender la prerrogativa de la inviolabilidad, cuya única aceptación y justificación en el constitucionalismo moderno, se sustenta en estar al servicio del cargo representativo. La inviolabilidad, según constante doctrina, es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, siendo su finalidad esencial asegurar a través de la libertad de expresión, la libre formación de la voluntad del órgano parlamentario al que pertenecen. Pero la libertad de expresión tiene sus límites y si el Presidente del Parlamento se inhibió en su labor disciplinaria, corresponde a los jueces poner las cosas en su sitio, puesto que de lo contrario se convertirá la inviolabilidad en una “patente de corso” para cometer cualquier acción desconectada de su función. No parece adecuado refugiarse en la división de poderes, como hace la Sentencia, para permitir la impunidad de forma tan patente».

Entre ambos autores, no obstante, hay una diferencia de planteamiento fundamental: Martínez Elípe propugna la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de derechos fundamentales, en tanto que Pulido Quecedo defiende la intervención de los Tribunales ordinarios por vulneración de la legalidad sin plantearse la exigencia de vulneración de derechos fundamentales.

³¹ L. Martínez Elípe, *ob. cit.*

³² M. Pulido Quecedo, «La inviolabilidad parlamentaria como patente de corso (El Caso Salaberria)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 654.

³³ STS de 21 de diciembre 2004.

En la práctica se ha venido materializando la primera teoría y no la segunda. Así, el Tribunal Constitucional³⁴ ha considerado que los actos parlamentarios que deciden sobre la disponibilidad de un proceso impiden la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), por ello las prerrogativas parlamentarias inciden negativamente en el ámbito de dicho derecho y, por lo tanto, sólo cabe respecto de las mismas una interpretación estricta³⁵. En la STC 43/1988 el Tribunal Constitucional entiende que la inmunidad es un instituto inapropiado para impedir la tramitación de una demanda civil interpuesta contra un parlamentario, pues la inmunidad, por definición, se refiere, exclusivamente, a procesos penales. La inviolabilidad, por su parte, es una garantía sustantiva que no exige autorización previa para proceder, lo que la convertiría en una garantía procesal o requisito de procedibilidad, aplicando una analogía que es incompatible con la interpretación restrictiva que corresponde a todas las prerrogativas. En el caso del que se ocupaba la sentencia a que ahora nos referimos se produjo un acuerdo del Pleno del Senado desautorizando la continuación de un proceso civil de protección al honor en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, reguladora del derecho al honor, el cual disponía: «iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado». Este fundamento no impidió el otorgamiento de amparo al recurrente al entender que la aplicación de dicha Ley había supuesto la vulneración de un derecho fundamental, por lo que procedía elevar al pleno autocuestión de inconstitucionalidad y otorgar el amparo.

Otro asunto muy similar fue resuelto mediante STC 186/1989, de 13 de noviembre, aunque en este caso el recurso se fundamentó, precisamente en la inconstitucionalidad del requisito de procedibilidad que suponía la exigencia de autorización de las Cámaras para proseguir con una demanda civil. El Tribunal Constitucional señala: «La previa autorización que requiere el artículo 71 de la Constitución para inculpar a Diputados y Senadores no puede exigirse para la admisión, tramitación y resolución de demandas civiles que en nada puedan afectar a su libertad personal y, en consecuencia, la extensión al ámbito civil de dicha garantía procesal resulta constitucionalmente ilegítima.»

La cuestión de inconstitucionalidad elevada al Pleno del Tribunal Constitucional durante el examen del recurso de amparo resuelto mediante la STC 243/1988, se resolvió, a su vez, en STC 9/1990, de 18 de enero, que declaró inconstitucional y nulo lo dispuesto en el artículo 2.2. de la Ley Orgánica antes citado.

El Tribunal Constitucional decidió que la limitación para proseguir el curso de una demanda civil que supone la autorización de las Cámaras ampliaba, fuera de los límites establecidos en la Constitución, la prerrogativa de la inviolabilidad.

³⁴ STC 43/1988, de 19 de diciembre.

³⁵ STC 51/1985.

Cierto es que, en virtud del artículo 71 de la Constitución sólo la inmunidad puede justificar la suspensión de actuaciones judiciales en tanto se tramita el suplicatorio como requisito para continuar o no con el procedimiento; sin embargo, la inmunidad no es el instrumento jurídico aplicable para impedir una demanda civil, pues su naturaleza lleva implícito el carácter procesal penal de las actuaciones, por ello, no es admisible su extensión a procesos que no sean penales.

El Fiscal General del Estado solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 3/1985 argumentando lo siguiente:

«La inviolabilidad protege a los parlamentarios de cualquier tipo de consecuencias que pudieran derivarse de las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Se trata de una prerrogativa de carácter sustantivo, no meramente procesal, y no tiene limitación temporal alguna: las opiniones cubiertas por la inviolabilidad quedan a salvo de cualquier medida que contra su autor pudiera adoptarse, incluso después de finalizado su mandato representativo. Su única limitación es de carácter objetivo: cubre exclusivamente las opiniones manifestadas por los parlamentarios “en el ejercicio de sus funciones”. (...) La Ley que aquí se cuestiona es un vivo ejemplo de contradicción entre sus términos. Si al referirse a opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones parece moverse dentro del estricto campo de la inviolabilidad, al permitir autorización par proceder judicialmente contra su autor mediante la concesión del suplicatorio, evidencia que se está refiriendo a un supuesto de inmunidad parlamentaria.»

Desde el punto de vista jurídico formal no podemos estar más de acuerdo con los planteamientos de la Fiscalía General del Estado y del Tribunal Constitucional, pero ello no implica que no debamos subrayar que, desde el punto de vista material, aunque el proceso civil no pueda ni deba ser suspendido por un indebido requisito de procedibilidad, su terminación sólo puede resultar favorable al parlamentario, lo que implica la desestimación de la demanda, y ello porque, de otro modo, la inviolabilidad sólo cubriría actuaciones penales y no infracciones civiles, limitación que no se recoge en la Constitución, ni se desprende de la misma, y que no supondría una mera limitación, sino una revocación de la prerrogativa misma, ya que la «espada de Damocles» de eventuales demandas civiles, motivadas o no, podría constreñir la libertad de expresión de los parlamentarios, libertad necesaria para la formación de la voluntad de la Cámara y, por ello, fundamento de la existencia de la prerrogativa de la inviolabilidad.

Si anteriormente señalábamos que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídico-penal de la inviolabilidad, debemos señalar que el Tribunal Supremo sí lo ha hecho ³⁶ considerándola también una causa de justificación, lo que ampara la juridicidad de la acción, que se entiende realizada en el ejercicio de un derecho.

En virtud de ello, si la acción no es antijurídica, ello implica que no lo será en el ámbito penal y tampoco en el civil, por ello en este último no podría prosperar una eventual demanda interpuesta.

³⁶ STS de 22 de mayo de 1981 y STS de 21 de diciembre de 2004.

Pese a todo lo expuesto y como señala Alba Navarro ³⁷, «nada impediría, en sede teórica, la iniciación de un procedimiento judicial contra un parlamentario por un acto que debiera quedar cubierto por el ámbito de la inviolabilidad. Si un supuesto de este tipo se produjera y, superados todos los trámites judiciales, llegara a la Cámara una actuación de esta índole, ¿cuál debería ser la respuesta de ésta?». El citado autor considera, conforme a lo expresado más arriba, que el suplicatorio no es el mecanismo más adecuado para proteger la inviolabilidad «simplemente, si no hay delito, difícilmente puede admitirse que la denegación para proceder sea la vía adecuada». El autor se remite a la experiencia italiana: «En una ocasión en la que se solicitaba a la Cámara la autorización para proceder contra un Diputado por un hecho cubierto por la inviolabilidad parlamentaria, aquélla entendió que no podía siquiera plantearse el sometimiento de un Diputado a procedimiento penal por un hecho cubierto por el artículo 68.1. de la Constitución italiana. Dicho en otros términos, el hipotético escrito del Tribunal Supremo que contuviera una solicitud de autorización para proceder contra un Diputado o Senador por hechos previstos en los artículos 71.1 de la Constitución Española (...) debería ser rechazado *a limine*, es decir, inadmitido a trámite por la Mesa (...). Otra solución supondría asumir una intolerable injerencia en las potestades de las Cámaras y de sus propios Presidentes, en merma de cuyos poderes de disciplina se presentaría la solicitud.»

Evidentemente, en el supuesto de laboratorio descrito por Alba Navarro y referido al ámbito de las Cortes Generales, una hipotética admisión a trámite por el órgano jurisdiccional competente de una demanda motivada en un supuesto amparado por la inviolabilidad daría paso a que dicho órgano hubiera de solicitar autorización para proceder; sin embargo, en el ámbito de los Parlamentos autonómicos, donde no existe una inmunidad plena, sino limitada, por lo que la misma hipótesis de partida no implicaría la necesidad de solicitar autorización para proceder.

En este supuesto la «intolerable injerencia» en las potestades de las Cámaras y de sus Presidentes sería la misma, pero no cabría ni tan siquiera la posibilidad de que la Mesa inadmitiera un escrito procedente del Tribunal, pues éste no iba a remitirlo, se limitaría a solicitar la acreditación de la condición de parlamentario del sujeto denunciado a los efectos de ser encausado por el órgano jurisdiccional en el que estuviera aforado.

La única posibilidad, entendemos, de actuar por los parlamentos autonómicos en un supuesto de estas características sería solicitar su personación, en defensa de la Cámara, como titular indirecto de la prerrogativa de la inviolabilidad, para acreditar la ausencia de antijuricidad en la acción amparada por la inviolabilidad y realizada por un parlamentario.

El artículo 71 de la Constitución se refiere únicamente a las Cortes Generales y a sus miembros, por lo que los parlamentarios de las Asambleas Legis-

³⁷ M. Alba Navarro, *Prerrogativas parlamentarias y jurisprudencia constitucional: juicio de constitucionalidad y juicio de legitimidad*, CEC, Madrid, 1996.

lativas de las Comunidades Autónomas no están amparados por dicho precepto constitucional.

Sin embargo, si se sostiene que los Parlamentos autonómicos son Parlamentos y sus parlamentarios son también parlamentarios, no cabe más que aceptar que los mismos fundamentos que justifican las prerrogativas parlamentarias para las Cortes Generales han de justificar su existencia también en el ámbito de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Ningún precepto constitucional, legal ni la jurisprudencia impiden que así sea, pero, dado que la Constitución no recoge dichas prerrogativas para los parlamentarios autonómicos parece que el instrumento más adecuado para conferir dichas garantías sería el correspondiente Estatuto de Autonomía.

Como vemos, existe la garantía frente a la detención, salvo caso de flagrante delito, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, pero, sin embargo, no se contempla la necesidad de autorización parlamentaria para proceder contra un parlamentario autonómico. Es por este motivo por lo que no existe una inmunidad plena, sino limitada a la garantía frente a detenciones, si el Estatuto hubiese conferido una inmunidad plena, del mismo modo que confiere una inviolabilidad plena, ésta existiría para los parlamentarios autonómicos.

Todos los Estatutos de Autonomía reconocen una inmunidad limitada. A estos efectos es relevante recordar la STC 36/1981, de 16 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 2/1981, de 12 de febrero, del Parlamento Vasco, que extendía a los parlamentarios vascos la inmunidad parlamentaria más allá de las previsiones estatutarias: «La Constitución guarda silencio, como hemos dicho, sobre la inviolabilidad e inmunidad de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. A falta de tal regulación han sido los Estatutos, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma (art. 147.1 de la Constitución), el lugar adecuado para regular el *status* de los parlamentarios en cuanto a la inviolabilidad e inmunidad de los mismos se refiere.» La *ratio dedicensi* no reside en que no existe soporte constitucional, sino en que no existe soporte estatutario, siendo éste el cauce adecuado para regular las prerrogativas parlamentarias en cada Comunidad.

La introducción de la inmunidad por la Ley 2/1981 del Parlamento Vasco era inconstitucional porque «comportaba una reforma ilegítima del Estatuto Vasco»³⁸.

El Tribunal Constitucional indica: «Es de señalar que la Ley 2/1981 impugnada modifica sustancialmente el sistema sancionado en el Estatuto de Autonomía del País Vasco en la parte relativa a la inmunidad de los miembros del Parlamento de dicha Comunidad Autónoma. En efecto, mientras que el Estatuto referido garantiza exclusivamente en relación con el *status* de tales parlamentarios que “no podrán ser detenidos, ni retenidos, sino en caso de fla-

³⁸ M. Martínez Sospedra, «Las prerrogativas de los parlamentarios territoriales», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 1, Valencia, 1995.

grante delito”, lo que supone el reconocimiento de la inmunidad parcial o limitada en relación con los actos delictivos cometidos por aquéllos, la Ley 2/1981 amplía esa prerrogativa (...). Tal ampliación de la inmunidad por una Ley de la Comunidad Autónoma Vasca supone una modificación del Estatuto reautonomía (...) por un cauce distinto del previsto tanto por la Constitución de 1978 como por el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco», por lo que resuelve la inconstitucionalidad de la ampliación de la inmunidad.

Siguiendo a Martínez Elipe ³⁹ podemos indicar que la cuestión del foro especial no ha tenido un análisis pacífico. Este fuero especial se atribuye a la Sala Segunda del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para aquellos hechos que hayan tenido lugar dentro del territorio de la Comunidad de Madrid, y al Tribunal Supremo, también la Sala Segunda para el resto.

En nuestro ordenamiento el pronunciamiento judicial en única instancia implicaría un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fundado en la consideración de firme y definitiva de la Sentencia y en la vulneración del artículo 24 de la Constitución que, interpretado conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España, debe reconocer la garantía al doble grado de jurisdicción en materia penal.

El Tribunal Constitucional ⁴⁰ rechazaría el amparo entendiendo que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aun siendo Derecho interno por haber sido ratificado, no es suficiente para crear por sí solo recursos inexistentes en nuestro ordenamiento. En este supuesto, conocido como caso Castells, el Tribunal de Derechos Humanos condenó a España, genéricamente, sin especificar órgano legislativo o judicial, pero fue el Tribunal Constitucional en STC 51/1985, de 10 de abril, el que sin entrar en el asunto de fondo de la doble instancia lo elude porque el propio interesado había utilizado el foro especial y porque constitucionalmente existen unas prerrogativas de que gozan Diputados y Senadores que excusan la falta de la segunda instancia. Este criterio se reitera también en STC 30/1986, de 20 de febrero.

³⁹ L. Martínez Elipe, *ob. cit.*

⁴⁰ STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3.º

Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales: marco constitucional y posibilidades para el futuro

Sumario: I. LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y LAS COMPETENCIAS DE EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA EN PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.—II. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO MATERIA Y COMO ACTIVIDAD SUBSIDIARIA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 290/2000, DE 30 DE NOVIEMBRE.—III. MARCO CONSTITUCIONAL Y REFORMA ESTATUTARIA: POSIBILIDADES PARA EL FUTURO.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia en el artículo 18.4 CE de un derecho fundamental a la protección de datos personales¹. Este derecho fundamental exige no una conducta pasiva, sino una actividad de los poderes públicos de garantía y control. Esta actividad administrativa de protección de datos personales lógicamente tiene que respetar el marco constitucional de distribución de materias y competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es decir, tiene que respetar plenamente el bloque de la constitucionalidad. Esto es especialmente importante en un período donde se inicia previsiblemente la creación de Autoridades de protección de datos de carácter autonómico.

La distribución de materias y competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que refleja el texto constitucional hace que España sea un país claramente descentralizado. Así, la Constitución reserva en exclusiva determinadas materias al Estado y a las Comunidades Autónomas; son materias en las que el Estado o las Comunidades Autónomas disponen de la competencia exclusiva para desarrollar las funciones legislativas y ejecutivas. Sin embar-

* Profesor Titular de Derecho Constitucional.

¹ Cfr. más ampliamente A. Troncoso Reigada, «La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 19-20, 2003.

go, la Constitución establece que en la mayoría de las materias exista un reparto de atribuciones o de funciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Éstas son materias en las que, por expreso deseo del constituyente, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ostentan competencias y ejercen funciones. Son materias en las que las competencias se encuentran compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Este reparto de competencias hace referencia: por una parte, a las funciones legislativas, es decir, a quién —Cortes Generales o Parlamento autonómico— le corresponde la competencia para aprobar las leyes que regulen una materia; por otra, a las funciones ejecutivas, es decir, a qué Administración Pública —estatal o autonómica— le corresponde la actividad administrativa de ejecución. Así, puede existir un reparto de funciones, por ejemplo, que atribuya la función legislativa para el Estado y la función ejecutiva para las Comunidades Autónomas. Por último, y dentro de la misma función legislativa, puede existir una división de atribuciones, perteneciendo al Estado la legislación básica y a las Comunidades Autónomas la legislación de desarrollo ².

I. LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y LAS COMPETENCIAS DE EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA EN PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

No existe en la Constitución una mención expresa a la protección de datos personales ni entre las materias que son competencia exclusiva del Estado —art. 149 CE—, ni entre las materias que podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas —art. 148 CE—. Esto es lógico, ya que, como hemos señalado en otra ocasión, éste es un derecho fundamental cuyo contenido tiene un origen principalmente jurisprudencial. Tampoco existe ninguna referencia expresa a la protección de datos personales en los Estatutos de Autonomía, todos ellos anteriores a las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que delimitaron este derecho fundamental ³. Esto hace que la atribución por parte del legislador estatal y autonómico de potestades y funciones de control sobre ficheros a autoridades de carácter estatal o autonómico pueda resultar problemática al no existir una delimitación material y competencial clara. Esta dificultad no es, como es sabido, característica exclusiva de esta materia sino que entra dentro de la complejidad del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias.

² Cfr. L. López Guerra, «El reparto de competencias Estado-Autonomías en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Valladolid, 1991; M. Carrillo, «La noción de materia y el reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RJAP*, núm. 36, II, 1993.

³ Es comprensible la falta de interés del estatuyente en la protección de datos personales, ya que ésta no es una materia vinculada a la voluntad de proteger las «culturas y tradiciones, lenguas e instituciones» de los distintos pueblos de España que afirma el Preámbulo de nuestra Constitución. Tampoco está relacionada con «características históricas, culturales y económicas comunes» o con la existencia de una «entidad regional histórica» que reconoce el artículo 143 CE.

La primera Ley que cumplió la previsión del artículo 18.4 CE y desarrolló este derecho en nuestro país es la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal —LORTAD—. Esta Ley estableció en el Título VI, «Agencia de Protección de Datos», la existencia de una Agencia estatal de Protección de Datos, así como de unos órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas —art. 40—. Así, este precepto señalaba: «1. Las funciones de la Agencia de Protección de Datos reguladas en el artículo 36, a excepción de las mencionadas en los apartados *j)*, *k)* y *l)* y en los apartados *f)* y *g)* en lo que se refiere a las transferencias internacionales de datos, así como en los artículos 45 y 48, en relación con sus específicas competencias, serán ejercidas, cuando afecten a ficheros automatizados de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, a los que se garantizará plena independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones. 2. Las Comunidades Autónomas podrán crear y mantener sus propios registros de ficheros públicos para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos, respecto a los archivos informatizados de datos personales cuyos titulares sean los órganos de las respectivas Comunidades Autónomas o de sus Territorios Históricos.» Por tanto, correspondía a la autoridad nacional el control de los ficheros privados y de los ficheros de los Ayuntamientos, lo que implica el desarrollo de la actividad de policía administrativa —inspección, supervisión y sanción—, así como las competencias administrativas relativas a la inscripción registral —arts. 38, 45 y 48 LORTAD—. En cambio, correspondía únicamente a las autoridades autonómicas el control de los ficheros de la Administración Pública regional ⁴.

Esta regulación en lo que afecta a las autoridades de control ha sido sustancialmente mantenida —aunque con algunas modificaciones como las relativas al control por parte de las autoridades autonómicas de los ficheros de los entes locales— por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. De esta forma, en España, como ocurre en otros países con modelo federal o autonómico, como es el caso de Alemania, Suiza y Canadá, junto con la Agencia de Protección de Datos de la Federación o de la Nación, coexisten Agencias de Protección de Datos de cada una de las CCAA o de los Estados que componen la Federación. Son las que el Consejo de Europa califica como Agencias subestatales o subnacionales. En esta misma dirección, la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección

⁴ Posiblemente, la LORTAD permitía también el control por parte de las Agencias Autonómicas de los ficheros de las Universidades Públicas y de los ficheros de los Colegios Profesionales creados para el ejercicio de potestades administrativas, ya que, como después veremos, ambas Administraciones Públicas desarrollaban competencias que estaban transferidas a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la única legislación autonómica aprobada en el marco de la LORTAD —la de la Comunidad de Madrid— limitaba la competencia de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid al control de los ficheros de la Administración Regional.

de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos establece en el artículo 28, «Autoridades de control» 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». Igualmente se señala en el mismo artículo que «los Estados miembros dispondrán que se consulte a las autoridades de control en el momento de la elaboración de las medidas reglamentarias o administrativas relativas a la protección de los derechos y libertades de las personas en lo que se refiere al tratamiento de datos de carácter personal».

La justificación constitucional de la *competencia legislativa* del Estado para aprobar la LORTAD y la LOPD proviene, esencialmente, del propio artículo 18.4 CE que establece que: «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 los derechos.» Como es sabido, la afirmación de la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos personales está sometido a reserva de Ley Orgánica —*ex* arts. 53.1 y 81 CE—. Pero especialmente, el artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Este precepto habilitaría a las Cortes Generales para legislar sobre esta materia, estableciendo principios y derechos de protección de datos. Esta competencia legislativa del Estado para regular las condiciones básicas del ejercicio de este derecho fundamental a la protección de datos personales no excluye la competencia de las Comunidades Autónomas para dictar una legislación de desarrollo sobre esta materia. No debe confundirse la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional con la existencia de ordenamiento jurídico rigurosamente uniforme, pues esto sería contrario al propio principio de autonomía —art. 2 CE—. Las Comunidades Autónomas puedan desarrollar también funciones legislativas en protección de datos personales que desarrollen los derechos y los principios, funciones legislativas que no tienen por qué limitarse a tener como contenido la creación de Agencias Autonómicas pero que no pueden suponer en ningún caso el establecimiento de «condiciones básicas» de las que se derive, en su aplicación, que el derecho a la protección de datos no sea igual para todos los españoles.

La primera Ley autonómica de protección de datos fue la Ley 13/1995, de 21 de abril, de tratamiento automatizado de ficheros con datos personales por la Comunidad de Madrid. Esta Ley, de una gran calidad técnica, no sólo creó la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid como Ente de Derecho Público, sino que desarrolló los principios y los derechos de protección de datos, reforzando las garantías establecidas en la LORTAD, por ejemplo, en lo relativo al principio de información, al consentimiento de los interesados, a las medidas de seguridad y a los procedimientos de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cance-

lación⁵. En cambio, la Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal de la Comunidad de Madrid, suprimió todas las referencias contenidas en la Ley 13/1995, de 21 de abril, relativas a la recogida de datos de carácter personal, derechos de los ciudadanos, principio del consentimiento, ejercicio de los derechos de acceso, cancelación y rectificación o cesión de datos. La Ley 8/2001, de 13 de julio, entendía que estos elementos «ya están regulados en la Ley Orgánica, pues son aspectos esenciales que delimitan el sistema de protección de las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, en el tratamiento de los datos personales»⁶. Sin embargo, las referencias contenidas en la Ley 13/1995, de 21 de abril, ni eran aspectos esenciales ni estaban ya contenidas en la LOPD. La Ley 8/2001, de 13 de julio, optó por circunscribir su contenido a la delimitación de las funciones, organización y régimen jurídico básico de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, así como a aquellas materias para las cuales entendía que había una habilitación concreta en la LOPD, como la regulación del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general de creación, modificación o supresión de ficheros de titularidad de la Comunidad de Madrid; la cooperación

⁵ Así, la Ley 13/1995, de 21 de abril, amplió el contenido de la información del carácter facultativo o no de la cesión de datos a la Comunidad; estableció la exposición en las oficinas públicas de modo claro y visible de los aspectos sobre los que los ciudadanos deben ser informados; facilitó la defensa de los ciudadanos ante la imposibilidad de negarse a dar determinados datos, mediante la formulación de alegaciones acerca de la adecuación de los datos solicitados a los principios de pertinencia o racionalidad que permita la cancelación de oficio de los datos; reconoció el derecho del ciudadano a solicitar la certificación de seguridad y la subsiguiente acción en demanda del bloqueo cautelar de los ficheros. Igualmente, la Ley 13/1995, de 21 de abril, estableció el rango normativo que deben tener las disposiciones de regulación de los ficheros —en ese momento, Decreto del Consejo de Gobierno—, reforzando la participación de los ciudadanos en su elaboración al recoger una fase de alegaciones relativas a la adecuación, pertinencia o proporcionalidad de los datos en función de la finalidad del fichero. En lo relativo a la seguridad de los datos, la Ley 13/1995, de 21 de abril, estableció un plazo específico para la adopción de las medidas precisas para garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información y extendió la responsabilidad no sólo al responsable de fichero, sino también a los administradores de sistemas de tratamiento automatizado y a los usuarios de los mismos. Esta Ley reguló también de manera más precisa y clara el procedimiento de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación; creó un registro de interesados y estableció una tasa disuasoria del ejercicio abusivo e injustificado del derecho de acceso. En lo relativo a la aplicación de la LORTAD, desde el punto de vista material, la Ley 13/1995, de 21 de abril, incluyó todas las actividades de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, incluidas las accesorias o preparatorias, extendiendo las garantías de la Ley a los trabajos de desarrollo de aplicaciones informáticas que vayan a contener ficheros de datos personales. Como se puede comprobar, la Ley 13/1995, de 21 de abril, supuso un desarrollo legislativo de la LORTAD sin entrar en contradicción con ella, salvaguardando las condiciones básicas de ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos que corresponde al Estado a través de su legislación básica. La Ley 13/1995, de 21 de abril, optó por no reproducir normas o mandatos de la LORTAD «ni tan siquiera para precisar aquellas definiciones, procedimientos o instituciones que han sido duramente criticados por la doctrina con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica y de su normativa de desarrollo, manteniéndose así la unicidad de los conceptos de los textos» —Exposición de Motivos de esta Ley, apdo. II—, salvo en aquellos supuestos donde el valor didáctico de la reproducción supera el de la nitidez de la remisión al texto orgánico, lo que se aplica en la referencia al deber de secreto de los empleados públicos.

⁶ Preámbulo de la Ley 8/2001, de 13 de julio.

interadministrativa y otros aspectos relacionados con la seguridad⁷. La Ley 8/2001, de 13 de junio, contiene una repetición de las definiciones recogidas en el artículo 3 LOPD, con el «fin de facilitar la comprensión del texto de la Ley sin necesidad de acudir a la Ley Orgánica para precisar el significado de esos términos y expresiones».

El problema reside principalmente en la habilitación constitucional para que el Estado se reserve la *competencia de ejecución administrativa* de la legislación de protección de datos personales sobre los ficheros privados. No existe ningún precepto constitucional que obligue al Estado, a través de la Agencia Española de Protección de Datos, a reservarse de manera íntegra el control de los ficheros privados y de los ficheros de las Administraciones Locales. El alcance del artículo 149.1.1 CE es «esencialmente normativo», como no podía ser de otro modo, ya que estamos hablando de la «regulación» de las condiciones básicas⁸. Es decir, el artículo 149.1.1 CE afirma la competencia del Estado para la legislación básica, ya que una interpretación extensiva vaciaría de competencias a las Comunidades Autónomas. La regulación de las condiciones básicas no puede extenderse de ninguna manera a la actividad ejecutiva de policía administrativa ni a las normas organizativas que atribuyen funciones a la Agencia Española de Protección de Datos. Por tanto, la atribución al Estado de competencias ejecutivas exclusivas para el control sobre los ficheros privados y los ficheros de los Ayuntamientos no es una exigencia constitucional. No es una materia cerrada por el constituyente, sino que hay un ámbito de libertad para el estatuyente y para el legislador. De hecho, la LORTAD no cita ningún precepto constitucional concreto a este respecto. Por tanto, la atribución en la LORTAD de estas competencias de control a la Agencia Española responde a un juicio de oportunidad del Legislador —y del Gobierno al aprobar el Proyecto de Ley en esos términos— que consideraba que la garantía de la aplicación de los mismos derechos de protección de datos en todo el territorio nacional recomendaba la atribución a autoridades nacionales de esta función de control.

No obstante, una cosa es que la atribución al Estado de las competencias de ejecución administrativa sobre protección de datos personales no sea una exigencia constitucional, y otra cosa distinta es que sea inconstitucional. Son dos los argumentos que se pueden manejar para justificar la legislación que atribuía la competencia ejecutiva al Estado. Es decir, son dos los títulos competenciales que el Estado puede esgrimir para sustentar en su momento la LORTAD y en la actualidad la LOPD:

- El primer título que puede fundamentar la atribución de la competencia de control sobre los ficheros privados y sobre los ficheros de los Ayun-

⁷ Realmente, la LOPD no contiene esa habilitación a la que hace referencia la Ley 8/2001, de 13 de julio. Realmente, esta última Ley se limita a la creación de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, salvo lo relativo al procedimiento de creación, modificación y supresión de ficheros, donde se hacen menciones a materias más propias de un reglamento —como a una memoria económica o a los informes preceptivos—.

⁸ STC 208/1999, de 15 de noviembre, F 6.

tamientos a la Agencia Española sería el art. 149.3 CE que establece que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. [...]». La protección de datos personales, como hemos señalado, es una materia no atribuida expresamente al Estado por la Constitución y tampoco asumida por las Comunidades Autónomas a través de sus respectivos Estatutos, además de que ni siquiera puede ser subsumida entre otras materias ya asumidas. Las Comunidades Autónomas sólo tienen las competencias de atribución, es decir, aquellas competencias específicas y explícitamente enumeradas en los Estatutos. Por ello, se trata de una materia que corresponde al Estado, que ejercerá todas las competencias sobre la misma y cuyas normas prevalecerán en caso de conflicto⁹. Así, el Estado puede reservarse legítimamente las competencias de ejecución administrativa de la legislación de protección de datos personales sobre los ficheros privados. Obviamente, todo ello mientras que esta materia no sea asumida por las Comunidades Autónomas en virtud de las próximas reformas estatutarias.

- El segundo título que puede justificar la legitimidad constitucional de la atribución de la competencia de ejecución administrativa al Estado es, aunque en menor medida por lo ya señalado, el artículo 149.1.1 CE. Hemos dicho que este precepto no puede interpretarse como una *exigencia* para la atribución de competencias ejecutivas a la Agencia Española de Protección de Datos, lo que es compatible con su utilización como *habilitación* para que el legislador estatal pueda atribuir estas funciones de control a la Agencia Española de Protección de Datos para preservar la igualdad de los españoles en la protección de sus datos personales, creando, de esta forma, condiciones institucionales que permitan excluir ejecuciones plurales y divergentes por las diferentes Comunidades Autónomas¹⁰.

⁹ En esta dirección, el Abogado del Estado en la STC 290/2000, de 30 de noviembre, afirmó, a partir de la jurisprudencia constitucional, que a los efectos del artículo 149.3 CE, la expresión «materias» no asumidas en los Estatutos de Autonomía debe ser entendida como el «conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la vida social», y que entraría en juego esta cláusula residual que beneficia al Estado cuando la identificación de la concreta «materia» a la que pertenezca determinada actividad «no pueda quedar resuelta con los criterios interpretativos ordinarios» que permitan subsumirla en alguna de las ya asumidas por las Comunidades Autónomas (STC 123/1984, F 2). Para el Abogado del Estado, en este supuesto, la protección de los datos personales objeto de tratamiento automatizado ni constituye una actividad materialmente típica a los efectos del reparto competencial, ni resulta reducible hermenéuticamente a otras materias expresamente enunciadas en la Constitución o en los Estatutos de Autonomía, por lo que, al no haber sido asumida por los Estatutos de Autonomía, correspondería al Estado en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 CE.

¹⁰ Estos argumentos pueden verse expuestos en la Exposición de Motivos de la LORTAD y en la argumentación del Abogado del Estado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre.

Además, en el caso de que se mantenga que la protección de datos personales no es una materia, sino una actividad instrumental de otras materias, el artículo 149.1.1 CE emergería para habilitar al Estado para garantizar condiciones uniformes para el disfrute de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional.

II. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO MATERIA Y COMO ACTIVIDAD SUBSIDIARIA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 290/2000, DE 30 DE NOVIEMBRE

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que llevó a cabo la LORTAD —y que continuó esencialmente la LOPD— fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, a través de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento de Cataluña, al entender que la regulación legal vulneraba el reparto constitucional de competencias al atribuir al Estado, a través de la Agencia Española de Protección de Datos, el control exclusivo sobre los ficheros de datos personales de titularidad privada y sobre los ficheros de los Ayuntamientos, otorgando únicamente a las Comunidades Autónomas, a través de las Autoridades Autonómicas, el control de los tratamientos de datos personales creados por la propia Administración autonómica. El objeto del recurso era, esencialmente, el artículo 40 LORTAD que limitaba las competencias autonómicas a sus propios ficheros, excluyendo el resto de los tratamientos de datos personales. Es decir, no se cuestiona la competencia legislativa del Estado —la legitimidad de la existencia de una legislación básica de protección de datos personales—, sino la atribución al Estado de la práctica totalidad de las competencias de ejecución administrativa en este ámbito.

Este planteamiento afirmaba que la protección de datos personales no es una materia en sí misma objeto de competencia, sino que tiene que encuadrarse en el resto de las materias que ya han sido objeto de reparto de competencias y que se delimitan en el bloque de constitucionalidad. Así, desde esta posición, la información almacenada en ficheros es instrumental para el ejercicio de competencias sobre las distintas materias que corresponden tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas. Éste sería el motivo por el que no existe previsión constitucional ni estatutaria al respecto y éste es el motivo por el que la clave de la delimitación de las competencias administrativas de protección de datos personales sea deudora y dependa de cada una de las materias para cuyo ejercicio los ficheros son instrumentales. La reivindicación de las competencias administrativas de la Comunidad Autónoma no proviene de la existencia de un título competencial específico en el Estatuto de Autonomía sino desde la posición de que las potestades de ejecución administrativa y de tutela administrativa de la LORTAD sobre los ficheros de datos personales tienen que ser ejercidas por la Administración, estatal o autonómica, que tenga la titularidad

competencial sobre esa materia. Así, si una Comunidad Autónoma tiene la competencia ejecutiva sobre una materia, también la tiene sobre la actividad instrumental relativa a los ficheros de datos personales y a la protección de los datos personales. Por consiguiente, la titularidad de la competencia de la actividad administrativa de regulación y control sobre los ficheros privados y sobre los ficheros de los Ayuntamientos —la tutela administrativa de los ficheros de datos personales— dependerá de la titularidad de la competencia para cuyo ejercicio los ficheros son instrumentales. De lo contrario, la titularidad del instrumento se convertiría en el criterio determinante de la distribución de competencias y no la materia sobre la que verse el fichero.

Desde esta posición, se entiende que las potestades de ejecución administrativa de la LORTAD —la actividad de control y sanción por las infracciones cometidas en los tratamientos de datos personales, además de la inscripción de los ficheros— están vinculadas a las competencias administrativas sobre esa materia establecida en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Por lo tanto, a los efectos de la competencia de control sobre los ficheros de datos personales, es indiferente que un fichero sea de titularidad pública o de titularidad privada. Lo determinante es la titularidad competencial que en cada caso le venga atribuida al Estado o a la Comunidad Autónoma en atención a la materia principal de la que dicho fichero sólo es un instrumento técnico.

Este es el planteamiento que justificó que el Gobierno y el Parlamento de Cataluña afirmaran la inconstitucionalidad de la LORTAD por atribuir en exclusiva a la Agencia Española de Protección de Datos el control de todos los ficheros de titularidad privada, cualquiera que fuera la materia sobre la que versen, así como las competencias relativas a la inscripción registral. La LORTAD sería inconstitucional porque niega a las Comunidades Autónomas la facultad de controlar y de inscribir en el Registro autonómico los ficheros de naturaleza privada que versen sobre materias de competencia de las Comunidades Autónomas. Para los recurrentes, la distribución de competencias entre la Agencia Española y las Agencias Autonómicas debe responder y respetar el ámbito competencial en el cual cada fichero opere. La protección de datos no es en sí una materia competencial, por lo que el Estado no puede atribuírsela en virtud de la cláusula residual —art. 149.3 CE— a pesar de que no esté expresamente atribuida a las Comunidades Autónomas en sus Estatutos. Los ficheros automatizados no son en sí mismos materia objeto de distribución de competencias, sino más bien instrumento para realizar determinadas actividades. El tratamiento de datos y su protección, como actividades instrumentales, deben subsumirse en el título competencial específico correspondiente, formando parte indisoluble del mismo. Por ello, cualquier Ley que regule la actividad instrumental de tratamiento de datos y el control de los ficheros no puede desconocer la distribución de esas competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Así, las Comunidades Autónomas, a través de las autoridades de control que creen, deberían tener la competencia de control no sólo sobre los ficheros públicos, sino también sobre los ficheros privados que presten servicios en ámbitos materiales sobre los que las Comunidades Autónomas tienen competencias en

virtud de lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía. Las competencias administrativas de protección de datos de la Comunidad Autónoma, ejercidas a través de sus autoridades de control, serán la que resulten del bloque de la constitucionalidad, de manera que si la Comunidad Autónoma tiene competencias ejecutivas sobre una materia, también las tendrá ejecutivas en lo que respecta al control sobre los ficheros. En cambio, será competencia de la Agencia Española de Protección de Datos el control de los ficheros relativos a actividades de titularidad estatal.

Desde esta perspectiva, no tendría sentido que la Comunidad Autónoma no pudiera inspeccionar y sancionar los ficheros que versen sobre materias atribuidas en exclusiva a la Administración Autonómica, a través de autoridades de control creadas por los Parlamentos autonómicos. Se daría así el sinsentido de que las Comunidades Autónomas podrían inspeccionar determinados ámbitos materiales pero no los ficheros necesarios para su ejercicio. La actividad de control de la Comunidad Autónoma sobre los ficheros en materias de su competencia se vería desnaturalizada. Esto mismo ocurre en relación con el control y a la inscripción registral de los ficheros de las entidades locales, que debe corresponder a la autoridad autonómica de control en virtud de las competencias asumidas en régimen Local por las Comunidades Autónomas a través de sus respectivos Estatutos ¹¹.

Sin embargo, la consideración de la protección de datos personales como un derecho fundamental exige un tratamiento conjunto, como el que tiene el régimen jurídico de los demás derechos fundamentales. El derecho fundamental a la protección de datos aconseja su consideración como materia. La materia sometida a distribución competencial no es la informática sino la protección de los datos personales frente al uso de la informática. Lo determinante en este caso, como señala la STC 290/2000, de 30 de noviembre, es la existencia de un mandato constitucional establecido en el artículo 18.4 CE que ha obligado al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el derecho a la intimidad y el libre ejercicio de los derechos. La LORTAD y la LOPD son, pues, Leyes que desarrollan el mandato constitucional de proteger los derechos frente al uso de la informática. Su objetivo no es el uso de la informática, que podría ser accesorio al resto de las materias, sino la protección de los datos personales, protección que como bien constitucional no puede diluirse ni ser medio o instrumento para cualquier otra actividad ¹². Así, el artículo 1 LORTAD señala que ésta tiene «por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para

¹¹ Cfr. los Antecedentes de la STC 290/2000, de 30 de noviembre.

¹² Así, aunque el Tribunal Constitucional 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 aquélla y ésta —por ejemplo, de la actividad cartográfica respecto a las competencias de ordenación del territorio y urbanismo—, en este caso no se entiende probada tal conexión. Así, sí existe una conexión entre ficheros informáticos y materias competenciales pero no entre estas últimas y la protección de datos personales.

garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de los derechos». El artículo 1 LOPD señala que ésta «tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar». Además, el reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos personales por el Tribunal Constitucional o, al menos, de un bien constitucional como la protección de datos personales frente a los tratamientos de datos que pueden lesionarlo puede quedar desvirtuado o vacío de contenido si la protección de los datos queda relegada a una actividad instrumental de otras materias competenciales. Considerar la protección de datos personal como algo accesorio al resto de las materias «sostiene 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)».

Las consideraciones acerca de la inconstitucionalidad de la LORTAD parten de que la protección de datos personales no es una materia en sentido estricto lo que impediría su calificación de competencia residual reclamada por el Estado al no haber sido asumida por los Estatutos de Autonomía —art. 149.3 CE—. La aceptación de que la protección de datos personales es una mera actividad instrumental absorbida por la materia a la que sirve el fichero en cuestión no conllevaría directamente la disgregación del régimen jurídico de la protección de datos, poniendo en riesgo el fin garantista del artículo 18.4 CE, ya que quedaría la legislación básica del Estado que establece los principios y los derechos de protección de datos personales en todo el territorio nacional, sin perjuicio de que exista una legislación de desarrollo en las distintas Comunidades Autónomas. No obstante, sí obligaría a determinar para cada fichero la existencia o no de una legislación autonómica de desarrollo y cuál es la autoridad administrativa competente que ejerce en ese fichero las funciones administrativas de regulación, supervisión y sanción, ya que esta autoridad variaría dependiendo de los concretos títulos competenciales de cada actividad que justifica la creación de un fichero.

No olvidemos, como hemos señalado antes, que la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas permite tanto la reserva en exclusiva de materias al Estado y a las Comunidades Autónomas —donde cada instancia tiene la competencia exclusiva para desarrollar las funciones legislativas y ejecutivas— como la existencia de competencias compartidas sobre una misma materia, de forma que la función legislativa le corresponda, por ejemplo, al Estado y la función ejecutiva a las Comunidades Autónomas, o, incluso, que la competencia legislativa se encuentre también compartida, atribuyéndose al Estado la legislación básica y a las Comunidades Autónomas la legislación de desarrollo. Por ello, hacer depender la competencia sobre la legislación de desarrollo y sobre la ejecución administrativa de protección de datos de la titularidad de la materia sobre la cual el fichero es instrumental supondría establecer una gran complejidad en el mapa de distribución de competencias al trasladar toda

la complejidad constitucional del deslinde competencial de todas las materias a un mismo ámbito. Así, habría ficheros privados cuya competencia exclusiva le correspondería al Estado, ficheros privados donde la competencia legislativa le correspondería al Estado y la ejecutiva a las Comunidades Autónomas, y ficheros privados donde el Estado tendría sólo la legislación básica, atribuyéndose a las Comunidades Autónomas la legislación de desarrollo y la competencia administrativa de control. O dicho de otro modo, la Comunidad Autónoma tendría la competencia legislativa de desarrollo y la competencia de ejecución administrativa sobre algunos ficheros, mientras que para otros tendría únicamente la competencia ejecutiva. Igualmente, el Estado tendría la competencia de la legislación básica sobre todos los ficheros, manteniendo únicamente la competencia de ejecución administrativa sobre algunos de ellos. Lógicamente, esta distribución podría variar en cada Comunidad Autónoma dependiendo de las competencias asumidas por estas últimas.

Este modelo tendría como único común denominador —como régimen jurídico común— la legislación básica del Estado que desarrolla el contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales, al tiempo que se generaría una gran variabilidad en el régimen jurídico de protección de datos aplicable a cada fichero —de las facultades de desarrollo legislativo y de ejecución administrativa—. Se trasladaría, así, a la protección de datos la misma variabilidad que presentan las distintas materias en relación al reparto de funciones legislativas y ejecutivas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así, la regulación y la ejecución administrativa de protección de datos varía dependiendo en cada materia, de las competencias de tipo funcional —legislación y ejecución, y de las propias bases, que pueden variar en intensidad y ejecución. Por tanto, la consideración de la protección de datos no como materia sino absorbida por las distintas materias facilita no tanto la configuración de una pluralidad de regímenes jurídicos estatales y autonómicos en cada una de las materias —ya que el régimen jurídico estatal o autonómico puede mantenerse inmóvil—, sino una falta de homogeneidad en el régimen jurídico de protección de datos en cada uno de los ámbitos en los que existen ficheros, con los riesgos que esto supone para la seguridad jurídica. Este planteamiento representaría una fragmentación competencial de la protección de datos más compleja de gestionar. Así, un mismo responsable podría tener algunos ficheros sometidos a la legislación de desarrollo autonómica mientras que otros no, y ficheros cuya competencia de control la ejerce la Agencia Española y la Agencia Autonómica. Esto afectaría no sólo al responsable del fichero, sino al propio titular de los datos que debería averiguar en cada caso a quién le corresponde la competencia para la legislación de desarrollo, para las funciones de inspección, supervisión, sanción e inscripción registral, lo que podría dificultar en una materia de por sí compleja, la tutela de los derechos en este ámbito. En todo caso, hay que reconocer que parte de la complejidad expuesta se da en la actualidad, por ejemplo, en los ficheros de los Colegios Profesionales, ya que sus ficheros públicos están sometidos a la legislación de desarrollo y a la competencia administrativa de control de la Comunidad

Autónoma, mientras que en los ficheros privados de los Colegios Profesionales ambas funciones le corresponden al Estado ¹³.

III. MARCO CONSTITUCIONAL Y REFORMA ESTATUTARIA: POSIBILIDADES PARA EL FUTURO

Hemos visto que el derecho a la protección de datos personales es una materia constitucional y, como derecho fundamental, le corresponde al Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» —art. 149.1.1 CE—. Por tanto, le corresponde al Estado la competencia de la legislación básica sobre esta materia, que ha sido desarrollada sucesivamente a través de la LORTAD y de la LOPD.

La Constitución no dice nada acerca de a quién le corresponde la competencia de ejecución administrativa de protección de datos personales, es decir, las funciones de regulación, supervisión, sanción e inscripción de ficheros. Tampoco dicen nada los Estatutos de Autonomía por lo que a partir de la cláusula residual del artículo 149.1.3.º CE, estas competencias corresponderían al Estado. Éste es el motivo por el que el Estado ha atribuido a la Agencia Española las competencias de ejecución administrativa de protección de datos personales sobre los ficheros privados y, en la primera regulación llevada a cabo por la LORTAD, también sobre los ficheros de los Ayuntamientos. La LORTAD y la LOPD materializan, de esta forma, la distribución competencial sobre protección de datos personales.

Éste es el actual marco constitucional, desarrollado legalmente, que no atribuye el control sobre los ficheros privados a las Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales. Lógicamente, este marco puede ser modificado en el futuro, de dos formas distintas: por una parte, a través de las reformas de los Estatutos de Autonomía, que podrían asumir la materia de protección de datos personales; por otra, a través de una modificación de la LOPD, que atribuyera a las Agencias Autonómicas mayores competencias de ejecución administrativa sobre protección de datos personales.

La asunción por las Comunidades Autónomas de la protección de datos personales en sus respectivos Estatutos de Autonomía tiene la virtualidad de otorgar una mayor estabilidad a la distribución competencial, al incluirla dentro del bloque de la constitucionalidad. Las reformas estatutarias actualmente en perspectiva pueden ser una buena oportunidad para la inclusión de esta materia por el estatuyente. De hecho, los proyectos de Estatuto de Autonomía para Cataluña y para Canarias incluyen la protección de datos persona-

¹³ Esta situación se produce, por ejemplo, en la actualidad con las competencias de la Agencia Catalana de Protección de Datos que, como después veremos, abarca los ficheros de las empresas privadas que presten servicios públicos, por lo que existe una dualidad de régimen jurídico y de autoridad de control en el caso de los ficheros que sirven para prestar el servicio público y el resto de los ficheros de la empresa.

les como competencia de estas Comunidades Autónomas, extendiendo el ámbito de control de las autoridades autonómicas a los ficheros privados. No hacen lo mismo los distintos proyectos de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco, de Andalucía o de Valencia. En este ámbito no existe hasta el momento un título competencial claro, por lo que en ausencia de asunción de las competencias por los Estatutos de Autonomía se debe estar a la legislación orgánica del Estado, que tanto podría ampliar las competencias de las Comunidades Autónomas como reducirlas ¹⁴.

Otra vía para la atribución a las Comunidades Autónomas de mayores facultades de control sobre los tratamientos de datos personales reside en la modificación de la legislación estatal —la LOPD— a estos efectos. Esta vía tiene la dificultad de que no supone una asunción de la competencia de ejecución administrativa por parte de la Comunidad Autónoma, ya que ésta siempre estaría a expensas de que no se produjera una reforma *in peius* —poco probable— de la legislación estatal en el futuro.

Por tanto, la decisión acerca del concreto modelo de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en protección de datos personales le corresponde al estatuyente y al legislador. A ellos les toca definir cuál debe ser el modelo organizativo y de policía administrativa más adecuado para el respeto al derecho fundamental a la protección de datos personales. A ellos les corresponde en virtud de criterios de oportunidad política, administrativa y organizativa establecer qué autoridad, estatal o autonómica está mejor situada comparativamente y más capacitada para hacer respetar el derecho. Ésta no es una cuestión que deje cerrada la Constitución y entenderlo así es un claro quebranto del orden constitucional que también establece un Estado autonómico.

En este punto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, comete, a nuestro juicio, varios errores, que se evidencian especialmente en los FJ 8.º y 9.º. Es cierto que en las normas legales de los países europeos que desarrollan el derecho fundamental a la protección de datos personales está presente el elemento institucional que ha creado instituciones especializadas de Derecho público. La propia Constitución Europea, además del reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal, establece que «el respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente». Sin embargo, no se puede afirmar, como hace la Sentencia, que a las instituciones nacionales se le atribuyen funciones de control sobre los ficheros de datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, tanto de titularidad pública como privada, ya que, por ejemplo, en Alemania, país citado expresamente por la Sentencia, el control de los ficheros privados le corresponde a las Agencias de los Länder o Estados, y no a la autoridad federal.

¹⁴ Así, el criterio que mantiene la Agencia Española de Protección de Datos en relación a la interpretación de qué es Administración Pública a los efectos del artículo 41 LOPD —nos referimos, por ejemplo, a la problemática de las Fundaciones Sanitarias o de las Federaciones Deportivas— o en relación al funcionamiento del Registro General —como veremos más adelante— tiende a ser restrictiva acerca de las competencias de las Agencias Autonómicas.

Una cosa es que las leyes europeas regulen a la vez los tratamientos públicos y los privados, y otra cosa distinta es que atribuyan la labor de policía administrativa a la misma autoridad de control.

De hecho, como hemos señalado anteriormente, no es una exigencia constitucional la atribución exclusiva a la Agencia Española de la función 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. Así, las distintas funciones de intervención y control como la función de inscripción registral en lo relativo a los ficheros públicos y privados pueden ser desarrolladas igualmente por las autoridades autonómicas de control. La determinación de quién debe ejercer estas potestades administrativas le corresponde al legislador, o al estatuyente autonómico, ya que no existe mandato ni límite constitucional alguno.

Tampoco es acertada la afirmación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, de que hay «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». De hecho, el rasgo que distingue a las autoridades autonómicas de protección de datos personales y que las diferencia de la Agencia Española, es la labor preventiva, desarrollada a través de una intensa actividad consultiva —de resolución de consultas—, de consultoría y apoyo a los responsables de ficheros y de formación a los empleados públicos. En cambio, la Agencia Española se encuentra más centrada en el aspecto subjetivo —de protección jurisdiccional— y menos preventivo del derecho fundamental a la protección de datos personales¹⁵. Así, han sido principalmente las autoridades autonómicas y no la autoridad estatal las que han puesto en marcha la voluntad de la LORTAD¹⁶ de «implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de los derechos fundamentales»¹⁷. Por ello, no es correcto afirmar, como hace el Tribunal, que 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». El carácter tuitivo y preventivo justificaría, en todo caso, la atribución de estas funciones a las autoridades autonómicas.

¹⁵ La labor preventiva de la Agencia Española de Protección de Datos se circunscribe básicamente a los planes sectoriales de inspección y a la resolución de algunas consultas de responsables de ficheros, que no tienen carácter vinculante.

¹⁶ Exposición de Motivos de la LORTAD.

¹⁷ Cfr. A. Troncoso Reigada, «Contribución de las Agencias Autonómicas al derecho fundamental a la Protección de Datos Personales», *Informática y Derecho*, Universidad de Comillas 2002; id., «Contribution of the Substate Data Protection Authorities to the effective protection of Data Protection Principles», *Challenges and Problems facing the newly-established Data Protection Supervisory Authorities*, Council of Europe, 2003. Más actualizada es la reflexión realizada con ocasión del *Primer Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Civitas, Madrid, 2005.

El error de mayor calado se encuentra en el Fundamento Jurídico 13.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, donde se afirma que la justificación de las competencias que la LORTAD atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos «se halla estrechamente relacionado no sólo con el mandato del artículo 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». Es decir, las funciones de control de los ficheros privados y de los ficheros de los Ayuntamientos es una consecuencia de la necesidad de garantizar a los ciudadanos el ejercicio del haz de facultades que integra el contenido del derecho fundamental. Para el Alto Tribunal, mediante la creación de la Agencia de Protección de Datos 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, y garantizar también el ejercicio por los ciudadanos del derecho fundamental a la protección de dichos datos mediante la actuación preventiva por parte de los citados órganos. Esto lleva a decir al Tribunal Constitucional que «junto a la normación como aspecto esencial del artículo 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». La Agencia Española de Protección de Datos sería para el Alto Tribunal el órgano adecuado para la ejecución administrativa y de garantía de este derecho fundamental¹⁸. De ahí, el Tribunal Constitucional afirma 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* artículo 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». Y continúa: «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».

Esto es resaltado en el FJ 15.º: «En definitiva, es la garantía de los derechos fundamentales exigida por la Constitución así como la de la igualdad de todos

¹⁸ El Tribunal Constitucional pone como ejemplo la Sentencia 154/1988, de 21 de julio —F 3—, relativa a las funciones de la Oficina del Censo Electoral en relación con la regulación del censo electoral, al señalar que mediante esta regulación institucional el Estado había pretendido ejercer la competencia que en esta materia se deriva del artículo 149.1.1 CE en relación con el artículo 23 CE.

los españoles en su disfrute la que en el presente caso justifica que la Agencia de Protección de Datos y el Registro Central de Protección de Datos pueden 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.»

Sin embargo, como hemos reiterado anteriormente, el derecho fundamental a la protección de datos personales puede ser igualmente tutelado a través de las autoridades autonómicas de control, que pueden ejercer las funciones propias de la Agencia Española de Protección de Datos, y cuyas decisiones están sometidas al control de los órganos jurisdiccionales. Lo trascendental del mandato constitucional del artículo 18.4 CE de limitar el uso de la informática para garantizar los derechos y libertades de las personas, en relación con el artículo 149.1.1 CE que exige la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos, es que los límites al uso de la informática sean los mismos en todo el territorio nacional y que estén vigentes en todo el territorio los mismos principios de protección de datos y los mismos derechos de los titulares de los datos. Es la proyección general de la LORTAD y de la actual LOPD en todo el territorio nacional lo que materializa el cumplimiento de estas exigencias constitucionales. La cláusula del artículo 149.1.1 CE va encaminada a buscar la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales por todos los españoles a través de la existencia de una legislación básica del Estado, de forma que la existencia de un Estado descentralizado no suponga una merma en el disfrute de los derechos. En ningún caso trata de prejuzgar la distribución de las competencias de ejecución administrativa ni supone una exigencia para que estas funciones sean desarrolladas por la Agencia Española de Protección de Datos y no por las Agencias Autonómicas. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales se produce ya a través de la LORTAD y de la LOPD, que establecen unos principios y unos derechos de protección de datos comunes en todo el territorio nacional. Así, la normativa de protección de datos es lo suficientemente clara para que las funciones de ejecución administrativa —de inspección, de sanción y de inscripción de los ficheros— puedan ser aplicadas por las autoridades autonómicas sin mayor riesgo de discrecionalidad que pueda vulnerar la igualdad en el ejercicio de este derecho fundamental, o por lo menos, no mayor riesgo que otros ámbitos que son competencia de las Comunidades Autónomas¹⁹.

Así, el Estado no puede erigirse en garante último y único del derecho fundamental a la protección de datos personales porque ésta es una función que corresponde a todos los poderes públicos *ex* artículo 9.2 CE, especialmente a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. La actividad administrativa de control de los ficheros y de ejecución de la legislación tam-

¹⁹ La existencia de regímenes sancionadores autonómicos en las materias en las que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias no quiebra la igualdad básica —SSTC 87/1985, 37/1987 y 227/1988—.

bién puede ser desarrollado por las Comunidades Autónomas en el ámbito de los ficheros de titularidad privada de su territorio. Como hemos señalado, la atribución de competencias ejecutivas a la Agencia Española de Protección de Datos no puede considerarse regulación de las «condiciones básicas» a los efectos del artículo 149.1.1 CE. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales hacen referencia no a la organización administrativa de la protección de datos, sino al desarrollo de los principios y de los derechos de protección de datos personales, tanto por la LORTAD como por la LOPD, lo que obliga a las Comunidades Autónomas, tanto en su actividad legislativa, como en la actividad de ejecución administrativa y de control de ficheros a respetar siempre el desarrollo legislativo del derecho fundamental a la protección de datos personales. En apoyo de esta posición, se puede añadir que estamos hablando de un ámbito como la protección de datos, que tiene la consideración de derecho fundamental a través de una compleja hermenéutica constitucional y no de una interpretación literal de la Constitución, donde no se reconoce abiertamente el derecho, sino que sólo se indica que 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 los derechos». Por eso, no puede derivarse de un derecho fundamental menos fuerte una extensa regulación de las condiciones básicas que limite las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas.

La mejor demostración de que no existe un mandato constitucional que imponga un determinado modelo de distribución competencial entre el Estado y las CCAA en materia de protección de datos y de que no es imprescindible el control de la Agencia Española sobre los ficheros para garantizar la vigencia del derecho fundamental es la propia modificación de la LORTAD, a través de la LOPD, que ha atribuido a las autoridades autonómicas el control sobre los tratamientos de datos personales de titularidad municipal. Por tanto, tampoco sería inconstitucional que las autoridades autonómicas controlaran los ficheros privados y desempeñaran las competencias de ejecución administrativa en este ámbito. Ésta es, sencillamente, una decisión política cuya oportunidad debe valorarse. Además, la LOPD ha modificado la redacción inicial de la LORTAD para atribuir a las autoridades autonómicas las potestades de inspección que sólo tenía la Agencia Española ²⁰.

Analizado ya cuál es el marco constitucional y legal de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en protección de datos personales y cuáles son los procedimientos para su modificación, nos corresponde ahora llevar a cabo una valoración sobre la mayor o menor oportunidad para su alteración. Es decir, desarrollado ya el análisis de constitucionalidad y de legalidad sobre el actual marco jurídico, vamos a llevar a cabo ahora un juicio de oportunidad sobre la conveniencia de su reforma, de las posibles

²⁰ Véase la modificación de los artículos 31, 39 y Disposición Final tercera LORTAD por los artículos 32 y 40 LOPD.

direcciones en el futuro, desde un planteamiento de ciencia política o de ciencia de la Administración ²¹.

Son distintos los argumentos que se pueden esgrimir para justificar una mayor centralización en esta materia y para que corresponda a la Agencia Española de Protección de Datos las competencias de ejecución administrativas relativas a los ficheros privados:

En primer lugar, esta opción facilita la unidad de criterio y la uniformidad en la ejecución de la legislación, lo que favorece —aunque no sea un requisito *sine qua non*— la igualdad de todos los españoles en este derecho fundamental.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el tráfico de datos entre ficheros privados desborda habitualmente el espacio de una sola Comunidad Autónoma, por lo que la atribución de facultades de control a una autoridad central asegura una mejor tutela de las lesiones de derechos de personas provenientes de diferentes Comunidades Autónomas. Las empresas privadas tienen una actividad que se desarrolla habitualmente en más de una Comunidad Autónoma, consecuencia también del principio de unidad de mercado ²². Es decir, los titulares de los datos que figuran en un fichero privado residen habitualmente en más de una Comunidad Autónoma. En cambio, los titulares de los datos que figuran en ficheros públicos tienen la vecindad en una única Comunidad Autónoma. De hecho, el criterio de la vecindad es definitivo a la hora de empadronarse en un Municipio y pertenecer a una Comunidad Autónoma.

Por eso, a nuestro parecer, el criterio de distribución competencial establecido en el artículo 41 LOPD, si bien no es el único posible, es razonable. Al mismo tiempo, no hay que desmerecer las competencias de control de las Agencias Autonómicas sobre los ficheros públicos, en un país en el que el sector público ocupa el 40 por 100 del Producto Interior Bruto. Eso no obsta para que las Agencias Autonómicas puedan colaborar, a través de Convenios con la Agencia Española, en la actividad inspectora sobre ficheros privados en su ámbito territorial. Esta posibilidad parece más adecuada que el establecimiento de delegaciones de la Agencia Española de Protección de Datos en las Comunidades Autónomas, posibilidad ésta que iría en dirección contraria en una etapa caracterizada por la descentralización de competencias por parte de la Administración General del Estado y por la Administración única, a partir sobre todo de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento

²¹ La diferenciación entre el juicio de oportunidad y el juicio de constitucionalidad —sin mezclar ambos planos— ha sido desarrollado por el autor de estas páginas en distintos trabajos. Cfr. *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997; o «Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático», en *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 399-454.

²² Hay que tener en cuenta que en futuro se va a tratamientos globalizados. No tendría mucho sentido que la Agencia de la Comunidad de Madrid inspeccione a El Corte Inglés de Barcelona por el hecho de que esta empresa tenga el domicilio social en Madrid. La experiencia alemana, donde la Agencia Federal sólo controla los Ministerios y las Agencias de los Länder controlan los ficheros públicos y privados no parece que dé un resultado positivo.

de la Administración General del Estado. A nuestro modo de ver, la principal ampliación de las competencias de las Agencias Autonómicas de Protección de Datos debe de venir, no del control de los ficheros privados, sino de la garantía del derecho de acceso a archivos y documentos administrativos —art. 105.b) CE y art. 37 LRJAPyPAC—, y de la compatibilidad entre la protección de datos personales y el principio de transparencia administrativa.

No obstante, también hay razones que aconsejan la atribución de las principales competencias de ejecución administrativa a las autoridades autonómicas de control. Entre esas razones estaría la dificultad para que la Agencia Española pueda hacer cumplir la legislación y garantizar los derechos de las personas en este ámbito, debido tanto a los incrementos de los tratamientos de datos personales en soporte informático consecuencia de la sociedad de la información y la comunicación, como a la ampliación del ámbito de aplicación de la LOPD —art. 2— que modifica la LORTAD para extenderlo a los ficheros manuales, y, por último, a la atribución de nuevas competencias a la Agencia Española de Protección de Datos relativas a los correos electrónicos no deseados.

La función consultiva de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS.—2.1. En concreto, la función consultiva: Distinción con otros asesoramientos jurídicos.—2.2. Naturaleza de los informes de los Servicios Jurídicos.—2.3. Forma y estructura de los informes.—III. HACIA DÓNDE VAN LOS SERVICIOS JURÍDICOS.—3.1. Disposición adicional decimoséptima.

I. INTRODUCCIÓN

Los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid desempeñan una función esencial en el ámbito de la Administración general e institucional.

Su finalidad última es la defensa de los intereses patrimoniales de la administración autonómica llevándola a cabo a través de las funciones de asesoramiento, representación y defensa en juicio.

Esta función está encomendada a funcionarios de carrera que acceden al Cuerpo de Letrados a través del sistema de oposición, ingresando personal muy cualificado en los distintos ámbitos del Derecho.

La necesidad de su creación, y de encomendar estas funciones a un cuerpo especializado se va haciendo realidad en todas las Comunidades Autónomas.

A medida que la importancia de cada una de las administraciones autonómicas es mayor, al ser sus recursos cada vez más importantes por ir elevándose sus techos competenciales, la necesidad de defender sus intereses tanto, en relación con las reclamaciones de los particulares como con el resto de las administraciones, se hace cada vez más esencial.

No se puede olvidar que el papel que desempeñan hoy las Comunidades Autónomas en el conjunto del Estado tiene una importancia primordial y son un eje esencial de la organización política.

* Subdirector General de lo Consultivo.

Es una realidad, al día de hoy, que las competencias que tienen una mayor importancia para los ciudadanos, y que a su vez implican una mayor relación con la Administración, residen en las Comunidades Autónomas.

Nos referimos a aquellas competencias, como la sanidad, la educación o la administración de justicia, en las que la incidencia que tienen en los administrados es directa, y que, por tanto, generan mayor número de cuestiones judiciales y extrajudiciales que tienen que ser resueltas por estas administraciones.

Esta circunstancia adquiere especial importancia en una Comunidad Autónoma como la de Madrid, en la que por el número de población, los servicios educativos, sanitarios o relacionados con la justicia tienen un volumen comparativamente muy superior al resto de las Comunidades Autónomas.

No se nos escapa, por otra parte, que el efecto de capitalidad del Estado añade mayor número de asuntos en calidad y en cantidad, tanto por la población existente como, por ejemplo, el hecho de que los domicilios sociales de las grandes empresas y sociedades mercantiles se encuentren principalmente en Madrid.

Todo ello hace que a medida que el poder se va territorializando y una vez que las Comunidades Autónomas han reproducido las altas instituciones de los poderes del Estado —ejecutivo, legislativo y judicial— en cada una de sus organizaciones, paulatinamente estas mismas Comunidades Autónomas van creando otras instituciones además de las básicas, que son esenciales para el desarrollo de su función política y administrativa.

Por ejemplo, nos podemos referir a instituciones que sustituyen a aquellas previstas en la Constitución para el Estado en su conjunto, tales como las cámaras de cuentas en lugar del Tribunal de Cuentas, la figura del Defensor del Pueblo con las distintas denominaciones que reciben en cada una de las Comunidades Autónomas, los Consejos Jurídicos Consultivos, previstos y mencionados en normas estatales como en la LO 3/1980 del Consejo de Estado o en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas a los que nos referiremos posteriormente.

Como resultado de todo este desarrollo institucional las Comunidades Autónomas crean igualmente cuerpos especiales de Letrados para una más eficaz defensa y asesoramiento de los intereses de la Administración general e institucional.

Tienen su base en la potestad de autoorganización reconocida en el artículo 149.1.18 de la CE, así como en el artículo 37 del Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, que consagra este principio constitucional en nuestra norma estatutaria.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS

Van a cumplirse ya casi diez años desde que comenzó en la Comunidad de Madrid la organización de unos Servicios Jurídicos estructurados de una manera racional y profesional para el mejor cumplimiento de las funciones a las que antes hacíamos mención.

Para ello se comenzó poniendo las bases mediante la creación del cuerpo de letrados, teniendo la característica de ser un cuerpo de administración especial al que se accede a través de oposición tras superar cuatro ejercicios —dos orales y dos prácticos— sobre el contenido de un temario que se extiende sobre todas las ramas del Derecho.

En el ámbito organizativo se crea la Dirección General de los Servicios Jurídicos como máximo órgano consultivo dentro de la administración autonómica, y posteriormente se le dota de una Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos, aprobada por la Asamblea dándole el más alto reconocimiento institucional. Con anterioridad se regulaba por el Decreto 92/1984, de 27 de octubre, sobre organización de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

La Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos consta de ocho artículos, siete disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y dos finales.

Se estructura en tres capítulos: el primero se ocupa de las funciones de los Servicios Jurídicos, el segundo de la organización y actuación de los mismos y, finalmente, el tercero de los principios de jerarquía y colaboración que debe regir en su actuación.

Los Servicios Jurídicos se organizan entre los Servicios Jurídicos contenciosos y los Servicios Jurídicos consultivos.

En los primeros reside la función de la defensa judicial en las distintas jurisdicciones de la administración general y la administración institucional de la Comunidad de Madrid, que se realizará a través de sus letrados, en los que se concentra la función de representación y defensa jurídica, tal como ya recoge la LOPJ en su artículo 551.3.

También le corresponde, en su caso, tal como señala la Ley, la representación y defensa en juicio de las empresas públicas de la Comunidad de Madrid constituidas en sociedades anónimas u otras formas societarias, mediante la suscripción del correspondiente convenio, en la que se determinará la compensación económica a abonar a la Hacienda Pública de la Comunidad de Madrid.

A propuesta del titular de la Consejería o centro directivo del que dependa, podrán llevar la representación y defensa en juicio de autoridades, funcionarios y empleados de la Comunidad, sus organismos y entidades en procedimientos judiciales que se sigan por razón de actos u omisiones relacionados directamente e inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones, siempre que haya coincidencia de intereses.

2.1. En concreto, la función consultiva: Distinción con otros asesoramientos jurídicos

Nos tenemos que centrar ahora en el objeto de nuestro estudio que es la función consultiva propiamente dicha de los Servicios Jurídicos.

En los servicios consultivos se realizan las funciones de asesoramiento jurídico de los distintos departamentos mediante la emisión de los infor-

mes preceptivos, así como mediante la emisión de los dictámenes solicitados por las autoridades y órganos superiores de la Administración general e institucional.

En ambos casos y para conseguir objetividad e imparcialidad en sus informes y dictámenes, los letrados están bajo la dependencia orgánica y funcional de la Vicepresidencia I en virtud del Decreto 148/2004, de 21 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Vicepresidencia I y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de la adscripción que se haga de los mismos a los distintos departamentos y entidades públicas en los que serán las Secretarías Generales Técnicas quienes coordinen su trabajo.

En el ámbito de los distintos departamentos tendrán el carácter de servicios comunes.

En el artículo 1 de la Ley 3/1999, encomienda el asesoramiento jurídico de la Comunidad de Madrid, de sus organismos autónomos y cualesquiera otras entidades de Derecho público de ella dependientes a los Letrados de los Servicios Jurídicos.

En el apartado 3 de este mismo artículo establece que en aquellos casos, que como salvedad se encomiende mediante un contrato, un asesoramiento jurídico externo, el órgano proponente lo comunicará a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que podrá emitir informe en el plazo de cinco días.

Entendemos, por tanto, que éste es un trámite preceptivo para el centro directivo que va a contratar con el exterior, mientras que la emisión del informe por parte de la Dirección General de los Servicios Jurídicos es facultativa.

Ordinariamente en este informe se hacen observaciones a la contratación con el exterior cuando se considera innecesaria, pudiendo ser prestada por parte de los mismos Servicios Jurídicos.

De esta manera en muchas ocasiones se gana en profesionalidad, y se da cumplimiento del principio de eficiencia y economía del gasto público, que no nos olvidemos es un mandato constitucional regulado en su artículo 31.2 de la CE.

La no evacuación del informe en plazo implica que no existen objeciones a esa contratación, motivado quizás por la excesiva especialización de la materia, o por la imposibilidad material de prestar ese asesoramiento por sobrepasar las funciones estrictas de asesoramiento en Derecho.

El artículo 3 define a la Dirección General de los Servicios Jurídicos como el centro superior consultivo de la administración de la Comunidad, organismos autónomos y entidades dependientes, haciendo la salvedad de las funciones de asesoramiento jurídico atribuido a otros órganos y organismos, como las Secretarías Generales Técnicas o el Consejo de Estado y los Consejos jurídicos consultivos que tendremos ocasión de ocuparnos posteriormente.

La competencia de asesoramiento jurídico de las Secretarías Generales Técnicas viene regulada en el artículo 46.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de gobierno y administración de la Comunidad de Madrid.

Esta función junto con la de los servicios legislativos, documentación y publicaciones son las clásicas funciones de las secretaría generales técnicas desde su creación y que, si bien en ocasiones se pueden producir disfunciones con las de asesoramiento de los Servicios Jurídicos, entiendo que en su esencia las funciones son distintas ¹.

La labor del secretario general técnico es más inmediata y directa respecto del titular del departamento, mientras que los Servicios Jurídicos prestan un asesoramiento más reposado y distante, si se admite la expresión.

En el artículo 4 de la Ley da las pautas del ejercicio de la función consultiva. En primer lugar, enumera los asuntos sobre los que debe emitir *dictamen en Derecho* con carácter preceptivo:

- Los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones reglamentarias, salvo en cuanto a éstas tengan carácter meramente organizativo.
- Los convenios y los contratos administrativos, civiles, mercantiles y laborales que deban formalizarse por escrito, incluyendo los pliegos de las cláusulas administrativas. Este dictamen podrá también referirse a contratos modelo y pliegos tipo.
- El bastanteo de poderes para actuar que presenten los particulares ante la administración de la Comunidad de Madrid.
- Las reclamaciones administrativas previas a la vía judicial civil o laboral, en los términos previstos reglamentariamente para la resolución de las citadas reclamaciones.
- Los recursos administrativos, cuando el órgano competente lo juzgue necesario para resolver.
- Los estatutos de empresas públicas, consorcios y fundaciones que constituya la Comunidad de Madrid.
- Los expedientes de declaración de lesividad de los actos propios y la defensa jurídica de la administración de la Comunidad de Madrid, en los términos previstos en el artículo 7.2 de la misma Ley.
- Cualquier otro asunto respecto del cual las disposiciones vigentes exijan un informe jurídico con carácter preceptivo.

Respecto de estos asuntos se pueden hacer las siguientes aclaraciones:

El dictamen sobre los anteproyectos de ley y las disposiciones generales es coincidente con el informe que emite la Secretaría General Técnica, y que en el ámbito de la Administración del Estado recoge el artículo 22.2 y 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. No obstante, cada uno de los informes cumple su función, siendo el de las Secretarías Generales Técnicas un

¹ Fabio Pascua Mateo en el volumen II de comentarios a la Ley 6/1997, de Gobierno y Administración del Estado, editado por la Asamblea de Madrid, hace un interesante estudio sobre el origen de la figura de los Secretarios Generales Técnicos y su consolidación con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de junio de 1957, si bien señala que no ha dejado de tener problemas de encaje con otras figuras, habiéndose incluso previsto su supresión en el proyecto de la LOFAJE.

informe más expositivo, prestando más atención a cuestiones de forma e incluso gramaticales sobre las que no entra el informe de los Servicios Jurídicos.

Se podría decir que las Secretarías Generales Técnicas velan por que se promulguen normas de calidad en un sentido amplio, mientras que el dictamen de los Servicios Jurídicos se ciñe más a las cuestiones de estricta legalidad.

En la producción normativa las secretarías generales técnicas tienen una función más creadora, mientras que los Servicios Jurídicos depuran los vicios de legalidad que pudieran existir.

Por otra parte, excluye la Ley 3/1999 el informe sobre las normas de carácter meramente organizativo, sobre las que sí habrá informe de las Secretarías Generales Técnicas ².

El segundo de los supuestos de dictamen preceptivo es el de los convenios y los contratos administrativos, civiles, mercantiles y laborales que ocupa sin lugar a dudas el volumen más importante de los informes de los letrados de carácter preceptivo.

Ello es debido a que la actividad convencional y contractual de la administración autonómica es de gran importancia. En dichos informes se estudia que tanto los convenios como los contratos se ajusten a la legalidad, siendo en el caso de los convenios la labor esencial el examinar que su objeto se pueda efectivamente convenir, y no se trate de supuestos que deban sujetarse a los requisitos de publicidad y concurrencia de la contratación administrativa ³.

Sobre el caso de la contratación administrativa, además de informar los pliegos de los contratos se informará las cuestiones a que se refiere el artículo 59 de la LCAP sobre las prerrogativas del órgano de contratación de interpretar, modificar o acordar la resolución de los contratos y los efectos de ella.

En el caso de los bastanteos, se suelen solicitar para licitar, contratar, pedir subvenciones, endosar o descontar certificaciones de obras, etc.

En la Instrucción 8/1999, de 13 de abril, de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre la actuación consultiva y contenciosa de los Letrados de la Comunidad de Madrid, en su apartado V señala que le corresponderá a los Letrados de los Servicios Jurídicos en la Consejería en la que se vaya a hacer el poder, y que una vez bastanteado el poder, no será necesario uno nuevo para hacerlo valer ante cualquier órgano de la administración autonómica. En el caso de que haya discrepancia sobre su valor, deberá elevarse a la Dirección General para resolver las dudas.

² El artículo 67.4 de la LOFAJE menciona la necesidad de que los proyectos de disposiciones generales de carácter organizativo tienen que contar con la aprobación previa del Ministerio de Administraciones Públicas, si bien se entenderá concedido si trascurren 15 días desde que se hubiese recibido el proyecto del citado Ministerio y no hubiese habido objeciones.

³ La problemática en este tipo de informes es la exigua regulación de la actividad convencional de la administración. Con carácter general hay que estar a lo que regula el artículo 6 de la Ley 30/1992, el artículo 3.1.c) y d) de la legislación de contratos, el artículo 135 de la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid 2/2003, de 11 de marzo, así como al Acuerdo de 16 de octubre de 2003, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los criterios sobre la actividad convencional de la Comunidad de Madrid.

Al respecto consultar la monografía «Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», de José Luis Ávila Orive, Civitas, 2002.

Finalmente, respecto de los asuntos que deben de ser informados con carácter preceptivo, la letra *h)* de este artículo actúa como cajón de sastre, debiendo de incluir, por tanto, otros supuestos que también son muy comunes, como las bases reguladoras de las subvenciones por mandato del artículo 2.3 de la Ley 2/1995, reguladora de las subvenciones de la Comunidad de Madrid, en la medida en que menciona la supletoriedad de la legislación estatal, la cual confirma la necesidad de informe de los Servicios Jurídicos en el artículo 17 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

De la misma forma podemos mencionar el artículo 132.2 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid, en el que exige informe previo de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, previa resolución de los expedientes de responsabilidad contable.

Pero, como hemos dicho ya, la función de asesoramiento de los Letrados de la Comunidad de Madrid no se limita a emitir los dictámenes exigidos por la Ley con un carácter preceptivo, sino que se extiende a asesorar a la Comunidad mediante su presencia en órganos colegiados en los que aporta su rigor jurídico para ajustar la actuación de la Administración a la Ley y al Derecho, y, por otra parte, tanto el Gobierno, los Consejeros, los Viceconsejeros, los Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y los titulares de los órganos de gobierno de los organismos y entidades podrán consultar a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid sobre cualquier cuestión jurídica relacionada con los asuntos propios de su competencia, precisando detalladamente el objeto de la consulta.

Los Letrados de la Comunidad de Madrid participan como miembros en las Mesas de Contratación, en la Junta Central de Compras, en las Comisiones Informativas de las reclamaciones previas a la vía judicial civil o laboral, en el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa, en la Junta Superior de Hacienda, como secretario de la misma, en la Comisión de Tutela del Menor, en el Consejo Regional de Patrimonio Histórico, en la Comisión Técnica Audiovisual y, en su caso, en los consejos de administración de empresas públicas.

Por otra parte, el Director General de los Servicios Jurídicos en su condición de tal, participa de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Comunidad de Madrid, en el Consejo Asesor de Asuntos Taurinos, además de cualesquiera otras comisiones en las que se le incluya como vocal.

Además, en cualquier momento los órganos directivos de la Comunidad de Madrid podrán solicitar consulta sobre asuntos de su competencia, petición que por supuesto tiene carácter facultativa y no preceptiva a diferencia de los casos anteriores.

2.2. Naturaleza de los informes de los Servicios Jurídicos

A continuación podemos estudiar algunos aspectos de los informes que se emiten, así como sus efectos en caso de omisión.

El párrafo cuarto del artículo 4 describe cuáles son las características de los informes emitidos por los Letrados.

En primer lugar, menciona su carácter estrictamente jurídico, sin perjuicio de los consejos o advertencias que se consideren necesarios sobre cualquier aspecto que plantee la consulta. Esta naturaleza estrictamente jurídica nos permite diferenciar estos informes de los de otros órganos que también desempeñan funciones de asesoramiento, tales como las Secretarías Generales Técnicas o los Gabinetes de los altos cargos en los que los criterios de oportunidad superan a los aspectos estrictamente jurídicos.

Como regla general, los informes no tienen carácter vinculante, salvo que alguna norma así lo establezca, y finalmente la falta de asesoramiento, aunque el informe sea preceptivo, o el haber resuelto una cuestión en contra del correspondiente dictamen, no comporta por sí mismo la nulidad de los expedientes y resoluciones afectadas.

Esto nos lleva a enlazar con las distintas clases de informes existentes y los efectos que se desprenden de su omisión o de que se dicte una resolución contraria al sentido del informe.

De acuerdo con lo que señalan los artículos 82 y 83 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas los informes podrán ser preceptivos o facultativos y vinculantes o no vinculantes.

La modalidad de informes preceptivos y vinculantes sólo existe en el caso de que una norma así lo prevea. En este sentido no encontramos supuestos en el ordenamiento en el que ocurra este supuesto en el caso de los informes de los Servicios Jurídicos.

La regla general es el informe preceptivo no vinculante, en concreto en todos los supuestos estudiados anteriormente del artículo 4 de la Ley, además de los supuestos en los que una norma lo establece.

Finalmente, podemos hacer referencia a los informes que no son preceptivos y tampoco vinculantes, que serán todos aquellos que solicitan los titulares de los centros directivos para tener una opinión cualificada en Derecho sobre un asunto propio de su competencia.

Estos últimos podemos decir que son los asuntos en los que la función de asesoramiento es más clara, y en la que los Servicios Jurídicos emiten un dictamen jurídico, pero también en su caso de oportunidad sobre las distintas soluciones que se pueden dar a la cuestión planteada dentro siempre de la legalidad.

En cuanto a los efectos tenemos nuevamente que distinguir entre los distintos tipos de informes. En el caso de informes no vinculantes en el caso de que el órgano que resuelve se aparte del criterio del informe la resolución habrá de ser motivada, pudiendo en caso contrario adolecer de vicio de nulidad.

Esto se deriva de lo señalado en el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, en el que se exige la motivación en los casos en los que la resolución se separe del dictamen de los órganos consultivos. No obstante, la jurisprudencia ha sido muy flexible en cuanto a la necesidad de motivación de los actos administrativos, entendiendo que se trata de una mera irregularidad no invalidante si no se prueba que haya habido indefensión, pues la ausencia de motivación no produce automáticamente la indefensión (STS de 17 de mayo de 2000, RJ 4903).

En segundo lugar, para el caso de informes vinculantes se habrá de seguir necesariamente el criterio del informe, no pudiendo el órgano apartarse de él.

A este respecto algún autor ha llegado a decir que esta clase de informes son una máscara que sirve para ocultar el órgano que verdaderamente decide, ya que en la medida que el órgano decisor no se puede apartar del criterio del órgano consultivo, significa que el criterio de éste es una verdadera declaración de voluntad, quedando desplazada a este órgano consultivo la decisión del asunto ⁴.

En cuanto a los preceptivos y no preceptivos, en el caso de los segundos no plantea problema alguno el que el informe no se emita no teniendo ningún efecto sobre la validez de la resolución.

La discusión está sobre qué ocurre en el caso de que no se emita informe preceptivo. En este caso existen varias corrientes, desde aquellos que entienden que su falta es un motivo de nulidad del acto o disposición de carácter general, o un motivo de anulabilidad del acto, hasta la consideración de que no afecta a la validez del acto y la disposición, pues no se ha prescindido total ni absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ni implica indefensión de las partes interesadas.

A nuestro parecer, únicamente sería motivo de nulidad en el caso de que el órgano administrativo careciera de elementos de juicio suficientes para resolver de manera adecuada, y dictar una resolución con criterio legalidad y oportunidad ⁵.

Éste es el sentido que recoge el artículo 4.4 de la Ley 3/1999, al señalar *«que la falta de asesoramiento, aunque éste sea preceptivo, o el haber resuelto una cuestión en contra del correspondiente dictamen, no comporta por sí mismo, la nulidad de los expedientes y resoluciones afectados»*.

En este precepto, no obstante, se mezclan dos cuestiones como son los efectos en el caso de omisión de informe preceptivo, y el desvío en la resolución del criterio del informe.

Ya hemos visto que la resolución en contra del criterio del informe dará lugar a la necesidad de motivación del acto, y en el caso de que el acto no esté en absoluto motivado y pudiera existir indefensión, sí que podrá dar lugar a la nulidad, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 30/1992.

Por otra parte, respecto a la omisión del informe preceptivo señala el precepto que *no comportará por sí mismo la nulidad*, lo cual es una expresión que no excluye que efectivamente ocurra en el caso de que se dé el supuesto visto anteriormente, es decir, que el órgano que resuelva no tenga elementos de juicio suficientes para llegar a una solución adecuada.

Esto, no obstante, es un tema que habrá que estudiarse caso a caso.

⁴ En este sentido se manifiesta la STS de 12 de marzo de 1990, de la Sala 3.ª, Ponente: González Navarro.

⁵ González Pérez, en los comentarios a la LRJAP y PAC 30/1992, en la p. 2087 señala que «la omisión de un informe preceptivo sólo adquiere relieve cuando su omisión ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo, y alterando, eventualmente su sentido. En consecuencia, el vicio de forma, sólo puede por sí mismo determinar la anulación de un acto en aquellos casos en los que no es posible averiguar si la decisión formal es adecuada o no...».

2.3. Forma y estructura de los informes

Para finalizar con esta parte podemos pasar a estudiar alguno de los criterios contenidos en las Instrucciones dictadas por la Dirección General de los Servicios Jurídicos en cuanto al ejercicio de la función consultiva.

En la Instrucción 8/99, de 13 de abril, en relación con la función consultiva comienza con la forma en que deben de emitirse los informes.

Los informes preceptivos se habrán de emitir siempre por escrito, mientras que los no preceptivos podrán solicitarse y evacuarse oralmente o por escrito; en todo, caso si la solicitud es por escrito, así se deberá evacuar.

En los informes por escrito deberán contener los antecedentes necesarios para la comprensión del asunto, las consideraciones jurídicas que merezca el asunto planteado, y, por último, las conclusiones a las que se llegue en el informe.

El plazo general para emitir el informe es de diez días, coincidente con lo que establece el artículo 83.2 de la LRJAP 30/1992, sin perjuicio que, previa autorización expresa del Director General de los Servicios Jurídicos, se establezca un plazo mayor. También en caso de urgencia se podrá decretar un plazo inferior, que nunca podrá ser inferior a dos días.

Sobre las clases de informes el Letrado Jefe de la Consejería podrá calificar un informe como clave «A», bien porque se trate de supuestos en los que ya esté establecido que deban elevarse a la Dirección General o porque, a su juicio, revista una importancia que requiere esa elevación.

En todo caso, siempre se deben elevar la autorización para el ejercicio de acciones judiciales, los informes sobre la adopción de declaraciones de lesividad, así como los asuntos que afecten a más de una Consejería.

En estos informes de clave «A» existen dos modalidades en cuanto a su preparación, bien que el Letrado elabore el informe y lo eleve para visto bueno del Director General, o que sea la propia Dirección General la que elabore directamente el informe.

En este sentido en ocasiones se plantea la dificultad de que el criterio jurídico de la Dirección General no coincida plenamente con el del Letrado que, por otra parte, tiene plena independencia jurídica y profesional. En el caso de discrepancia se resolvería avocando la totalidad del informe la Dirección General, excluyendo la firma del Letrado con el que no haya coincidencia.

Finalmente, hay que añadir que en aquellos asuntos en los que la Dirección General ya haya emitido informe, el Letrado se deberá de abstener de conocer el caso idéntico, y deberá remitirlo a la Dirección General.

El resultado de esta organización se ha manifestado muy satisfactoria debido tanto a la alta preparación de los Letrados, así como por su importante rendimiento.

Para constatar estas afirmaciones bastaría acudir a la memoria de actividades de alguno de los últimos años para comprobar el volumen de trabajo desarrollado y el alto porcentaje de contenciosos resueltos favorablemente para la administración autonómica. En la estadística de la última memoria publicada de los Servicios Jurídicos se reseña que los asuntos consultivos sobre los que se informó en el último ejercicio fueron en total 15.687 informes, mientras

que los asuntos contenciosos que se atendieron en todos los órdenes jurisdiccionales fueron 10.848, siendo el porcentaje de sentencias favorables a los intereses de la Comunidad de Madrid superior a 75 por 100.

III. HACIA DÓNDE VAN LOS SERVICIOS JURÍDICOS

Dicho lo anterior, es necesario advertir que no hay organización que funcione si no evoluciona y avanza a medida que lo hacen los acontecimientos.

Siguiendo esta línea, se dictó el Decreto 60/2004, de 15 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, conteniendo una modificación de la estructura de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

Con posterioridad se volvió a recoger en el Decreto 148/2004, de 21 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 304, de 22 de diciembre) el Servicio Jurídico se divide en tres grandes áreas —de lo Consultivo, de lo Contencioso y el de Coordinación y Administración—, el Decreto atribuye a las áreas de lo consultivo y lo contencioso rango de Subdirección General.

Con ello se busca una estructura más racional que permite una mejor coordinación de los distintos Servicios Jurídicos en los diferentes departamentos, así como de la actuación contenciosa.

Con el Servicio de Coordinación y Administración se centraliza en este servicio una serie de funciones esenciales, tales como el registro, archivo, biblioteca, documentación y estadística.

Son éstas funciones auxiliares y de apoyo, pero imprescindibles para un adecuado funcionamiento de unos Servicios Jurídicos.

Tiene especial importancia el potenciar el servicio de documentación de manera que los Letrados que integran el Servicio Jurídico puedan tener en cada momento la información doctrinal y jurisprudencial suficiente y adecuada para cada asunto concreto.

Directamente ligado a esto está el que la biblioteca jurídica esté actualizada y organizada, de manera que sea efectivamente un instrumento de consulta y estudio permanente.

Ambas cuestiones deberán ser impulsadas por este Servicio de Coordinación, que deberá de prestar ese apoyo imprescindible a los Letrados para un adecuado desarrollo de su trabajo de manera que se les facilite la documentación tanto doctrinal como jurisprudencial relacionada con el asunto estudiado.

Las otras dos grandes áreas permiten una mejor coordinación de los asuntos consultivos y contenciosos.

Con la creación de la Subdirección General de lo Consultivo se cumplen dos funciones. Por una parte, la función esencial de coordinación de los Servicios Jurídicos que se podrían llamar periféricos que se ubican en cada departamento y, por otra, parte está aquí el embrión de un gabinete de estudios que permite profundizar y examinar con mayor intensidad aquellas consultas de

mayor importancia, o el estudio de las disposiciones generales que se remiten para informe, y, en definitiva, todas aquellas cuestiones que por afectar a varios departamentos es necesario que resida en un Servicio Jurídico Central de lo Consultivo.

Desempeña además un apoyo permanente al Director General en todos aquellos temas sobre los que se le haya pedido consulta jurídica sobre asuntos de trascendencia para la Presidencia del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Pero quizás la función más importante de los servicios consultivos está en dar unidad de criterio al resto de los Servicios Jurídicos sobre los asuntos que habitualmente informan y que a la vez sirve para ir orientando la actividad administrativa en su conjunto.

En este sentido se trata de dar las pautas de legalidad a los centros directivos en cuestiones de ordinaria gestión como la contratación administrativa, la actividad convencional, la actividad de fomento a través de las subvenciones, o el ejercicio de potestades administrativas como la sancionadora o la expropiatoria.

Igualmente residen en este Servicio Jurídico el estudio de las cuestiones de naturaleza constitucional en la que sea parte la Comunidad de Madrid —requerimientos de incompetencia, conflictos de competencia, recursos de inconstitucionalidad, etc.—.

En relación con este último aspecto no se escapa la mayor importancia, si cabe, que progresivamente van a ir adquiriendo en el seno de todas las Comunidades Autónomas el estudio de la constitucionalidad de las normas estatales y autonómicas en cuanto a la adecuada distribución constitucional de las competencias.

Las Comunidades Autónomas que ya han alcanzado un muy elevado grado de desarrollo competencial, previsiblemente irán adquiriendo una representatividad en el conjunto de las instituciones equiparable a la importancia de sus competencias.

Esta cuestión se abordará a través de la anunciada reforma del Senado como auténtica cámara de representación territorial, así como una adecuada representación de las Comunidades Autónomas en las instituciones europeas, e incluso con la participación de las Comunidades Autónomas en la elección de los miembros de los distintas instituciones y órganos constitucionales: Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, etc.

En este sentido, el hecho de que la representación de las Comunidades Autónomas en el Senado se establezca a través de un sistema de elección por los propios Parlamentos autonómicos, por los gobiernos autonómicos o un sistema mixto, y que resida en esta cámara alta el estudio de las leyes de contenido autonómico o en su caso la fijación de la extensión de lo que se debe entender por «bases» de la legislación estatal en cada una de las competencias autonómicas, va a hacer necesario el reforzar los Servicios Jurídicos de cara al estudio profundo de las normas y a la defensa de la autonomía competencial.

En definitiva, lo que era hace apenas diez años un servicio jurídico que se limitaba a informar de las cuestiones de ordinaria gestión que requerían el preceptivo informe de los Servicios Jurídicos se ha convertido o está en camino de convertirse en un servicio jurídico en el que las cuestiones de índole constitucional y de Derecho comunitario van a tener una importancia vital.

Para esto los Servicios Jurídicos, y en concreto el área consultiva, se debe ir preparando y en la medida de lo posible especializándose, pues no se le escapa a ningún profesional del Derecho que, debido a los complejos derroteros de las distintas disciplinas, es imposible prestar un buen servicio sin especialización.

Respecto a esto último, no obstante, es necesario precisar que es preferible una especialización desde la generalidad, y no viceversa, que impediría tener a los Letrados la adecuada preparación para afrontar su tarea.

Al hilo de lo que se acaba de decir, es función de la Subdirección General de lo Consultivo el atender a la formación permanente de los Letrados a través de cursos y jornadas jurídicas que sirven para profundizar en aquellas cuestiones con las que se enfrentan día a día los Letrados.

Las jornadas jurídicas han de servir para reunir a especialistas en los distintos ámbitos del Derecho y distinta procedencia tanto pública como privada. Ello contribuye a enriquecer el debate sobre cuestiones jurídicas de actualidad y de esta manera ampliar los foros de la comunidad jurídica.

Para la obtención de resultados satisfactorios en las funciones que cumplen los Servicios Jurídicos es necesario dotar a éstos de los medios humanos y materiales necesarios para ello.

Estas necesidades crecientes están justificadas por lo expresado con anterioridad sobre la progresiva mayor presencia de las Comunidades Autónomas en las distintas instituciones legislativas tanto estatales como comunitarias.

Además de ello, no sería de extrañar que una evolución en el sistema de financiación autonómica, profundizando en la corresponsabilidad fiscal, se llegue en un plazo no muy lejano a hacer partícipes a las Comunidades Autónomas de las funciones de gestión, inspección y recaudación de los impuestos que constituyen la columna vertebral del sistema fiscal, lo que provocaría un aumento de las impugnaciones que ahora conoce la administración tributaria autonómica, con el consiguiente aumento de carga de trabajo y, por tanto, la necesidad de reforzar este ámbito.

En este mismo sentido, y tal como expusimos anteriormente, sería deseable que la función consultiva y contenciosa se extendiera a los distintos entes y sociedades públicas que integran en sentido amplio la administración institucional de la Comunidad de Madrid.

Esto es una exigencia de acuerdo con la Ley 3/1999, el que los Letrados integrados en los Servicios Jurídicos asuman la representación y defensa de la administración general y organismos autónomos adscritos a la administración autonómica, pero además sería deseable el que los propios Servicios Jurídicos asuman la representación y defensa y el asesoramiento de todas aquellas sociedades públicas en las que la participación es mayoritaria de la Comunidad de Madrid a través de la suscripción de convenios de colaboración.

Esta cuestión, de vital importancia, llevaría, por una parte, a centralizar en los Servicios Jurídicos todas las cuestiones que se puedan plantear en estas sociedades, y de alguna manera evitar la convivencia de criterios dispares propiciados por la existencia de asesorías jurídicas en cada una de estas sociedades a modo de ínsulas independientes.

Para llevar a cabo esto se necesita una indudable voluntad política para firmar los correspondientes convenios y conseguir esa uniformidad a la que nos hemos referido antes.

Para terminar, me gustaría hacer una reflexión sobre la administración consultiva en sentido estricto y su diferencia con los Servicios Jurídicos.

Tradicionalmente cuando se habla de administración consultiva nos estamos refiriendo a órganos que realizan esta función con una absoluta independencia orgánica y funcional respecto de los órganos administrativos o administración activa.

Ésta es la distinción esencial, por ejemplo, entre el Consejo de Estado o los Consejos Jurídicos Consultivos y los Servicios Jurídicos estatales o autonómicos.

El Tribunal Constitucional en su ya conocida sentencia 204/1992 exige como notas inexcusables de los Consejos Jurídicos Consultivos la independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica. Mientras que el Consejo de Estado o los Consejos Jurídicos Consultivos se organizan como organismos independientes sujetos a su propia regulación, los Servicios Jurídicos dependen orgánica y funcionalmente de un departamento, lo que les impide gozar de la independencia necesaria que exigen estos máximos órganos consultivos.

En el panorama actual es cierto que prácticamente todas las CCAA a excepción de la de Madrid han creado sus propios Consejos Jurídicos Consultivos llamados a desempeñar la función encomendada al Consejo de Estado a nivel estatal.

En concreto, estos Consejos Jurídicos sustituyen al Consejo de Estado en los supuestos a los que se refiere el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, en los que dice: «El dictamen será preceptivo para las CCAA en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes.»

El Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente citada ha dejado clara la idoneidad de los informes emitidos por estos Consejos Jurídicos Consultivos en sustitución de los del Consejo de Estado.

En el caso de la Comunidad de Madrid, que por razones de oportunidad no se ha creado, no deja de producir en ocasiones situaciones difíciles de explicar, como la obligación de realizar una consulta previa al Consejo de Estado sobre la conveniencia de impugnar o no ante el TC una disposición estatal.

No podemos olvidar que la dicción literal del artículo 107 define al Consejo como *«supremo órgano consultivo del Gobierno»*, si bien el TC ha intentado salvar la actuación del Consejo de Estado en el ámbito de las CCAA en la STC 55/90 cuando señala: *«El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del artículo 107 de la CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción de Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición y*

de sus funciones consultivas que se extienden también a las CCAA, según prevén explícitamente en el diseño competencial a que se remite la Norma fundamental, realizado por los artículos 20 a 23 de la LOCE.»

Igualmente el TS para explicar esta actuación preceptiva del Consejo en el ámbito autonómico recurrió a teorías como la del «préstamo de órganos», o «administración impropia», así en su sentencia de 20 de enero de 1992⁶.

En este sentido, si bien no se duda de la objetividad del alto órgano consultivo, no deja de ser paradójica la situación, lo que hace pensar que en un futuro no muy lejano se acabará haciendo uso de la potestad de autoorganización y se creará el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad de Madrid, máxime cuando se ha hecho con otras instituciones y órganos consultivos en los que la importancia es menor, por ejemplo, el Consejo Económico y Social.

En este sentido nos tenemos que referir a la previsión que hace la Ley 30/1992, en su Disposición adicional décimoséptima, introducida por la reforma de la Ley 4/1999.

3.1. Disposición adicional décimoséptima

«1. Para el ejercicio de la función consultiva en cuanto garantía del interés general y de la legalidad objetiva de las Comunidades Autónomas, los Entes Forales se organizarán conforme a lo establecido en esta disposición.

2. La Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los Servicios Jurídicos de esta última.

En tal caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada.

3. La presente disposición tiene carácter básico de acuerdo con el artículo 149.1.18.^a de la Constitución.»

De este precepto se pueden deducir, a mi entender, tres posibilidades en el caso de quien se decida a crear el órgano consultivo autonómico.

La primera de las posibilidades sería la posición en que, a la vez que se crea la institución como tal, se creara un cuerpo específico de Letrados que desempeñarían la tarea de asistencia jurídica a los miembros del Consejo Jurídico.

⁶ STS de 20 de enero de 1992, FJ 3.º: «Que no se atenta contra la autonomía de la Comunidad por la exigencia de dictámenes preceptivos del Consejo de Estado, en cuanto puede explicarse mediante las técnicas de “préstamo de órganos” o de la “administración impropia”, acuñadas en otros ordenamientos basados en la existencia de una división vertical —o territorial— de poderes, que un órgano que es utilizado por una Comunidad Autónoma —para evitar una duplicación organizativa o burocrática estimada no necesaria— deviene, para la función que realiza, órgano autonómico, aunque pertenezca a la organización del Estado y, sólo funcionalmente y en sentido impropio, a la de la Comunidad que de él se sirve.»

La segunda de las posibilidades sería la apuntada en el apartado 2 de la DA 17.^a, que sería la utilización de los propios Servicios Jurídicos de la administración autonómica. En este caso, para cumplir los requisitos de plena independencia exigida por el TC, se debería adscribir el número de Letrados que se necesitase al Consejo Jurídico Consultivo, dejando de pertenecer a la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

La última de las posturas sería una solución intermedia de carácter transitorio, como es la de que en un principio realizarán estas funciones los Letrados de los Servicios Jurídicos hasta que se convoque y cubran sucesivamente las plazas por Letrados de un cuerpo especial del máximo órgano consultivo autonómico.

Quizás esta última sería la más adecuada, dando a los Letrados integrados en el Servicio Jurídico a través de un concurso la posibilidad de que se adscriban al servicio jurídico del Consejo Jurídico Consultivo, para con posterioridad crear el cuerpo específico de Letrados de ese órgano consultivo.

De esta manera se resolvería la dificultad indudable de crear de la nada un cuerpo jurídico que además tuviera un especial conocimiento del ordenamiento de la Comunidad de Madrid.

Para terminar, existe la intención de que se desarrolle la Ley 3/1999, de Ordenación de los Servicios Jurídicos, la cual deja al desarrollo reglamentario un importante número de cuestiones que es preciso desarrollar.

Se pretende el ir dando regulación jurídica a múltiples cuestiones relacionadas con la estructura, la organización y la actuación contenciosa o consultiva.

Todo ello al servicio de un mejor desempeño de las importantes funciones encomendadas a la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

Igualdad jurídica y vinculación del legislador: algunos pasos con huellas de una tarea inacabada

Sumario. I. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL: EL INTENTO DE ARMONIZACIÓN REAL DE LAS CONDICIONES DE VIDA.—1.1. Ideas previas.—1.2. Los antecedentes norteamericano y suizo.—1.3. Estado democrático y social e igualdad jurídica.—1.3.1. El cambio de naturaleza de la norma constitucional: consecuencias concretas para la igualdad.—1.3.2. El debate de Weimar y la nueva comprensión de la igualdad jurídica.—1.3.2.1. Líneas generales del debate doctrinal: las primeras manifestaciones de la «nueva doctrina» sobre la igualdad.—1.3.2.2. La formulación «clásica» de la denominada «nueva doctrina» debida a Gerhard Leibholz.—1.3.3. La consolidación de la «nueva doctrina» en el constitucionalismo democrático de la segunda postguerra y los intentos de evolución.—1.3.3.1. La consolidación de la «nueva doctrina».—1.3.3.2. La crítica, fundamentalmente científica, de la posición mayoritaria defensora de la nueva doctrina.—1.3.3.3. La denominada nueva fórmula surgida (o pretendidamente) a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 7 de octubre de 1980.—1.3.3.4. La discusión doctrinal en sus últimos estadios: perspectivas e insuficiencias.—1.3.3.4.1. Consideraciones previas.—1.3.3.4.2. El análisis «de arbitrariedad».—*a*) El análisis de arbitrariedad considerado en sus aspectos centrales.—*b*) El contenido del análisis de arbitrariedad.—1.3.3.4.3. El análisis centrado fundamentalmente en el control de proporcionalidad.—*a*) El análisis en atención a la proporcionalidad.—*b*) El contenido del análisis de proporcionalidad.

I. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL: EL INTENTO DE ARMONIZACIÓN REAL DE LAS CONDICIONES DE VIDA

1.1. Ideas previas

Durante la larga vigencia del Estado liberal, la realización del principio de igualdad en modo alguno significó la consecución de la igualdad material o

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Cantabria.

sustancial, algo impensable desde la propia esencia de este tipo histórico de Estado —de carácter fuertemente oligárquico—, e incluso ni tan siquiera trajo consigo una igualdad de derechos en todos los ámbitos jurídicos¹. Fracasaron así las iniciales pretensiones revolucionarias, desde cuyos planteamientos se pretendía la eliminación de las diferencias de clase y la desaparición de todo tipo de discriminación². De este modo, el principio de igualdad, tamizado por el pensamiento racional-individualista de la Revolución³, vino a operar realmente en el ámbito del Derecho Público como la manifestación específica del principio de la libre concurrencia; ahora bien, una libertad de concurrencia entendida en términos absolutamente limitados, como es bien conocido⁴.

De otro lado, el último tercio del siglo XIX conoció el auge del positivismo normativista, lo que supuso asimismo una contribución importante a la esclerosis de la igualdad jurídica. Hasta tal punto hicieron mella los postulados metodológicos positivistas, que, por ejemplo, en un autor contrario a los mismos, como es el caso de Hauriou, se mantiene una concepción formal y restrictiva del principio de igualdad: *l'égalité entre les hommes est surtout une idée*⁵. Por ello, tampoco es de extrañar que la probablemente primera tesis doctoral consagrada en Francia a principios del siglo pasado —1910— al estudio del principio de igualdad concluyera en términos desoladores, esto es, negando al precepto su naturaleza de auténtica norma jurídica; se trata, diría su autor, tan sólo de un dogma vago e indeterminado, una fórmula con múltiples e imprecisas significaciones carente de sanción jurídica⁶. No obstante, también se registraron opiniones desde las que se consideraría que la «igualdad civil», el principio «quizá más fecundo de todos (entre los derechos individuales), no implica en sí reglamentación particular, o, más bien, la reglamentación se halla en la legislación entera», por lo que debía ser considerado «el primer principio cuyo respeto se impone al legislador»⁷.

¹ G. Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958, p. 80.

² La explicación de R. Zippelius referida al fracaso en la propia Alemania, nos parece que tiene un elocuente valor ejemplificador, «Der Gleichheitssatz», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin/New York, núm. 47, 1989, p. 7 y ss.

³ H. Heller, *Escritos Políticos*, Madrid, 1985, p. 270.

⁴ En una etapa histórica tan dilatada hay excepciones. A modo de ejemplo, suele ser frecuente la cita de A. de Tocqueville, especialmente en el volumen II de su obra *De la démocratie en Amérique*, publicada en 1840, donde se ve la marcha imparable e irreversible de la democracia no ya hacia la igualdad jurídico-formal, sino hacia la igualdad material; no obstante, recuerda J. Schmidt, en la época en la que Tocqueville expresaba su admiración por la Constitución de los Estados Unidos, ésta consagraba aún la esclavitud, «La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987, p. 44.

⁵ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2.ª ed., Paris, 1929, p. 641.

⁶ R. Brunet, *Le principe d'égalité en droit français*, Paris, 1910, especialmente pp. 142 y ss. Sin embargo, unos años más tarde, reconocerá P. Daney que el principio de igualdad era una norma que se imponía al legislador, y, por lo tanto, toda Ley «qui violerait le principe d'égalité tel qu'il est découlé de la Déclaration des droits de 1789 serait donc contraire au droit», *Le principe d'égalité*, Bordeaux, 1927, p. 218, coincidente con lo expuesto previamente por F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1921, p. 471.

⁷ A. Esmein/H. Nèzard, *Éléments de Droit Constitutionnel français et étranger*, Vol. II, Paris, 1928, p. 568.

1.2. Los antecedentes norteamericano y suizo

En EE.UU., la XIV enmienda —1868—, incluye la cláusula de la igual protección —*equal protection of the laws*—, siendo así el primer país en el que se produce la ruptura con la vieja idea liberal que identificaba igualdad y Ley. En 1886 el Tribunal Supremo afirmará: «*the equal protection of the law is a pledge of the protection of equal laws*», lo que autorizaría el control jurisdiccional de la propia Ley desde la perspectiva de la igualdad jurídica, configurada a partir de ese momento como un auténtico límite de la potestad legislativa⁸. Asimismo, sectores doctrinales han expresado que la cláusula del *due process of law* no fue sólo utilizada por el Tribunal Supremo para juzgar acerca de la justicia en la aplicación del Derecho, sino también, e incluso en mayor medida, para juzgar acerca de la justicia de la propia Ley, y, por lo tanto, no sólo asumió un significado procesal, sino también sustancial⁹. A partir de ahí, y fundamentalmente desde finales del siglo XIX, se va desarrollando en la jurisprudencia la idea de que las diferenciaciones carentes de apoyo en un fundamento razonable vulneran la igualdad y son perfectamente arbitrarias¹⁰. Esta línea jurisprudencial comenzó a utilizar fórmulas tales como: la desigualdad ha de estar «basada en un motivo razonable (...) y no en simple arbitrariedad», en «consideraciones razonables»; se infringe el principio de igualdad cuando las características que han servido para formar el criterio de diferenciación sean «sencillamente arbitrarias, opresivas o caprichosas»; ha de admitirse la «presunción de que los legisladores han obrado inspirados por motivos justos mientras no aparezca lo contrario del texto de la ley y hasta que esto se haya demostrado en forma que no subsista ninguna duda razonable»¹¹; o, en fin, «apenas es necesario manifestar que la dureza, la inconveniencia o la injusticia de las leyes (...) puede constituir objeción a su validez constitucional»¹². Pues bien, estas fórmulas jurisprudenciales —o términos muy similares— serán asimismo invocadas por la doctrina alemana en el importante debate doctrinal de los años veinte del siglo pasado¹³, debate que tuvo precisamente en la reflexión sobre los derechos fundamentales uno de los ámbitos privilegiados de investigación¹⁴.

⁸ F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, p. 45.

⁹ Así, B. Schwartz, *Le droit aux États-Unis: une création permanente*, Paris, 1979, pp. 88 y ss.; en similares términos, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Paris, 1954, Vol II, pp. 366 y ss.

¹⁰ J. Schmidt, «La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique», en *op. cit.*, p. 47. Acerca de la *reasonable basis*, G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, 1925, 2.ª ed., München/Berlin, 1959, pp. 79 y ss.; así como el divulgado trabajo de J. Tussman/J. Tenbroek, «The Equal Protection of the Laws», en *California Law Review*, Vol. XXXVII, núm. 3, 1949, pp. 341 y ss.

¹¹ Citado por E. L. Llorens, *La igualdad ante la ley*, Murcia, 1934, p. 104.

¹² *Ibidem*, pp. 104-105.

¹³ R. Maaß, «Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz—Ein Neuansatz?», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1988, pp. 14 y ss.

¹⁴ M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München, 2002, pp. 109 y ss.

Por lo que se refiere a Suiza, la Constitución Federal de 29 de mayo de 1874, que desde el punto de vista formal apenas nada aporta por sí misma a la construcción de la igualdad jurídica, introduce, sin embargo, una importante modificación orgánica mediante la incorporación del Tribunal Federal, al que se le encomienda la función de decidir acerca de los recursos fundados sobre la protección de los derechos individuales¹⁵. En el segundo año de funcionamiento, y en lo que se ha valorado como una audacia o una jurisprudencia innovadora en atención al momento histórico, el citado Tribunal Federal entenderá que la igualdad ha de comprenderse a la vez en la Ley y en la aplicación de la Ley, aspectos ambos que se considera obligado a controlar, porque de no ser así faltaría en el cumplimiento de su tarea y desatendería a la finalidad a la que responde su creación. Entiende que está entre sus obligaciones la de sancionar las negaciones de justicia no sólo formales, sino sobre todo materiales, porque los actos evidentemente contrarios a las leyes son arbitrarios, e incompatibles con el Estado de Derecho que establece implícitamente el artículo 4 de la Constitución¹⁶, donde se recogía la siguiente fórmula: «*Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familien, oder Personen.*» Es decir, realiza una interpretación extensiva del artículo 4, y abre con ello un camino nuevo. Contribuyó de manera decisiva a esta toma de postura, el hecho de que, frente a las convulsiones sufridas por el Estado de Derecho en el resto de la Europa continental, en Suiza, «y bajo unas condiciones políticamente más tranquilas y económicamente más seguras, la idea del Estado de Derecho no padeció esos ataques críticos (...) se mantuvo como tal con una continuidad ininterrumpida»¹⁷. Más en concreto, en la Decisión de 2 de abril de 1888 —«*asunto Jäggi*»—, el Tribunal Federal establece ya los principios fundamentales de lo que va ser su jurisprudencia futura sobre el artículo 4 de la Constitución de 1874. Lo fundamental de la decisión estriba en que el *Bundesgerichts* admite la vinculación también del legislador por el principio constitucional de igualdad. Llorens sintetiza en los siguientes términos el pasaje principal de esta doctrina jurisprudencial: «el principio de igualdad de todos los suizos ante la ley, enunciado en el artículo 4.º de la Constitución del Estado, es decisivo, como norma legal fundamental, tanto para la actividad administrativa y judicial como también para la legislativa de los órganos del Estado. En su virtud se exige la igual aplicación de las leyes a todos los ciudadanos así como también igual trato de los mismos por parte del legislador. El significado y el alcance del principio de la igualdad ante la ley con respecto al legislador se determina y limita definiendo que implica un postulado de justicia»¹⁸; aunque ello haya supuesto la

¹⁵ Puede verse J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional. Fundamentos de la Democracia constitucional*, Madrid, 1998, pp. 233-234.

¹⁶ A. Haefliger, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich, zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung*, 1985, Bern, p. 13 y ss.; y S. Frick, *Die Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz: ihre Bedeutung im freiheitlich-demokratischen Staatsrecht*, Zürich, 1945, pp. 6 y ss.

¹⁷ E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid, 2000, p. 33.

¹⁸ E. L. Llorens, *La igualdad...*, op. cit., p. 117.

crítica no compartida por nosotros de que tanto en los Estados Unidos como en Suiza la jurisprudencia y la doctrina científica se caracterizan por una radical y criticable costumbre de confundir igualdad y justicia¹⁹.

Por otro lado, en el comentario clásico de la Constitución debido a Burckhardt, se señalaría unos años más tarde que el artículo 4 de la Constitución de 1874 supuso una ruptura definitiva con la historia del principio de igualdad, porque los fundamentos constitucionales del nuevo Estado eran distintos —algo semejante a lo que años más tarde afirmara Leibholz en relación con la Constitución de la República de Weimar—, y donde se sostiene como consideración global de fondo la presencia de un concepto general de igualdad a observar por la totalidad del ordenamiento jurídico. Desarrolla asimismo Burckhardt la distinción entre desigualdad formal y material. A su juicio, la primera consiste en una contradicción de la legislación, de la Ley «consigo misma»; en la aplicación de la Ley, la desigualdad formal viene dada pura y simplemente por la violación de la legalidad. La desigualdad material es la contradicción de una disposición legislativa o de un acto de aplicación con el Derecho justo —*richtiges Recht*—, con la equidad —*Billigkeit*—²⁰. La desigualdad material se produce cuando se trata igualmente aquello que es diferente —se refiere ahora al legislador— y, recíprocamente, de forma diferente aquello que es semejante²¹. De otra parte, según se considera, lo igual no es necesariamente lo absolutamente igual, bastará con que exista una similitud esencial, y en sentido recíproco, no toda diferencia obliga al legislador o a los órganos de aplicación a diferenciar, porque ello sería tanto como negar la existencia del ordenamiento mismo, bastará con tener en cuenta las diferencias que resulten esenciales. En el comentario se deja ver ya la tesis del fundamento razonable que han de tener las desigualdades: es contrario a la igualdad jurídica la diferencia o la identidad de tratamiento que no se apoya en un fundamento razonable, esto es, que no se apoya en fundamento alguno o lo hace sobre un fundamento insuficiente —cuando las decisiones se apoyan sobre un fundamento inadecuado por cuanto esencial o totalmente inexacto—, y tales decisiones son contrarias a la igualdad porque se evidencian como ilógicas, irracionales e injustas, y, por lo tanto, arbitrarias²².

¹⁹ L. Paladini, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 82.

²⁰ En contra de la distinción, por entender se trata siempre de una vulneración de la igualdad material, G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 49.

²¹ W. Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 2.ª ed., Bern, 1914, especialmente, pp. 25, 59 y ss. y 65; para la influencia de la filosofía del Derecho de R. Stammeler sobre el concepto de *richtiges Recht* del autor, K. Hesse, «Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 77, 1951-52, p. 177. Asimismo G. Müller, en *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, Bd. I, Bern, 1988, pp. 6 y ss.; y puede verse también H. Algag, *Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung. Eine öffentliche Abhandlung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin, 1925, pp. 20 y ss., así como E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 3, Berlin-Leipzig, 1927, p. 10.

²² Este reconocimiento de la tesis de la arbitrariedad en W. Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung...*, op. cit., pp. 29 y ss.; también, aunque en sentido crítico, Th. Fleiner/Z. Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, 1949, pp. 411 y ss.

1.3. Estado democrático y social e igualdad jurídica

1.3.1. *El cambio de naturaleza de la norma constitucional: consecuencias concretas para la igualdad*

La instauración del Estado democrático que se consagra mediante el reconocimiento del sufragio universal y la soberanía popular en el frontispicio de los textos constitucionales posteriores a la Primera Guerra Mundial, presta fundamental atención a la igualdad política, porque sobre ella se fundamenta²³. En efecto, el derecho igual de todos los ciudadanos a participar en la legitimación originaria del sistema político así como en el ejercicio del poder del Estado mediante elecciones libres, y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, constituye el principio fundamental del sistema democrático; o, para expresarlo en términos de la ya clásica sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo, este «principio de legitimación democrática» es la base de toda la «ordenación jurídico-política». A partir de las anteriores premisas se produce el cambio de naturaleza jurídica de la norma constitucional, así como el cambio más importante de naturaleza orgánica, esto es, la aparición de los Tribunales Constitucionales. Así, subraya Cruz Villalón respecto de la primacía alcanzada y el cambio de naturaleza de la Constitución llevado a cabo en Europa con la Constitución alemana de Weimar, «el salto cualitativo, e incluso la mutación operada en la propia Constitución, y por extensión en la Ciencia del Derecho Constitucional, como consecuencia de la acumulación de dos factores: el paso de la Constitución «orgánica» a la Constitución «material» y el paso de la «garantía política» a la «garantía jurisdiccional» de la Constitución»²⁴. No obstante, y en lo que ahora fundamentalmente importa, la Constitución de Weimar no contenía una declaración expresa de carácter general por la que se declarara al legislador vinculado por los derechos fundamentales, si bien éstos aparecen por primera vez y ante el mencionado cambio de naturaleza, como una categoría dogmática del Derecho constitucional²⁵. En esta situación, la primera Constitución democrática europea considera que la característica esencial del sistema democrático viene dada por la generalización de la igualdad jurídica²⁶. Una igualdad jurídica que, advertido el problema que representa su comprensión en un sentido mera-

²³ Aspecto destacado tempranamente por W. Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung...*, op. cit., pp. 29 y ss. «El pueblo alemán unido en sus estirpes», dirá el Preámbulo de la Constitución de Weimar; y el pueblo del que «emana el derecho», recoge como fórmula la Constitución austríaca de 1920.

²⁴ P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, p. 27.

²⁵ P. Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 41.

²⁶ Modernamente la vinculación estricta entre igualdad y democracia, es una reivindicación constante de los sistemas democráticos, puede verse en G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 16 y ss., y pp. 23 y ss.

mente formal, sólo puede ser entendida en sentido material²⁷; única forma posible de lograr la eficacia normativa propia del principio.

De otra parte, tampoco preveía expresamente la Constitución de Weimar el control de constitucionalidad²⁸, ante lo que se entabló enseguida una polémica doctrinal fuerte entre quienes defendían y negaban semejante posibilidad²⁹. Incapaz de enfrentarse sistemáticamente al control de constitucionalidad de las leyes³⁰, la Constitución no contenía tampoco «una prohibición expresa de control judicial»³¹. Ante esta situación, «los tribunales alemanes, en una de las operaciones políticas de mayor alcance de la República de Weimar, proclamarán y se arrojarán el derecho-deber de controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich*»³². Y es que si se pretendía que la Constitución fuera auténtica norma jurídica debía admitirse un control de esta naturaleza. En este sentido, se cita como precedente una sentencia de 23 de marzo de 1921 del *Reichsfinanzhof*, si bien fue más propiamente una sentencia de 4 de noviembre de 1925 en la que por primera vez el *Reichsgericht* afirma de forma «definitiva y expresa»³³ su competencia para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes³⁴; aunque el marco se delimitara inicialmente por referencia al control del Derecho de los *Länder* y los conflictos entre los *Länder* y el *Reich*. Asimismo, el Tribunal es plenamente consciente de la discusión profunda que está teniendo lugar sobre la igualdad jurídica, y en una nueva sentencia de 29 de enero de 1926, intencionadamente deja caer expresiones tales como: «si verdaderamente se quiere ver un límite para el legislador en el artículo 109.1»; por fin, la sentencia de la 6.ª Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 1929, declara la inconstitucionalidad de una Ley por vulneración del artículo 109.1 de la Constitución de Weimar³⁵.

²⁷ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 50, entre otros momentos.

²⁸ Para la importancia de los tribunales constitucionales en orden a la nueva configuración jurídica de la igualdad, véase E. Albertí, «Prólogo», a *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, 2000, p. XIII.

²⁹ Sin embargo, la Constitución del Estado Libre de Baviera de 14 de agosto de 1919 preveía expresamente en su artículo 72 el control judicial de las leyes, a aplicar cuando se encontraran en contradicción con una disposición de la Constitución del Reich alemán, de la propia Constitución de Baviera o de otra Ley constitucional, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 79.

³⁰ P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 71; asimismo J. A. Montilla Martos, *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid, 2002, p. 84.

³¹ P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 71.

³² *Ibidem*, p. 71.

³³ P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 78.

³⁴ J. Cl. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, 1982, pp. 132 y ss. No se trataba, como pretendiera R. Thoma, de la ausencia de un precepto admitiendo o prohibiendo el control de constitucionalidad, «Das richterliche Prüfungsrecht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 43, 1922, p. 272; era una cuestión de voluntad más que de lógica jurídica.

³⁵ Así, G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 207, quien reconoce que la 7.ª Sala de lo Civil, en una decisión inmediata del mismo año, consideraría a la misma Ley conforme al artículo 109 de la Constitución.

1.3.2. *El debate de Weimar y la nueva comprensión de la igualdad jurídica*

1.3.2.1. Líneas generales del debate doctrinal: las primeras manifestaciones de la «nueva doctrina» sobre la igualdad

Desde el mismo nacimiento de este tipo histórico de Estado democrático, y espoleada por «el espíritu del tiempo», surge nuevamente la exigencia de la *égalité de fait*. La armonización real de las condiciones de vida se pone ahora en práctica —y hasta donde es posible— con el nombre de Estado social³⁶. La plasmación de derechos sociales por primera vez en la Constitución de Weimar es la consecuencia, en expresión de Heller, de la conciliación entre dos tendencias divergentes, lo que implicaría un «acuerdo recíproco orientado al fin de una más justa distribución de riquezas»³⁷. De esta forma, el derecho de todos los ciudadanos del Estado a participar en el ejercicio del poder, convive a partir de este momento con el derecho general de todos los individuos a recibir el mismo trato que los demás por parte de los poderes públicos³⁸. Se establece así, como precisa Böckenförde, no ya «una relación de equilibrio o de limitación recíproca» entre la democracia y el Estado social, sino «una relación unilateral de impulso y apoyo que parte de la democracia»³⁹.

La Constitución de Weimar inicia, pues, una nueva fase —«supone un cambio de dialéctica»⁴⁰—, en la que se tiende a conciliar las exigencias de una normación diferenciada y articulada, como respuesta a un sistema que se funda en la soberanía popular y en presencia de una sociedad heterogénea, con la exigencia de la reconducción de las normas mismas a criterios universales, válidos para todos; de ahí, se considera, deriva en buena medida el enunciado extremadamente conciso del principio de igualdad que aún le caracteriza⁴¹. De otra parte, el principio se encuentra ante una realidad social enormemente compleja caracterizada además por una profunda y constante transformación, que necesita y consiente leyes no siempre universales —posteriormente la Ley terminará convirtiéndose en estructura y guía de la economía—. Pero esta nueva situación no exige la atenuación del rigor del principio de igualdad, sino un entendimiento distinto de su esencia en un régimen democrático que permite y exige normas no necesariamente universales, al ser ahora lícitas las inclusiones de categorías subjetivas ligadas a problemas objetivos, con lo que se inicia la lucha por la interpretación del principio⁴² que aún le caracteriza.

Pues bien, la denominada nueva doctrina que propugna extender la igualdad al contenido jurídico-material del mandato legal, suscita con todo una

³⁶ Así de claro se expresa R. Zippelius, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 7 y ss.

³⁷ H. Heller, *Escritos Políticos...*, *op. cit.*, p. 271.

³⁸ R. Zippelius, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 7 y ss.

³⁹ E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado...*, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁰ P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, *op. cit.*, p. 226.

⁴¹ H. D. Jaras, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, pp. 2545 y ss.

⁴² H. Jarreiß, «Die staatsbürgerliche Gleichheit», en *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, ed. de G. Anschütz/R. Thoma, Bd. II, Tübingen, 1932, p. 625.

importante discusión doctrinal en la Alemania de Weimar⁴³, y tiene a su primer defensor explícito en Hatschek —1922⁴⁴—. Según afirmó el autor, era necesario llevar a cabo una reinterpretación del principio de igualdad que trascendiera su entendimiento clásico como mera realización de la legalidad, porque también el poder legislativo está vinculado y limitado por la Constitución, y, en consecuencia, por el considerado principio de igualdad⁴⁵; al tiempo que acoge la distinción, en términos próximos a Burckhardt, entre igualdad formal, consistente en la igualdad en la aplicación de la Ley, e igualdad material, que concierne sobre todo al legislador⁴⁶. Un poco después aparece el clásico libro de Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* —1925—, y tres años más tarde la obra menos divulgada y menos influyente de Rümelin, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* —1928—: «Hay igualdad cuando sería irrazonable hacer una diferenciación»⁴⁷.

En lo que hace a los importantes debates de la *Vereinigung*, en la 5.ª reunión —1925—, Heller y Wenzel reafirmarán el carácter unitario de la soberanía, y, por consiguiente, la Ley —en cuanto su manifestación exclusiva— sólo puede emanar del órgano —el Parlamento— al que el pueblo, originario detentador de la soberanía, ha confiado explícitamente la función de expresar su propia voluntad; en fin, confían a los poderes ejecutivo y judicial sólo las funciones subordinadas de la ejecución de la Ley y de la aplicación misma a los casos concretos, pero no la creación de leyes nuevas. En efecto, la profunda transformación que implica el paso del sufragio restringido al sufragio universal y el consiguiente tránsito del Estado Liberal al Estado Social y Democrático, hasta arrojar un tipo de Estado radicalmente diverso, implica asimismo el paso a la denominada concepción constitucional de la democracia a ejercerse no sólo en las formas, sino también en los límites de la Constitución, impidiéndose así su traducción en formas de absolutismo democrático⁴⁸. Que esta afirmación pueda realizarse respecto del resto de los derechos y de

⁴³ Una buena síntesis panorámica acerca del desarrollo histórico del principio en Alemania puede verse en K. Hesse, «Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 109, 1984, pp. 174 y ss.

⁴⁴ La «nouvelle doctrine», dice O. Jouanjan, «initée par Julius Hatschek en 1922 et qui avait trouvé dans la thèse du jeune Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, parue en 1925, son manifeste, oppose le “changement de signification” qu’aurait subi le principe d’égalité devant la loi, du fait de l’avènement d’une nouvelle forme d’État de droit, dans laquelle les droits fondamentaux en général, et le principe d’égalité en particulier, ne pourraient plus être simplement compris comme définissant les domaines de l’intervention exclusive d’un législateur souverain (théorie de la “réserve de la loi”, *Gesetzesvorbehalt*), mais comme des garanties matérielles accordées aux citoyens contre les interventions de la puissance publique, quel que soit leur rang juridique. Pièce maîtresse du dispositif de protection que constitue le status negativus du citoyen (G. Jellinek), l’égalité devant la loi doit donc être interprétée comme une égalité “matérielle”, s’imposant à l’administrateur et au juge tout comme au législateur et dont le contenu s’analyserait en une prohibition générale de l’“arbitraire”, «Réflexions sur l’égalité devant la loi», en *Droits*, núm. 16, 1992, p. 132.

⁴⁵ J. Hatschek, *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, Bd. I, Berlin, 1922, p. 196; tesis que defendería asimismo dos años más tarde H. Triepel, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, Berlin/Leipzig, 1924, pp. 26 y ss.

⁴⁶ J. Hatschek, *Deutsches und preussisches...*, op. cit., p. 196.

⁴⁷ La cita procede E. L. Llorens, *La igualdad...*, op. cit., p. 55.

⁴⁸ M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. La libertà fondamentali*, Vol. I, Torino, 1995, p. 18.

las instituciones del Estado no invalida precisamente la afirmación. Es el paso de la garantía de la libertad y de la igualdad mediante la Ley —para unos pocos— a la garantía de la libertad y la igualdad por y en la Ley en el marco de la Constitución, lo que dota al principio de una expansión enorme y potencialmente indefinida ⁴⁹.

No obstante, el hecho de que pueda predicarse una continuidad entre ambos tipos históricos de Estado —liberal y democrático-social— es asimismo cierto, por lo que también podrá encontrarse dentro de la lógica la posibilidad de apreciar una evidente línea de continuidad tocante a la igualdad. Ahora bien, esta línea de continuidad pretendería ser de carácter absoluto en autores como Anschütz, cuya tesis sobre el principio de igualdad había sido construida a partir de la interpretación prevalentemente literal del artículo 4 de la Constitución prusiana de 1850, de una parte, y por otra, de la posición de soberano que en consonancia con la doctrina clásica atribuye al legislador. Al repetir básicamente el artículo 109.1 de la Constitución de Weimar el contenido del artículo 4 de la Carta prusiana, dice Paladin, una amplia corriente doctrinal, encabezada sobre todo por Anschütz, sostiene tenazmente la necesidad de referirse al concepto precedente del principio, pues en realidad no ha cambiado su valor en el nuevo sistema de articulación del poder: se trataría de una norma-programa, o más concretamente de un principio interpretativo o integrador del Derecho vigente, válido sólo en cuanto las disposiciones legislativas no dispongan lo contrario; tesis que, aun cuando exteriormente impecable, se presentaba en efecto debilísima en todas sus motivaciones ⁵⁰. De esta manera, al margen de otras consideraciones, Anschütz mantuvo en su interpretación del artículo 4 de la *Preußische Verfassung* de 1850, que ciertamente el principio de igualdad ante la Ley tenía verdadera autonomía normativa independiente de sus concreciones específicas; se trataba de un principio de derecho material portador de un contenido normativo propio. Sin embargo, desde una interpretación literal del artículo 4 —*vor dem Gesetz*, en lugar de *des Gesetzes* ⁵¹— entendía que la igualdad ante la Ley era realmente la igualdad ante el juez y ante la administración, es decir, la igualdad meramente en la aplicación ⁵². Pues bien, vigente ya el artículo 109.1 de la Constitución de Weimar, admite que la garantía constitucional expresa del principio de igualdad en modo alguno es superflua, sino absolutamente necesaria en la democracia parlamentaria, pero al propio tiempo mantuvo la

⁴⁹ F. Rubio Llorente, voz «Igualdad», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Vol. III, Madrid, 2001, p. 3366.

⁵⁰ Considera que en G. Anschütz hay una interpretación literal, si bien ésta es desarrollada principalmente por Mainzer, quien argumenta no sin esfuerzo que el artículo 109.1 concierne textualmente a la *gesetzte* y no a la *zu setzende Gesetz*, imponiéndose de este modo a la igual sumisión al Derecho vigente pero no a la igual creación del Derecho nuevo, L. Paladin, *Il principio costituzionale...*, op. cit., p. 98, nota núm. 15.

⁵¹ La doble fórmula «*Gleichheit der Gesetze und vor den Gesetze*» se recogió, sin embargo, en la Constitución de Babiera de 1819, y análogamente en las Constituciones de Baden —1818—, Württemberg —1819— y Sajonia —1831—, aspecto destacado por L. Paladin, *Il principio costituzionale...*, op. cit., pp. 46 y ss.

⁵² G. Anschütz, *Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat*, Bd. I, Berlin, 1912, pp. 107 y ss.

inexistencia de motivos que obligaran a llevar a cabo un cambio de interpretación respecto de su significado tradicional⁵³. Con esta tesis coincide básicamente Thoma⁵⁴, al estimar fuera de toda duda que el artículo 109.1 de la Constitución de Weimar se refiere a la *Gleichheit vor dem Gesetz* —«*Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich*»— y no a la *Gleichheit des Gesetzes*, porque si el principio fuera verdaderamente un límite de la Ley misma, al juez se le debería confiar el control de la constitucionalidad intrínseca, lo que transformaría la democracia en una *Geröntokratie des Richtertums*⁵⁵. Por su parte, entre otros muchos autores alineados con la tesis, también Fleiner termina identificando igualdad con generalidad de la Ley; la igualdad sigue, pues, sin vincular al legislador, tan sólo vincula al aplicador del Derecho, algo rechazado con carácter general en el profundo debate alemán sobre la igualdad desarrollado durante los años veinte⁵⁶; y por lo que hace a la Administración, mantiene que está asimismo vinculada por el principio de igualdad en el ejercicio de sus poderes discrecionales⁵⁷.

Centrado ya específicamente sobre la igualdad, el debate de la *Vereinigung* —1926— pone de nuevo de relieve la aludida fuerte controversia doctrinal sobre el tema. En este sentido, sostiene Santamaría Pastor que la doctrina de Weimar se percató de inmediato del explosivo alcance de la tesis de Leibholz⁵⁸, y por ello en el debate de 1926 se generó una fuerte polémica entre los detractores y los partidarios de la tesis de la vinculación del legislador por la

⁵³ G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14.ª ed., Berlin, 1933, entre otros momentos pp. 515 y ss. y 560 y ss., y sus intervenciones recogidas en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 3, Berlin-Leipzig, 1927, pp. 47–49; G. Anschütz/R. Thoma, *Handbuch des deutschen...*, op. cit., pp. 524 y ss.; asimismo F. Giese, *Die Verfassung des deutschen Reichs, vom 11.8.1919*, Berlin, 1919, pp. 296 y ss.

⁵⁴ R. Thoma, «Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen», en *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, ed. de H. C. Nipperdey, Bd. I, Berlin, 1929, pp. 1 y ss., especialmente p. 53.

⁵⁵ R. Thoma, entre otros momentos, «Grundbegriffe und Grundsätze», en *Handbuch des deutschen...*, op. cit., Bd. II, pp. 143 y 152–153.

⁵⁶ Lo que contrasta con la ausencia de debate en Francia sobre el tema durante esta época, como resalta O. Jouanjan, «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en op. cit., p. 132.

⁵⁷ F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1925, pp. 125 y ss. En cuanto a C. Schmitt, partiendo de la crítica a las tesis de G. Anschütz, interpreta el principio de igualdad como prohibición de leyes excepcionales y, en consecuencia, sostiene asimismo que la igualdad ante la Ley es consustancial a la generalidad de la Ley, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin/Leipzig, 1926, pp. 22 y ss., donde manifiesta que «la igualdad ante una ley presupone que la ley es aplicable a más de una persona, es decir, no es una norma individual», citado por R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, p. 382, nota núm. 3. En opinión de O. Jouanjan, la concepción «singular» de C. Schmitt, como es denominada por M. Rümelin, ve en la igualdad ante la ley la expresión de la definición material de la ley inherente al Estado de derecho burgués, como norma jurídica general y abstracta: igualdad se identifica con generalidad, «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en op. cit., p. 132. Y expresa el propio O. Jouanjan que C. Schmitt no limita la vinculación de la igualdad a los órganos de aplicación, en op. cit., p. 133; ahora bien, prosigue el autor, la fórmula de la Declaración «*La loi doit être la même pour tous*», es un imperativo «*d'universalité de la loi, et non de simple généralité qui se manifeste ici*», op. cit., pp. 135–136.

⁵⁸ J. A. Santamaría Pastor, «Igualdad y Derecho Público», en AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. II, Madrid, 1991, pp. 1285–1286.

igualdad jurídica, presentándose una situación cuando menos equilibrada si es que no prevalecieron ya las opiniones favorables a las tesis de Leibholz⁵⁹, y en consecuencia, contraria a la interpretación canónica debida a Anschütz⁶⁰. Si nos fijamos en algunos de los autores más «significativos», uno de los ponentes, caso de Kaufmann, pretende terminar de una vez y para siempre con el pretendido poder mágico y mítico para la igualdad de los caracteres de generalidad y abstracción de la Ley⁶¹. Admite, en efecto, la vinculación del legislador por la igualdad jurídica, principio al que reconoce un valor suprapositivo acorde con su orientación iusnaturalista⁶², y sostiene la dificultad existente en el momento de precisar mediante una fórmula de alcance general cuándo una norma puede vulnerar el principio de igualdad jurídica⁶³. No obstante, a partir de la relación que establece entre los conceptos de igualdad jurídica y justicia, defiende la posibilidad de determinar objetivamente el contenido de esta última a partir del ordenamiento material en su conjunto⁶⁴. Según recoge Llorens, tanto Kaufmann como Leibholz entendían que si el enunciado del artículo 109.1 de la Constitución de Weimar se hubiera referido «sólo a la ejecución de las leyes, sería un truísmo innecesario, ya que es evidente que las leyes han de aplicarse y ejecutarse por igual sin consideración a la categoría de las personas»⁶⁵. Por su parte, desde su explícita adscripción al positivismo jurídico, Kelsen toma partido a favor de la tesis clásica de Anschütz en la propia reunión consagrada a la discusión sobre el principio de igualdad⁶⁶. Sin embargo, es curiosa la ausencia de referencia a la igualdad en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, publicada en 1934. Así, no deja de ser relevante que el Tribunal Constitucional alemán aceptara desde 1951 la vinculación del legislador por el principio de igualdad, e incluso el Tribunal Constitucional austríaco se decantó en igual sentido al menos desde una decisión de 14 de marzo de 1956. Teniendo en cuenta la fecha de la segunda edición de la *Reine Rechts-*

⁵⁹ M. Rodríguez-Piñero/M. F. Fernández López trasladan una evaluación discutible: «la doctrina dominante y la propia jurisprudencia sostuvieron una postura negativa, incluso a través de un argumento semántico, de que la Constitución habla de «*Gleichheit von dem Gesetz*» y no de «*Gleichheit durch das Gesetz*», *Igualdad y Discriminación*, Madrid, 1986, p. 29.

⁶⁰ O. Jouanjan se refiere a la interpretación «canonique» debida a G. Anschütz en su comentario a la Constitución prusiana de 1850, y «on retrouve autour d'Anschütz le cercle des principaux «positivistes», Richard Thoma et, il faut le souligner, Hans Kelsen», «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en *op. cit.*, p. 131.

⁶¹ E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, especialmente ahora, p. 9.

⁶² E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, p. 3.

⁶³ E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, p. 10.

⁶⁴ E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, pp. 11-12; en su opinión, la justicia no se identificaba a partir de la aplicación de normas abstractas, sino teniendo en cuenta las diversas formas de manifestación histórica, desde Aristóteles al iusnaturalismo cristiano, al tiempo que considera un error la reducción de la justicia exclusivamente a justicia conmutativa, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁵ E. L. Llorens, *La igualdad...*, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁶ H. Kelsen, «Diskussionsbeitrag», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin/Leipzig, núm. 3, 1927, pp. 53-54.

lehre —1960—, parece como si en este tema hubiera una cierta aversión del gran teórico del positivismo al propio Derecho positivo —al menos al jurisprudencial—, para terminar subsumiendo la igualdad ante la Ley en el concepto de legalidad ⁶⁷.

Una posición un punto más ecléptica es la defendida por Nawiasky en su informe también ante la *Vereinigung* —1926—, donde defiende la igualdad jurídica personal en el sentido de excluir tratamientos especiales a favor de cualquier grupo ⁶⁸. El autor se muestra partidario de no descartar la vinculación del legislador por el principio de igualdad a tenor de lo que resulta de una interpretación sistemática de la Constitución ⁶⁹; sin embargo, le asaltan serias dudas respecto de la vinculación de la igualdad jurídica al concepto de justicia, por cuanto será en último término el juez, políticamente irresponsable, el encargado de determinar qué es lo justo ⁷⁰, advertencia que Leibholz ya en 1925 había apuntado acerca de los peligros de elevar al juez a la categoría de verdadero y propio legislador sirviéndose de los criterios positivos de justicia deducidos del principio de igualdad, aunque admitiera que era un riesgo necesario ⁷¹.

Entre nosotros, en el varias veces citado estudio clásico sobre la cuestión aparecido durante la etapa republicana y debido a Llorens, se defendería la vinculación del legislador por el artículo 2 de la Constitución de 1931, con apoyo expreso en las concepciones de Kaufmann y Leibholz: «la igualdad no puede ser un requisito de la mera ejecución de las leyes (...) porque si la igualdad en el sentido de proporción, idoneidad, congruencia o justicia ha de regir en la integración política, es imprescindible que inspire el contenido de las normas, pues no puede ejecutarse con igualdad una legislación injusta» ⁷². Por otro

⁶⁷ H. Kelsen, «Justice et droit naturel», en *Le droit naturel. Annales de philosophie politique*, Vol. III, 1959, p. 57.

⁶⁸ H. Nawiasky, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 3, Berlin-Leipzig, 1927, pp. 25 y ss., especialmente pp. 36 y ss. A estos planteamientos se suma E. von Hippel, en *op. cit.*, p. 145, y «Zur Auslegung des Artikels 109 Absatz I der Reichsverfassung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 10, 1926, pp. 124 y ss. Luego coincidiría en algunos aspectos con los anteriores autores M. Rümelin, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Tübingen, 1928, entre otros momentos pp. 65 y ss., y 81 ss., y su consideración de la igualdad como *Integrationssatz*. Mientras en sentido crítico intervendría H. Triepel, «Diskussionsbeitrag», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin/Leipzig, núm. 3, 1927, pp. 50-52. En cuanto a O. Jouanjan, menciona una línea intermedia representada por M. Rümelin, H. Nawiasky y E. von Hippel, autores que rechazan restringir los efectos de la igualdad a los órganos de aplicación pero limitan el contenido del mismo a la sola obligación de generalidad de los actos legislativos, «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en *op. cit.*, pp. 131-132. Según sostiene Th. Chomé, durante el *Deutschen Juristentag* de 1931, una importante mayoría entre los juristas presentes se pronunciarían a favor de la vinculación del legislador por la Constitución y, en consecuencia, por el principio de igualdad, «Le principe d'égalité en droit de la République Fédérale Allemande», en *L'Égalité*, Vol. I, ed. de H. Buch/P. Foriers/Ch. Perelman, Bruxelles, 1971, p. 37.

⁶⁹ H. Nawiasky, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰ H. Nawiasky, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, pp. 40 y ss.

⁷¹ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, *op. cit.*, 1959, pp. 77 y ss.

⁷² E. L. Llorens, *La igualdad...*, *op. cit.*, p. 37, y más ampliamente en las pp. 141 y ss.

lado, se refiere asimismo a la aceptación por el Tribunal constitucional austriaco de la tesis de la vinculación del legislador por el principio de igualdad⁷³.

1.3.2.2. La formulación «clásica» de la denominada «nueva doctrina» debida a Gerhard Leibholz

De todos modos, la formulación que se ha hecho clásica acerca del nuevo significado de la igualdad es la de Leibholz, expuesta en su tesis doctoral y cuya primera publicación data del año 1925⁷⁴. Para Leibholz, como punto de partida, en la nueva estructura constitucional el legislador había dejado de ser omnipotente al estar ahora limitado por las garantías constitucionales de los derechos fundamentales del individuo⁷⁵ —que preceden, considera, al Estado—, entre los que se incluye el principio de igualdad y su protección frente al poder discrecional del propio legislador. Todo ello se traduce en un cambio de significado —*Bedeutungswandel*⁷⁶— de la igualdad jurídica, cambio que, en opinión de Rubio Llorente, se lleva propiamente a cabo en la realidad alemana «erigida sobre la débil base de la formulación, perfectamente convencional, contenida en el artículo 109 de la Constitución de Weimar»⁷⁷.

La interpretación del principio de igualdad en la Ley entendida en sentido genérico⁷⁸, proclama Leibholz, no debe hacerse aisladamente, sino en el contexto del sistema de valores en el que se inserta, esto es, debe ser interpretado teniendo en cuenta el profundo cambio de significado del Estado de Derecho —ahora no ya es el Estado legal meramente formal sino el Estado de Derecho material— y en atención al principio democrático⁷⁹. La igualdad jurídica entendida en sentido material, adquiere a partir de aquí verdadero significado, pues no deja de ser una ironía considerar que hasta entonces era res-

⁷³ E.L. Llorens, *La igualdad...*, op. cit., pp. 122-123; M. Rodríguez-Piñero/M. F. Fernández López, *Igualdad...*, op. cit., p. 29.

⁷⁴ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, 1925, ya aludida. En el mismo año se publica defendiendo similares puntos de vista la obra de H. Aldag, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung. Eine öffentliche Abhandlung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin, 1925, también citada. Y además de a estas obras, se refiere R. Alexy a otros trabajos de la época de Weimar en los que se defendió «la igualdad en la formulación del derecho»: H. Triepel, *Goldbilanzenverordnung und Vorrugsaktien*, Berlin/Leipzig, 1924, pp. 26 y ss.; E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en op. cit., pp. 2 y ss., y G. Holstein, «Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 10, 1926, pp. 3 y ss., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 383.

⁷⁵ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 13.

⁷⁶ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 15.

⁷⁷ F. Rubio Llorente, *La forma del poder*, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 625, nota núm. 44.

⁷⁸ En efecto, deriva G. Leibholz del artículo 109.1 de la Constitución de Weimar un sentido genérico atribuido al término Ley: «Gesetz im Sinne des Art. 109.1 ist jede Rechtsnorm. Gleichheit vor dem Gesetz bedeutet somit gleiche Bewertung durch das Recht in allen seinen Erscheinungsformen», *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 35.

⁷⁹ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 168; asimismo deduce esta vinculación del legislador por el principio de igualdad a partir del examen de la propia génesis de la Constitución de Weimar, pp. 34 y ss. Similarmente desde la atención al principio democrático ya H. Triepel, *Goldbilanzverordnung...*, op. cit., p. 28.

petada la igualdad si en realidad sólo se sometían a ella los órganos encargados de la aplicación normativa y no los encargados de su establecimiento⁸⁰. Los conceptos fundamentales de la tesis de Leibholz son la defensa de un principio general y autónomo de igualdad en tanto que derecho subjetivo constitucional fundamental, que domina el conjunto del sistema jurídico y vincula también al legislador limitando su libertad de configuración⁸¹, así como el concepto de arbitrariedad. En cuanto a la igualdad como derecho subjetivo, definido como prohibición de adoptar decisiones arbitrarias, entiende que comparte con el resto de los derechos fundamentales subjetivos su carácter negativo⁸². El principio prohíbe tratar a personas o grupos de personas situados o emplazados en situaciones esencialmente diferentes, de manera arbitrariamente idéntica, por lo que impone manifiestamente una obligación —de carácter hipotético, se subraya— a la potestad pública en beneficio del individuo o de grupos de individuos, cumpliéndose así la condición primera de todo derecho subjetivo, esto es, la existencia de un obligado y de un beneficiario, la existencia de un interés jurídicamente protegido. No obstante, reconoce que el carácter y contenido abstracto del principio plantea serios problemas para su comprensión como derecho subjetivo⁸³.

El segundo concepto fundamental, la arbitrariedad, ha sido considerado más propiamente el concepto central de esta denominada nueva doctrina sobre la igualdad jurídica⁸⁴, que Leibholz se considera en la obligación de aclarar, pues entiende que el lenguaje jurídico asocia a menudo la negación absoluta de la idea de Derecho —*absolute Negierung der Rechtsidee*— a la arbitrariedad⁸⁵. El principio de igualdad prohíbe en la producción de la Ley por el legislador los actos que se estimen arbitrarios —*Willkürlich*— según la conciencia jurídica de la época⁸⁶ —no sólo en la ejecución—. Ello supone, reconoce Leibholz, la introducción de un elemento no formal en la idea de Estado de Derecho; hay que tener en cuenta, como ha interpretado posteriormente la literatura jurídica, que en el autor se entiende la exigencia de la igualdad de trato como un elemento deducible del concepto de Estado de Derecho y tiene sus raíces en la justicia, esto es, va destinada a garantizar en la actividad estatal un *standard minimum* de justicia, a satisfacer las necesidades elementales de justicia⁸⁷. Hay arbitrariedad cuan-

⁸⁰ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 76, rechazando el autor la contraposición entre igualdad jurídica personal e igualdad jurídica material, o de la primera con el concepto de arbitrariedad.

⁸¹ En la doctrina alemana se señala la importancia de esta cualificación, y el hecho de que G. Jellinek hubiera negado a la igualdad la naturaleza de derecho público subjetivo en su clásica obra, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.ª ed., Tübingen, pp. 97 y ss.

⁸² G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 115 y ss.

⁸³ Equiparación entre igualdad y justicia distributiva propuesta por G. Leibholz, también unos años más tarde en M. Imboden, *Der Schutz vor staatlicher Willkür*, Zürich, 1945, pp. 10–12, 22; y Th. Fleiner/Z. Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht...*, op. cit., p. 404.

⁸⁴ Así, O. Jouanjan, «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en op. cit., p. 132. Y expresamente el propio G. Leibholz: «Der Begriff der Willkür ist hiernach der Zentralbegriff, mit dessen Hilfe das, was mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar ist, des näheren umschrieben werden kann», *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 247.

⁸⁵ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 72.

⁸⁶ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 87.

⁸⁷ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 72.

do una diferenciación o una igualdad de tratamiento jurídico no se basa en un fundamento razonable, objetivo y claro⁸⁸. La arbitrariedad, considera, implica una contraposición con la idea o el sentimiento de justicia, concepto este último, en efecto, «correlativo y opuesto»⁸⁹. Y, como se ha interpretado con posterioridad, esta jurisprudencia general «de justicia», considerada en un caso concreto, puede que sea comprensible o conveniente si ayuda en un expediente judicial corrigiendo incorrecciones evidentes en la última oportunidad que existe⁹⁰. Desde tal perspectiva, es cuando menos parcialmente injusta la crítica frecuente que se le ha hecho en el sentido del peligro reduccionista que implica el planteamiento, porque su idea de igualdad sería sólo un dispositivo jurídico de protección contra las acciones arbitrarias de los poderes públicos, lo que lleva, en realidad, a la confusión de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, y, lo que es peor, la idea de la igualdad tendería a desaparecer en la definición y comprensión del principio⁹¹. No obstante, este planteamiento general admite para el autor excepciones, caso las de situaciones no comparables por su singularidad o individualidad que pueden ser tratadas en sí mismas de manera arbitraria. En el Estado democrático, entendido como Estado material de Derecho, no basta con la verificación de que las decisiones adoptadas en cuanto incidan en la autonomía del individuo sean formalmente inobjectables; el paso decisivo viene dado por la idea de la rectitud material o la justicia de las mismas, porque el Estado material de Derecho también significa justicia⁹². De ahí que se haya sostenido que el propio concepto de Estado de Derecho democrático sintetiza en sí mismo toda la esencia de la noción de Derecho justo, o lo que es lo mismo, de Derecho igual, proporcional y no arbitrario, pues la igualdad constituye el núcleo esencial de la idea de justicia⁹³.

⁸⁸ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., entre otros muchos momentos, p. 237.

⁸⁹ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 72; también H. Aldag, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung...*, op. cit., p. 42. Las raíces kantianas de la conexión entre igualdad y justicia son constatadas por W. Maihofer, «Principios de una democracia en libertad», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel/K. Hesse/W. Heyde, Madrid, 1994, especialmente pp. 258 y ss. Asimismo, a la conexión inicial entre igualdad y justicia se refiere Chr. Gusy, «Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes», en *Juristische Schulung*, 1982, p. 32.

⁹⁰ K. Rennert, «Die Verfassungswidrigkeit falscher Gerichtsentscheidungen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, pp. 13 y ss.

⁹¹ Puede verse H. Scholler, *Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit*, Berlin, 1969, pp. 33 y ss.

⁹² E. Benda, «El Estado social de Derecho», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel/K. Hesse/W. Heyde, Madrid, 1994, pp. 492-493.

⁹³ Ph. Kunig, aunque el autor se decanta en contra de un principio general y constitucional de justicia derivable de la Ley Fundamental, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986, p. 337; opinión ésta que no parece ser la del Tribunal Constitucional alemán en los últimos años e incluso antes, al respecto G. Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden, 1980, p. 88. En fin, dirá H. Simon que es característica de la jurisprudencia constitucional «por ejemplo la ampliación del principio de igualdad como un elemental principio de justicia», «La jurisdicción constitucional», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel/K. Hesse/W. Heyde, Madrid, 1996, p. 851. Entre nosotros, J. J. González Encinar sostuvo que en el castellano habitual arbitrario significa pura y simplemente injusto, «Rechtsstaatlichkeit in Spanien», en *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, ed. de R. Hofmann/Marko/Merli/Wiederin, Heidelberg, 1996, pp. 167 y ss.

Leibholz es asimismo consciente de que las nociones de arbitrariedad y justicia no pueden ser fijadas de manera precisa y mucho menos definitiva, sobre manera en los casos límite, de ahí su insistencia en la idea de la «conciencia jurídica de la época»⁹⁴; la justicia, como otros valores, está indisolublemente vinculada a la vida misma, y en virtud de este ligamen en permanente evolución⁹⁵. Sólo es posible una definición general y abstracta de arbitrariedad; en cada circunstancia concreta deberá decidir el juez, y se impondrá la incorporación de elementos específicos provenientes de la realidad, extraídos de la situación concreta, por lo que habrá de valorarse si se consideran suficientes para justificar el objeto de la decisión en cuestión⁹⁶. Ahora bien, advierte, el juez que se pronuncia sobre la justicia de la Ley con apoyo en el principio de igualdad puede convertirse en el verdadero legislador⁹⁷, por eso debe limitarse a constatar si el poder público en cuestión ha transgredido o no las fronteras de la justicia. Arbitraria será tanto la Ley que trata de forma igual situaciones objetivas desiguales como la que trata desigualmente situaciones iguales, sin fundamentarse en ambos casos en una razón suficiente que permita justificar la diferencia o la identidad de tratamiento. Estamos en presencia, pues, de una igualdad de carácter relativo y proporcional —*verhältnismässige Gleichheit*—⁹⁸; y también aquí se ha criticado el rol creciente de la proporcionalidad en detrimento de la igualdad. Leibholz no cuestiona las leyes medida o las leyes individuales, pues entiende que no vulneran el principio de igualdad si el tratamiento específico aplicado a una situación concreta se fundamenta en una razón suficiente⁹⁹. La tesis del autor está claramente influida por los precedentes americano y suizo¹⁰⁰, aun cuando presenta un esfuerzo de sistematización importante. Con todo, no se puede librar de las contradicciones, ambigüedades, dificultades e inseguridades propias de la materia, que han acompañado históricamente a la igualdad y la siguen acompañando hasta el presente, en un debate permanente «que desde el cambio de significado de dicho principio ofrece niveles similares de incertidumbre»¹⁰¹.

⁹⁴ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 87. La igualdad jurídica como imperativo de justicia en G. Leibholz, dependiente del mutable ideal jurídico del pueblo y no de cánones constantes y metahistóricos, si bien el principio precede a la Constitución, es asimismo interpretado por L. Paladini, *Il principio costituzionale...*, op. cit., pp. 101-102; para esta doctrina, la igualdad exige la justa y razonable diferenciación, en contra de las «*affermazioni di positivismo, miranti a liberare i principi giuridici dalle direttive di giustizia*», op. cit., p. 106.

⁹⁵ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 58. Según expresa J. A. Santamaría Pastor, «la igualdad no debía entenderse, a juicio de Leibholz, como una mera igualación de la capacidad jurídica de todos los ciudadanos, sino como un imperativo superior, derivado de la idea de justicia», «Igualdad y Derecho Público», en op. cit., p. 1285.

⁹⁶ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 91 y ss.

⁹⁷ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 78.

⁹⁸ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 45.

⁹⁹ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 191 y ss.

¹⁰⁰ G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 36 y ss., y 78 y ss., entre otros momentos.

¹⁰¹ M. González Beilfuss, *Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 3-4.

1.3.3. *La consolidación de la «nueva doctrina» en el constitucionalismo democrático de la segunda postguerra y los intentos de evolución*

1.3.3.1. La consolidación de la «nueva doctrina»

Se recuerda con frecuencia por la doctrina científica la gran innovación que supuso la Ley Fundamental de Bonn al hacer de los derechos fundamentales, entre los que se incluye el principio de igualdad, un derecho directamente aplicable en todos los ámbitos jurídicos¹⁰², obligando, en consecuencia, a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos¹⁰³. Es decir, el constituyente reconoció sin dificultad que no se podía hablar de una verdadera garantía respecto de la aplicación igual de la Ley en el Estado de Derecho en tanto no se prohibiera al legislador tomar decisiones injustamente desiguales¹⁰⁴, porque, como ha expresado Hesse, la igualdad tiene carácter constitucional y precede a la propia Ley, por lo que esta última debe orientarse hacia la primera¹⁰⁵. No obstante, la decisión a favor de la vinculación del legislador por la igualdad es necesariamente una decisión contra la interpretación literal¹⁰⁶. Y así, durante el proceso de elaboración de la Ley Fundamental, en la asamblea de *Herrenchiemsee* se llegó a proponer la expresión: «El principio fundamental de igualdad vincula también al legislador»¹⁰⁷; y la Comisión general de redacción intentó expresar la vinculación del legislador al principio de igualdad a través de la fórmula: «El legislador debe tratar lo igual de manera igual, y lo diverso según su específica naturaleza»¹⁰⁸. Sin embargo, el texto constitucional terminaría reproduciendo la vieja fórmula, denominada «procesalista» por la doctrina científica, pero acogida con un significado amplio. En este contexto, Leibholz llegaría a ser miembro del Tribunal Constitucional alemán de 1951 a 1971, e impone su tesis con facilidad¹⁰⁹, que no es excesivamente original, como hemos visto, porque jugaba ya un rol antiguo en la jurisprudencia americana, y aún en mayor medida en la suiza. Y, según reconoce Rubio Llorente, el «nuevo significado» del principio de igualdad, cuya teorización se hizo en la Alemania weimariana, se generalizó en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y ha sido el aceptado por nuestro Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias»¹¹⁰.

Sin embargo, admitida esta vinculación del legislador, el aspecto decisivo va a ser ahora que el derecho fundamental a igualdad como «precepto fun-

¹⁰² Th. Chomé, «Le principe d'égalité en droit de la République Fédérale Allemande», en *op. cit.*, p. 38.

¹⁰³ Por todos, H. P. Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, p. 124.

¹⁰⁴ *Ibidem.*, p. 38.

¹⁰⁵ K. Hesse, «Der Gleichheitssatz in der neuen deutschen Verfassungsentwicklung», en *op. cit.*, pp. 174 y ss.

¹⁰⁶ Ch. Gusy, «Der Gleichheitssatz», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, p. 2507.

¹⁰⁷ *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart.*, Bd. I., 1951, pp. 66 y ss.

¹⁰⁸ *Ibidem.*, p. 68.

¹⁰⁹ Véase del propio G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, *op. cit.*, pp. 238 y ss.

¹¹⁰ F. Rubio Llorente, voz «Igualdad», en *op. cit.*, p. 3366.

damental» que impregna el ordenamiento jurídico sólo puede producir efectos a condición de que las «decisiones» del legislador que «programan» la actuación del resto de los poderes del Estado se encuentren ya vinculadas al principio de igualdad jurídica ¹¹¹. E igualmente importante ha sido, como admiten sin reparo, por ejemplo, Rodríguez-Piñero/Fernández López, que el modelo y la posición de la jurisprudencia alemana avalados por aquella doctrina científica, influirán «de modo decisivo en otros sistemas constitucionales, e incluso en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», influencia que reconocen «especialmente significativa en el caso italiano» ¹¹². De todos modos, después de 1949 aún hay autores en Alemania que defienden la «vieja doctrina» de Anschütz, entre otros Thoma y Bettermann en tiempos más recientes ¹¹³; o también pueden recordarse las dudas que aún evidencia una obra clásica bien conocida entre nosotros y debida a Paladin —1965 ¹¹⁴—, que siguiendo los planteamientos de Esposito, considera que la disposición sobre la igualdad, en principio, no regula el contenido de las leyes, definiendo más bien su fuerza y eficacia; en fin, Santamaría Pastor sostiene que el triunfo de «esta posición teórica, empero, no puede sino hacer aumentar el grado de perplejidad y desasosiego en el mundo del Derecho» ¹¹⁵.

Pues bien, como mantiene Alexy, el Tribunal Constitucional alemán «partió ya en sus primeras decisiones como de algo evidente de la vinculación del legislador al principio de igualdad», y, por tanto, «de la interpretación del artículo 3, párrafo 1, LF no sólo como un mandato de igualdad en la aplicación jurídica, sino también de *igualdad en la formulación del derecho*» ¹¹⁶. La decisión del Tribunal alemán de 23 de octubre de 1951 acepta la vinculación del legislador por la igualdad jurídica, si bien suele citarse con más frecuencia la Decisión de 17 de diciembre de 1953, en la que se explicita con un carácter

¹¹¹ R. Zippelius, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 15.

¹¹² M. Rodríguez-Piñero/M. F. Fernández López, *Igualdad...*, *op. cit.*, pp. 30-31. En el mismo sentido J. A. Santamaría Pastor, «Igualdad y Derecho Público», en *op. cit.*, p. 1286. Aunque de manera un tanto imprecisa acoge tempranamente la tesis de la arbitrariedad en Italia G. Balladore-Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, p. 311. Tesis asumida asimismo finalmente por el *Conseil constitutionnel* reconoce F. Luchaire, «Un Janus constitutionnel: l'égalité», en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1986, pp. 1229 y ss.

¹¹³ R. Thoma, «Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1951, pp. 457 y ss.; K. A. Bettermann, «Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit», ahora en *Staatsrecht-Vereinsrecht-Zivilrecht*, ed. de D. Merten/H. J. Papier/K. Schmidt, Köln/Berlin/Bonn/München, 1988, pp. 90 y ss.

¹¹⁴ L. Paladin, *Il principio costituzionale...*, *op. cit.*, pp. 151 y ss. No obstante, desde la Sentencia núm. 15/1960, de la *Corte Costituzionale*, el principio de igual se considera vulnerado cuando la Ley «sin motivo razonable, hace un tratamiento diferente de los ciudadanos que se encuentran en una situación igual». O la tibieza manifestada en Francia tanto por el Consejo Constitucional —hasta la decisión de 27 de diciembre de 1973— como por el Consejo de Estado, G. Braibant, «Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat», en *La Déclaration des droits de l'homme et la jurisprudence*, Paris, 1989, p. 112.

¹¹⁵ J. A. Santamaría Pastor, «Igualdad y Derecho Público», en *op. cit.*, p. 1286. Por su parte, cita F. Rey Martínez la opinión al respecto de L. H. Tribe, quien desde la tradición del *common law*, defiende el papel preponderante de los tribunales en este ámbito de la igualdad, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, *op. cit.*, p. 46.

¹¹⁶ R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 383.

más definitivo la licitud del tratamiento jurídico desigual de lo que no es igual conforme a su singularidad propia y sus diferencias, así como que por la interdicción de la arbitrariedad el poder discrecional del legislador encuentra su límite y el artículo 3.1 su contenido actual¹¹⁷; y, en fin, la Decisión de 16 de marzo de 1955 afirma con mayor claridad que el artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn significa la obligación para el legislador de no tratar aquello que es esencialmente igual de manera arbitrariamente desigual, ni aquello que es esencialmente desigual de manera arbitrariamente igual. La sentencia de 16 de junio de 1959, por su parte, declara que la Ley y el reglamento considerados son conformes al principio de igualdad «en la medida en la que las dos profesiones presenten diferencias objetivas que justifiquen la diferencia de tratamiento (...) El legislador no es completamente libre para determinar las situaciones de hecho que deben ser consideradas como suficientemente semejantes para regular de manera idéntica; debe tener en cuenta las estructuras que existen en las cosas ellas mismas». En toda esta jurisprudencia y en otras varias decisiones, se considera que el principio contiene una obligación de justificación —*Begründungsgebot*— objetiva, de racionalidad objetiva; es preciso determinar los motivos objetivos susceptibles de justificar una diferencia o una identidad de tratamiento para evitar la arbitrariedad: «el límite hacia la arbitrariedad (...) se traspasa cuando la interpretación y la aplicación del derecho ordinario ya no sea comprensible desde ningún punto de vista imaginable, en otras palabras, cuando estamos ante una decisión crasamente errónea»¹¹⁸. El hilo conductor permanente de la jurisprudencia alemana, reconoce Alexy, viene sintetizado por la frase, según la cual «la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la decisión tiene que ser calificada de arbitraria». La calificación de esta razón, reconoce, es descrita de múltiples formas en la jurisprudencia constitucional: «razón razonable»; «que surja de la naturaleza de las cosas»; «de alguna manera concretamente comprensible»; «que la falta de objetividad de la razón de la diferenciación no puede ser “evidente”»; «la razón hace que la diferenciación esté “justificada”»¹¹⁹. Se ha de encontrar, en definitiva, una razón lógica objetiva inherente o evidente que justifique la diferenciación, sea derivada o extraída de la naturaleza de las cosas, dice con frecuencia el Tribunal Constitucional alemán; de lo

¹¹⁷ El legislador, dice el Tribunal, se debe referir constantemente a la idea de justicia. Asimismo, la jurisprudencia es constante en cuanto a que el legislador no comete arbitrariedad cuando omite proceder a diferenciaciones que está autorizado a establecer, pero a tenor de lo «esencial» no está obligado a realizar. Incluso con carácter previo a la sentencia de 23 de octubre de 1951, algunas sentencias de los Tribunales Superiores de los *Länder* habían ya interpretado el principio de igualdad en el sentido de prohibición de la arbitrariedad, tal es el caso del Tribunal Constitucional de Baviera o el Tribunal superior de Hesse.

¹¹⁸ *BVerfGE* 89,1(14).

¹¹⁹ R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 395. En similares términos, y entre otras, nuestra STC 19/1982, de 5 de mayo, sostiene: «El principio de igualdad supone la obligación de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma.»

contrario, por razones de justicia ¹²⁰, la regulación debe considerarse arbitraria ¹²¹. Benda, por su parte, ha sintetizado la jurisprudencia del Tribunal en estas frases: «El postulado de justicia está estrechamente unido al mandato de igualdad de trato. La misma perspectiva orientada a la idea de justicia sirve como criterio para distinguir entre casos de igualdad o de desigualdad esencial. Se atenta contra el principio de igualdad cuando para una diferenciación de la ley no cabe hallar un fundamento razonable resultante de la naturaleza de las cosas o de otras causas adecuadas, o cuando desde la perspectiva de la justicia deba caracterizarse de arbitraria la regulación» ¹²².

De cualquier forma, si como terminamos de decir, en la *BVerfGE* de 17 de diciembre de 1953, se sostiene que por la interdicción de la arbitrariedad el poder discrecional del legislador encuentra su límite y el artículo 3.1 de la Ley Fundamental su contenido actual, la doctrina científica señala que a partir de la *BVerfGE* de 14 de febrero de 1968 esta posición se relativiza parcialmente, al afirmar que la interdicción de la arbitrariedad se integra entre los principios fundamentales del derecho y encuentra actualmente su expresión en el Derecho positivo en el artículo 3.1, así como también en parte en el artículo 3.3 de la Ley Fundamental de Bonn. A partir de aquí, sin embargo, no dejan de percibirse decisiones en las que parece que el Tribunal Constitucional alemán identifica de nuevo —ya lo había hecho en sus primeras decisiones— y sin aparentes reparos el contenido específico del principio de igualdad como una de las concreciones de la interdicción de la arbitrariedad, definida como inadecuación objetiva y manifiesta de la medida legal a la situación de hecho que regula.

En el mismo sentido, como antes se apuntó, el Tribunal Constitucional español —con apoyo doctrinal unánime—, ha aceptado desde el inicio la vinculación del legislador por el derecho fundamental a la igualdad. En la STC de 2 de julio de 1981, se sostuvo que «la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislador, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma». En similares términos se pronuncia la STC de 10 de noviembre de 1981, porque así lo afirma «taxativamente el artículo 53.1 de la Constitución», y, en consecuencia, «ninguna duda puede, pues, haber de que el legislador está obligado a observar el principio de igualdad», por lo que su inobservancia dará lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley. Y pueden verse también entre las primeras las SSTC

¹²⁰ R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 391; el trasfondo de todas las fórmulas, dice, «está constituido por el postulado de «una forma de consideración orientada por la idea de la justicia», *op. cit.*, p. 395.

¹²¹ Por ejemplo, la sentencia de 27 de mayo de 1964, en la que al no encontrarse ninguna razón válida de la naturaleza de las aludidas y que respete los postulados de justicia, se declara la inconstitucionalidad de la Ley. En términos no distantes se pronunciaría después la *Corte Costituzionale* italiana, C. Esposito, «La Corte Costituzionale come giudice della «non arbitrarietà» delle leggi», en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 2, 1962, pp. 78 y ss.

¹²² E. Benda, «El Estado social», en *op. cit.*, p. 494, y cita en su apoyo que desde las *BVerfGE*, 18, 38 (46), es jurisprudencia constante, nota núm. 35.

59/1982, de 28 de julio, 108/1984, de 26 de noviembre, y 20/1985, de 14 de febrero; por su parte, la frecuentemente citada 8/1986, de 16 de mayo, considera el principio de igualdad como un «derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentran en una misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato». Además, la expresión Ley se ha entendido en sentido amplio, comprendiendo asimismo los reglamentos, por ejemplo, SSTC 1/1984, de 16 de enero; 81/1982, de 21 de diciembre; 53/1982, de 22 de julio; 7/1982, de 26 de febrero. En cuanto a la STC 31/1984, de 7 de marzo, establece que también las normas de los convenios colectivos deberán observar el respeto al derecho fundamental a igualdad. En fin, la apelación al orden de valores en orden a la articulación del parámetro de la razonabilidad de la distinción ¹²³, es asimismo frecuente en la jurisprudencia del Tribunal español: «para admitir la constitucionalidad de una desigualdad de tratamiento resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados», por ejemplo, STC 107/1986, de 24 de julio ¹²⁴. Actualmente, en consecuencia, la opinión general de la doctrina considera indiscutible que el derecho fundamental a igualdad obliga al legislador, tesis cuya fundamentación en el artículo 14 de la Constitución española está muy difundida, aunque parezca aparentemente débil; y es textualmente débil porque esta disposición parece dar por sabido el contenido conceptual del derecho fundamental —la concordancia práctica con el artículo 9.2 pretende, sin embargo, su transformación— y, por tanto, conceptualmente entraña dificultad el convertir el «ante la ley» asimismo en un «por la ley». Más importante es que tanto en la génesis del artículo como en la configuración constitucional de los poderes constituidos a results del principio democrático, se expresa con claridad la voluntad del constituyente de obligar también al legislador ¹²⁵.

¹²³ Aunque ha sido considerado un criterio demasiado vago e indeterminado por la literatura jurídica, en Italia el principio de *ragionevolezza* como elemento esencial del juicio de igualdad ha venido siendo el principio recurrente en la argumentación de la *Corte Costituzionale*: «il principio di eguaglianza è violato quando le differenze di disciplina disposte dal legislatore appaiono prive di ogni ragionevolezza, destituite di un qualsiasi fondamento razionale apprezzabile», aun cuando, como expone P. Barile, en realidad es asimismo el componente esencial en todos los juicios de constitucionalidad, «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale», en AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994, p. 30; mientras G. Zagrebelsky expresa que el juicio de razonabilidad aplicado a la igualdad, que inicialmente tenía en este ámbito el significado único, en los momentos actuales no es ni siquiera donde se aplica más frecuentemente, «Su tre aspetti della ragionevolezza», en AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994, p. 181.

¹²⁴ Tempranamente precisaría J. Jiménez Campo que la «diferencia de tratamiento legislativo no puede perseguir como finalidad un objetivo contrario al sistema de valores constitucional, pero de ahí no debe derivarse que el objetivo a alcanzar por la norma deba tener una apoyatura constitucional expresa», «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 102 y ss.

¹²⁵ En estos términos por lo que hace al ordenamiento alemán, R. Zippelius, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 16.

1.3.3.2. La crítica, fundamentalmente científica, de la posición mayoritaria defensora de la nueva doctrina

La línea jurisprudencial brevemente expuesta, con leves excepciones, se ha dicho que encontró «consenso o ha sido simplemente aceptada»¹²⁶. No obstante, esta línea jurisprudencial siempre recibió importantes aunque minoritarias críticas doctrinales, e incluso surgió alguna voz discrepante desde el propio seno del Tribunal Constitucional alemán¹²⁷. En todo caso, la crítica a la línea jurisprudencial del Tribunal se hizo más patente desde la sentencia de 26 de marzo de 1976, en la que por primera vez se anula una sentencia judicial por entenderse que contenía una decisión arbitraria, y, en su virtud, vulneradora del artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn. El Tribunal Constitucional, diría la literatura jurídica, ha creado a partir de aquí un criterio provisional subsidiario estableciendo el control de la arbitrariedad de las decisiones de tribunales de instancias inferiores: un recurso de amparo por violación del artículo 3.1 de la Ley Fundamental puede prosperar si la decisión se basa bien en una aplicación arbitrariamente incorrecta de disposiciones constitucionales o si la estimación de los hechos presentados por un sujeto procesal es «obviamente contraria al fondo y, por tanto, objetivamente arbitraria»¹²⁸, o si, finalmente, ya no se comprende una «aplicación defectuosa del derecho considerando las ideas que dominan la Ley Fundamental, llegándose forzosamente a la conclusión de que se basa en consideraciones ajenas a los hechos»¹²⁹. Ahora bien, la sentencia precitada contenía ya un voto particular del magistrado W. Geiger en el que se acusa a la mayoría de entender el principio de igualdad como una especie de «Robin del bosque» del Estado de Derecho, o una especie de último recurso de equidad, ya que desde la perspectiva final de la sentencia todo lo inaceptable en el Estado de Derecho supone una violación del principio de igualdad¹³⁰; posición considerada por algunos autores como la crítica decisiva de esta orientación¹³¹. A juicio del autor, la jurisprudencia de la arbitrariedad encierra al menos dos peligros: de una parte, perturba de forma permanente la relación entre los tribunales de instancia y el Tribunal Constitucional Federal, aunque este último recalque que una acusación de arbitrariedad debe entenderse

¹²⁶ R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 384.

¹²⁷ R. Alexy menciona entre los críticos a N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 2.^a ed., Berlin, 1974, pp. 167 y ss.; E. Forsthooff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, pp. 134 y ss.; E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25 jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofen*, München, 1972, pp. 45 y ss.; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», pp. 55 y ss., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 384, nota núm. 13; también puede verse H. H. Rupp, «Art. 3 GG. als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, ed. de Ch. Starck, Bd. II, Tübingen, 1976, pp. 377 y ss.

¹²⁸ BVerfGE 70, 93, 97.

¹²⁹ Chr. Kirchberg, «Willkürschutz statt Grundrechtsschutz?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 1988 y ss.

¹³⁰ BVerfGE 42, 64, 79 y ss.

¹³¹ Así, F. Schoch, «Der Gleichheitssatz», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1988, p. 875.

en sentido objetivo¹³²; por otro lado, el control de arbitrariedad puede desplazar, en parte, el control de las garantías especiales de libertad e igualdad de los derechos fundamentales, y, en consecuencia, el Tribunal Constitucional debería abandonar esta dirección jurisprudencial, aunque ello implique la renuncia a una competencia jurídico-judicial de emergencia: «no todo lo que sea insoportable, desde el punto de vista de un Estado de Derecho, es censurable desde el punto de vista del Derecho constitucional por violación del artículo 3 GG»¹³³.

Centrados ya en algunas de las primeras y más significativas críticas doctrinales, expresaba Kreussler en 1972 que se había intensificado en aquellas fechas la discusión científica sobre el alcance de la vinculación del legislador y del resto de los poderes públicos por el principio de igualdad, tras años de estar marginada en buena medida la cuestión del debate doctrinal. Y, en similares términos, citaremos algunas otras publicaciones, en particular aparecidas con posterioridad a la exposición de Kreussler, que ya tienen en cuenta la posición crítica de este último y mantienen una línea argumental semejante¹³⁴. A juicio del propio autor, el debate se originó fundamentalmente a partir de las pretensiones de profundización en el desarrollo del Estado social, y, muy en particular, al hilo de la discusión sobre la tesis de la mayor libertad de configuración del legislador a la hora de conceder prestaciones —*Zur These vor der grösseren Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Gewährung von Leistungen*—¹³⁵. Pues bien, mientras Martens, por su parte, repite esta tesis, lógica a primera vista¹³⁶, Dürig señala con firmeza que el artículo 3.1 de la Ley Fundamental prohíbe también, además de cargas desiguales, beneficios desiguales¹³⁷. Ahora bien, en relación con el rechazo acertado de una regla de carga probatoria en el artículo 3.1 de la Ley Fundamental, y remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, Dürig dice en otro momento que la obligación de fundamentación del legislador era más débil cuando existía desviación del principio general de igualdad. Ambas afirmaciones de Dürig llegan a ser compatibles, o al menos se intenta por su parte; sin embargo, concluye que no cabe suponer diferencia alguna respecto

¹³² Por ejemplo, en este sentido la BVerfGE 70, 93, 97: «Dabei enthält die erfassungsgerichtliche Feststellung von Willkür keinen subjektiven Schuldvorwurf, sondern sie bedeutet in einem objektiven Sinne die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit einer Massnahme im Verhältnis zu der Situation, deren sie Herr werden will.»

¹³³ Así, BVerfGE 42, 64, 80 —*Sondervotum Geiger*—. Algunos años más tarde en esta línea se manifestaría Chr. Kirchberg, «Willkürschutz statt Grundrechtsschutz?», en *op. cit.*, pp. 1988 y ss.

¹³⁴ E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, pp. 45 y ss.; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, pp. 55 y ss. Y, con matices propios relevantes, G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. I, München, 1973, ed. de Th. Maunz/R. Herzog/G. Dürig, citamos ahora conforme a la actualización de diciembre de 1973.

¹³⁵ H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen*, Berlin, 1972, y BVerfGE 11, 50, 60.

¹³⁶ W. Martens, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, Berlin/New York, 1972, pp. 21-22.

¹³⁷ G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 345.

a la fuerza vinculante para el legislador en todos los casos referidos a prestaciones económicas importantes —por ejemplo, subvenciones—, en los que la no concesión equivaldría a una intromisión en contra de los competidores infraprivilegiados.

En todo caso, estas discusiones, y naturalmente otras varias, marcan el inicio de la crítica sobre la interpretación lacónica al uso del principio de igualdad como prohibición de arbitrariedad. En la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, la prohibición de la arbitrariedad se venía caracterizando, como se ha dicho, por criterios como pertinencia y/o conformidad a la naturaleza del objeto, naturaleza de la cosa, justicia y conciencia jurídica general o conciencia jurídica de la comunidad¹³⁸. Pues bien, el debate suscitado se pronuncia respecto a estas barreras. Mientras que el Tribunal Constitucional Federal desde la *BVerfGE* 1, 14, 52, usaba el término «naturaleza de las cosas» casi siempre de forma lapidaria y sin más grado de concreción, Dürig proporciona un planteamiento diferenciado, estableciendo por ello sus conocidos tres niveles de: carácter jurídico-natural, relaciones sociales primarias y condiciones de vida complejas¹³⁹. Sin embargo, si los tres niveles suponen del mismo modo la búsqueda de la justicia, o mejor dicho, de una justicia humana a partir de una norma legal, la respuesta no es fácil. Se propone reducir el efecto vinculante a medida que aumentan la complejidad y la discrecionalidad de las relaciones de vida subyacentes. Otra subcaracterística de la barrera de la justicia, el «motivo razonable» —razonabilidad—, es considerada por Dürig, además de por Esser, como «consensuabilidad» —capacidad de ser consensuada—. Dürig se lamentaba ya de que aún estuviera pendiente de realizar un estudio del concepto de arbitrariedad que fuera más allá de cláusulas estereotipadas tales como «motivos razonables»¹⁴⁰. No obstante, se ve obligado a admitir que la «razonabilidad» no se puede definir en sentido positivo. Pero sí se podrá llegar a un consenso, insiste, sobre lo que significa «no razonable». En este contexto, se subestima la subjetividad de la conciencia y la capacidad de discernimiento humana, aunque resulte dudoso que —como propone Dürig— la dignidad de la persona —art. 1.1 Ley Fundamental— pueda ser la base definitiva de un consenso inequívoco. Con ello, es evidente que no es posible suprimir la discrecionalidad de remitirse a la realidad, de una parte, o, de otra, a la normatividad; pero permanece la tensión entre la normatividad extrema de lo fáctico y la facticidad de las normas, que diría Heller. E idéntica reserva existe por estos sectores respecto a la siguiente «sub-barrera», la conciencia jurídica general —*allgemeinen Rechtsbewusstsein*— que Eyermann y Schweiger rechazan por inadecuada¹⁴¹. Además, los últimos autores citados critican también la subsiguiente «sub-barrera», la «justicia», como algo

¹³⁸ H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

¹³⁹ G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 311, p. 147.

¹⁴⁰ G. Dürig, «Art. Gleichheit», en *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, Bd. III, 6.ª ed., Freiburg, 1959, p. 987.

¹⁴¹ E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 49; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, p. 69.

demasiado indeterminado ¹⁴². Esta valoración incluso podría fundamentarse —de hecho así lo hacen— en la *BVerfGE* 15, 313, 319, donde la idea de justicia se relativiza por el principio de seguridad jurídica. Lo que sí es presentado por Dürig como algo extraordinariamente convincente es el argumento de que la justicia puede servir de barrera al principio de igualdad, por cuanto incluye no solamente la componente de igualdad en tanto que axioma jurídico amplio, sino del mismo modo la idea de libertad. Para el autor, libertad e igualdad no sólo son efectivamente condiciones recíprocas, sino que guardan una relación de tensión entre sí; por lo tanto —y ésta es una conclusión de Dürig—, se desdeña de manera inadmisibles el componente de la libertad si se recurre al concepto superior de justicia como único factor determinante de la libertad ¹⁴³. También Eyermann y Häberle destacan la relación tensa entre libertad e igualdad; el primero pone el acento en la libertad: cuanto más igualdad tanto menos libertad, mientras que Häberle, a la inversa, se ocupa más y concede mayor importancia a la igualdad por ser la que crea libertad para muchos ¹⁴⁴.

Ante esta discrepancia en la acentuación, se presenta —no decimos que se comparta por nosotros— como pretendidamente más razonable una posición más mediadora que la consecuencia extraída por Eyermann, quien realmente va demasiado lejos: se lamenta de tendencias niveladoras en el sentido de una socialización que, según él, contradicen el principio individualista de rendimiento y se traducen en mermas del crecimiento y en masificación ¹⁴⁵. Por muy «útil» —para algunos— que sea una observación de este tipo, su actitud básica y su crítica de la «cultura jurídica» sobre la cuestión, parece subestimar las contra-fuerzas reactivas de la sociedad. En fin, otro punto de crítica a la hora de contemplar la prohibición de la arbitrariedad es la subjetividad de la valoración que Eyermann y Schweiger rechazan ¹⁴⁶, en opinión de Kreussler con razón ¹⁴⁷. Sin embargo, Dürig —que ve subjetividad por parte del legislador— parece pasar por alto que para quienes realizan el examen de arbitrariedad son igualmente inevitables posiciones subjetivas no verificables ¹⁴⁸. Por su parte, Martens se suma a la discusión al señalar una concretización que evidentemente debe hacerse del principio de igualdad a la hora de conceder prestaciones socia-

¹⁴² E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 49; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, p. 69; H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

¹⁴³ G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, p. 64.

¹⁴⁴ E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 52; P. Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, Berlin/New York, 1972, pp. 96-98: «Gleichheitssatz und sozialer Leistungsstaat sind demnach einander zugeordnet. Der sich auf andere Grundrechtsbereiche hin entfaltende Gleichheitssatz ist für den sozialen Leistungsstaat konstituierend. Er sucht Freiheit und Gleichheit zu optimaler Realität zu bringen.»

¹⁴⁵ E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, pp. 45-48.

¹⁴⁶ E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 49; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, p. 68. En sentido asimismo crítico B. Weber-Dürler, «Chancengleichheit und Rechtsgleichheit», en *Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag*, ed. W. Haller/A. Kolz/G. MiAller/D. Thurer /Zürich, 1989, pp. 205 y ss.

¹⁴⁷ H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴⁸ G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 334.

les, pues el legislador es menos libre, es decir, cuando nos encontramos ante la realidad de que el principio del Estado social condiciona verdaderamente la aplicación del principio de igualdad ¹⁴⁹. Este punto de vista está en armonía con la fórmula de Dürig, quien entiende que «la tendencia en conjunto del principio de igualdad apunta hacia arriba» ¹⁵⁰. Además, el autor hace hincapié en otra restricción del margen legislativo, diciendo que el principio de igualdad desarrollaba un efecto más fuerte como hecho constitutivo de posibles derechos y reclamaciones cuando existan monopolios fácticos o legales por parte del Estado ¹⁵¹. Esta idea puede fundamentarse por el hecho de que, en este caso, se agravaría el efecto de intromisión de la no prestación del Estado ¹⁵². Asimismo, es muy de estimar la aclaración de Dürig en tanto señala que el Tribunal Constitucional Federal, al centrar el examen de la igualdad en la «naturaleza del objeto», concibe este punto de vista como una «consecuencia del sistema», es decir, como una barrera útil para obtener una vinculación más fuerte del legislador ¹⁵³. En efecto, el Tribunal Constitucional Federal era reacio a rebasar los ámbitos técnicos subyacentes de sus decisiones, lo que fue calificado por la doctrina como el «pensamiento de abeja» —*Binnendenken*—. Por eso, la valoración que hizo en aquel momento Dürig, según la cual el Tribunal Constitucional Federal apenas usaba la característica de la justicia del sistema como auténtica barrera de justicia material, podría ser modificada, por tanto, en el sentido de que al fin y al cabo la jurisdicción constitucional se había servido y aún se servía de este criterio cuando no destacaba explícitamente la justicia del sistema, sino que recurría en casos puntuales pragmáticamente a la misma como argumento adicional ¹⁵⁴. En este sentido, y referido a la aplicación del criterio de la justicia del sistema, podemos hacer mención de la idea de seguridad jurídica aludida por Dürig: en principio, cabe decir a propósito de la seguridad jurídica que la diferenciación de la compatibilidad debe medirse por la normativa legal existente.

En resumen, cabe decir a propósito de la cuestión decisiva de una vinculación, más fuerte o más débil, del legislador a través del principio general de igualdad, que Dürig —con la tesis dominante— defiende, en principio, un amplio margen del legislador, y, por tanto, sostiene una teoría de prohibición de arbitrariedad modificada en algún que otro punto. Además, Eyermann y Schweiger no conciben el principio de igualdad ni siquiera como prohibición de arbitrariedad, favoreciendo, al parecer, una vinculación aún menor ¹⁵⁵.

¹⁴⁹ W. Martens, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁰ G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 365.

¹⁵¹ G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 358.

¹⁵² G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 358.

¹⁵³ G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 311.

¹⁵⁴ H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss. El criterio de la justicia del sistema, dirá G. Dürig, en un caso especial de «la norma de un orden jurídico positivo», a la hora de precisar el criterio, lo avalan además el principio de salvaguardia de la confianza, la autovinculación de todos los poderes administrativos y la unidad del orden jurídico, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 326.

¹⁵⁵ E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 52; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, p. 55.

Mientras Martens defiende otro punto de vista cuando advierte que no se debe ni sobrestimar ni subestimar la importancia del artículo 3 de la Ley Fundamental para el legislador y para el resto de los poderes públicos, aunque el autor parece poner el acento en la segunda parte de la frase «... no hay razón para despreciar el mandato de igual beneficio como improductivo para la actividad creativa de normas»¹⁵⁶. Y con mayor claridad aún se manifiesta Häberle, al sostener que la tesis mayoritaria sobre el principio de igualdad ve a éste como algo inocho hasta convertirlo en mera prohibición de arbitrariedad¹⁵⁷. Se aprecia, decía Kreussler, que en la discusión del problema de igualdad los bandos estaban enfrentados; está por ver, prosigue, si algún día la jurisprudencia constitucional aprovechará los debates científicos o si piensa seguir manteniendo su punto de vista trillado. Todo ello dependería, en su opinión, entre otras cosas, de cómo continuara la discusión, de si se iba a encontrar una solución convincente que se acercara al ideal fundamental sin menospreciar las aportaciones de la práctica: si, en este supuesto, una aportación decisiva llegara a alcanzar la soberanía del planteamiento de Dürig, sería una auténtica suerte¹⁵⁸.

1.3.3.3. La denominada nueva fórmula surgida (o pretendidamente) a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 7 de octubre de 1980

El siguiente paso relevante a destacar es la sentencia de 7 de octubre de 1980, de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal alemán, en la que se plantea una especie de nueva formulación del principio de igualdad¹⁵⁹. Pues bien, una buena parte de los constitucionalistas alemanes —quizá la mayor parte— se muestran partidarios de considerar que esta denominada nueva fórmula constituye realmente un paso importante en cuanto a la determinación del contenido y alcance del derecho a la igualdad, sin que ello signifique quiebra alguna sino profundización en la línea hasta entonces mantenida¹⁶⁰. Hasta esta decisión, el Tribunal Constitucional había venido definiendo las condiciones de una violación de la igualdad recurriendo exclusivamente a la fórmula de la arbitrariedad. Según esta definición, el derecho fundamental a igualdad no se lesiona sino «en tanto en cuanto no sea posible encontrar un motivo razonable derivado de la naturaleza de la cosa o de cualquier otro motivo objetivamente lógico, es decir, cuando la determinación debe calificarse de arbitra-

¹⁵⁶ W. Martens, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁷ P. Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *op. cit.*, pp. 139-140.

¹⁵⁸ Para cuanto sigue, H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, *passim*.

¹⁵⁹ BVerfGE 55, 72 (88 y ss.).

¹⁶⁰ El calificativo y la aceptación mayoritaria como auténtica nueva fórmula, entre otros, en M. Sachs, «Die MaBstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *Juristische Schulung*, pp. 124 y ss.; R. MaB, «Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz —Ein Neuansatz?», en *op. cit.*, pp. 14-15; R. Stettner, «Die Gleichheitssatz», en *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1988, p. 548; en fin, R. Wendt, «Der Gleichheitssatz», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1988, pp. 778 y ss.

ria»¹⁶¹. En este contexto, la constatación de arbitrariedad no implica un reproche subjetivo de culpabilidad, sino que pretende ser entendida en un sentido objetivo; el factor decisivo es la desproporcionalidad real e inequívoca de una acción respecto a la situación que se pretende arreglar¹⁶².

Según jurisprudencia uniforme hasta ese momento, al legislador —legitimado directamente por la vía democrática— se le concede una amplia prerrogativa de carácter estimativo respecto a la determinación de un derecho a la igualdad de valoración extremadamente abierto¹⁶³. Se venía considerando que no le incumbe en particular al Tribunal Constitucional verificar si el legislador había optado por la solución más justa; lo único que se le exige es que sus decisiones se mantengan dentro de los límites extremos de la prohibición de arbitrariedad, por lo que también es cierto, no debe hacer distinciones evidentemente injustas. De este modo, el problema del carácter abierto de la valoración se resolvía de un modo esencialmente jurídico-funcional¹⁶⁴. Una visión así, diría la literatura jurídica, coincide con el planteamiento de orientación procesal propio de la interpretación constitucional que se puede encontrar en la doctrina americana: según este planteamiento, lo único determinante es, básicamente, la verificación de la plausibilidad —*rational basis test*—, de modo que únicamente en el caso de que se encuentren clasificaciones «sospechosas» —*verdächtigen*—, como las que incluye el artículo 3.3 de la Ley Fundamental, se impone un control más estricto¹⁶⁵. Sin embargo, la autolimitación del Tribunal Constitucional, a modo de pura fórmula, contrastaba con una jurisprudencia cada vez más diferenciada en el ámbito de los denominados derechos de libertad¹⁶⁶. Por eso, a partir de la citada sentencia de 1980, la Primera Sala ampliaba la fórmula de la arbitrariedad en el sentido de que el legislador habrá ciertamente sobrepasado los límites de la amplia libertad de creación que le corresponde, con la consecuencia de una violación del artículo 3.1 de la Ley Fundamental, si el trato desigual de los hechos regulados ya no resultaba compatible ni con la legitimidad derivada de la propia naturaleza de las cosas, ni con consideraciones orientadas por la idea de justicia. Y una situación de esta naturaleza puede darse, según confirma jurisprudencia posterior, cuan-

¹⁶¹ Por ejemplo, *BVerfGE* 55, 114, 128; R. MaB, «Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz—Ein Neuansatz?», en *op. cit.*, especialmente pp. 17 y ss.

¹⁶² L. Osterloh, «Art. 3», en *Grundgesetz-Kommentar*, ed. de M. Sachs, 3.ª ed., München, 2003, pp. 182 y ss., con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

¹⁶³ *BVerfGE* 55, 261.

¹⁶⁴ L. Osterloh, «Art. 3», en *op. cit.*, pp. 182 y ss. El Tribunal Constitucional venía considerando que el carácter antisistema de una decisión como violación de la legalidad objetiva establecida por la propia Ley puede ser indicio de una lesión del principio de igualdad, aunque no es necesariamente suficiente —*BVerfGE* 61, 138, 148 y ss.—; la libertad de configuración se concede asimismo al poder ejecutivo que también establece normas aunque sea más estrecho el margen de creación que correspondiente al legislador por existir sólo dentro del marco delimitado por la norma de habilitación legal —art. 80.1 de la Ley Fundamental—, según, por ejemplo, la *BVerfGE* 58, 68, 79.

¹⁶⁵ W. Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1987, pp. 363 y ss.

¹⁶⁶ R. Herzog, «Art. 3» en *Grundgesetz-Kommentar*, ed. de Th. Maunz/G. Dürig/P. Badura/U. Di Fabio/R. Herzog/H.H. Klein/P. Lerche/H.J. Papier/A. Randelzhofer/E. Schmidt-Abmand/R. Scholz, München, citamos en este momento conforme a la actualización de julio de 2001, Rdnr. 6

do un grupo de afectados por una norma, por comparación a otros grupos, recibe un trato desigual, pese a que entre ambos colectivos no existan diferencias de tal naturaleza e importancia que pudieran justificar la diferencia de trato ¹⁶⁷. Surge así desde 1980, como apuntamos, la que es calificada por varios autores como la nueva formulación del principio de igualdad, que supondría, dicen estos sectores doctrinales, una despedida cuando menos parcial de la antigua interpretación ¹⁶⁸. Lo más destacado de la sentencia de 1980, a decir de la propia doctrina científica ¹⁶⁹, es que se elimina cualquier referencia explícita a la arbitrariedad y a la justicia, aunque estos conceptos surgirán inevitablemente de nuevo en jurisprudencia posterior. Asimismo, se admite con claridad que el Tribunal puede sancionar la desigualdad resultante de la identidad de tratamiento otorgada a grupos situados en una situación desigual; y la propia doctrina alemana ha entendido con carácter general que la sentencia refuerza el control llevado a cabo por el Tribunal Constitucional al imponer que la desigualdad de tratamiento de los grupos entre los que no existen diferencias debe justificarse a través de una razón suficientemente fuerte, una razón de peso; en fin, la sentencia parece poner asimismo el acento en el aspecto de la «proporcionalidad de la igualdad», esto es, la relación entre la proporcionalidad y la igualdad ¹⁷⁰. De modo que ya no era la evidencia sino una estimación más sutil la que se convertía en el factor decisivo a la hora de valorar una infracción del derecho a la igualdad.

Pues bien, esta denominada nueva fórmula por sectores doctrinales, desarrollada por la Primera Sala, y según algunos adoptada también más tarde por la Segunda Sala, supone —o pretende—, se dice, un desplazamiento importante de poderes y funciones desde el legislador al Tribunal Constitucional, puesto que éste corrige ahora al legislador mucho más intensamente al limitar su margen de configuración más que antes; y, por derivación, sucede lo mismo con el juez ordinario. El Tribunal Constitucional aplica criterios de control más severos, lo que ha de tener repercusiones considerables respecto a las perspectivas de éxito de las reprochaciones de una vulneración del derecho a igualdad ¹⁷¹. Tras abandonar un criterio aislado de arbitrariedad de aplicación homogénea en el marco del artículo 3.1 de la Ley Fundamental, se obtienen categorías —aún por definir con precisión— de constelaciones de casos a los que han de aplicarse criterios de control distintos en cada uno de ellos. De este modo, en función del objeto y las características diferenciadas del principio de igualdad, se derivan límites distintos para el legislador y para el aplicador, que van desde la mera prohibición de arbitrariedad hasta una vinculación

¹⁶⁷ BVerfGE 93, 386, 397.

¹⁶⁸ F. Schoch, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 875.

¹⁶⁹ Para cuanto sigue R. Maaß, «Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz—Ein Neuansatz?», en *op. cit.*, pp. 14 y ss.

¹⁷⁰ En este sentido, M. González Beilfuss, en *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 18, nota núm. 22.

¹⁷¹ H. D. Jaras, aunque el autor deje traslucir un cierto grado de escepticismo, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en *op. cit.*, pp. 2545 y ss.

estricta a los requisitos de la proporcionalidad¹⁷². La graduación de los requisitos se deriva de la literalidad y del sentido del artículo 3.1 de la Ley Fundamental así como de su conexión con otros preceptos constitucionales: la diferente amplitud del margen de configuración del legislador se corresponde con una densidad absoluta de control a la hora de la verificación por parte del Tribunal Constitucional¹⁷³. No obstante, según se constata por la mayor parte de la doctrina científica, la Segunda Sala, los Tribunales Constitucionales de los *Länder* y el resto de los tribunales ordinarios, prosiguieron utilizando la formulación clásica¹⁷⁴. Asimismo, cuando se trata de actos individuales referidos a la igualdad en la aplicación de la Ley por el juez, la jurisprudencia de la propia Primera Sala ha continuado aplicando básicamente el denominado «*standard*» de la arbitrariedad. E incluso se observa que en la jurisprudencia relativa al control de igualdad en la legislación, esta misma Sala prosigue utilizando con frecuencia la referencia expresa al principio de justicia. En fin, en sentencias aisladas de la misma Primera Sala se alude con toda claridad al principio de igualdad «en el sentido de interdicción de la arbitrariedad»¹⁷⁵. De ahí que también no pocos autores hayan puesto en duda que la nueva formulación supusiera verdaderamente en cuanto al fondo el abandono por la Primera Sala de la formulación clásica, como es el caso de Stern o de Böckenförde¹⁷⁶. Este último autor sostiene que no existe divergencia entre la jurisprudencia de las dos Salas, porque se mencione o no expresamente la referencia a la arbitrariedad, la fórmula utilizada para describir el contenido de la igualdad jurídica sigue siendo la tradicional del test de arbitrariedad¹⁷⁷; un retorno, en definitiva, al punto de partida, quizá eso sí en términos más precisos, aunque la nueva fórmula tampoco ofrece respuestas definitivamente claras. En fin, la interpretación llevada a cabo por Alexy respecto de la jurisprudencia de ambas Salas, resume que mientras para la Primera Sala «en la aplicación de la máxima general de la igualdad tiene que haber siempre un par de comparación»¹⁷⁸, la Segunda Sala, siguiendo con mayor fidelidad la dirección marcada por Leibholz, ha reducido el principio de igualdad «a una prohibición general de arbitrariedad en cuya aplicación los pares de comparación ya no juegan nin-

¹⁷² M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *op. cit.*, pp. 124 y ss.

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 124 y ss.

¹⁷⁴ Así lo reconoce G. Robbers, «Der Gleichheitssatz», en *Die öffentliche Verwaltung*, 1988, pp. 751-752; expresamente sobre las que considera «*Divergenzen zwischen den Formulierungen beider Senate*», F. Schoch, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 875 y ss.

¹⁷⁵ Se citan sentencias como la de 4 de junio de 1985, la de 1 de julio de 1987, la de 26 de abril de 1988, la de 18 de octubre de 1989, la de 29 de noviembre de 1989.

¹⁷⁶ Por ejemplo, K. Stern, «Das Gebot zur Ungleichbehandlung», en *Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, ed. de H. Maurer/P. Häberle/W. Schmidt Glaser/W. Graf Vitzthum, München, 1990, p. 212.

¹⁷⁷ E.W. Böckenförde, «Diskussionsbeitrag», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 47, Berlin/New York, 1989, pp. 95-97.

¹⁷⁸ R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 388.

gún papel necesario»¹⁷⁹. La jurisprudencia de la Segunda Sala originó —entre otras— la crítica de Geiger, quien sostuvo que desde tal perspectiva «el examen de igualdad no sería ya lo que indica su nombre: un examen de igualdad»¹⁸⁰. Por otro lado, dice Maihofer que en relación con el artículo 3.1 de la Ley Fundamental «la carga de la prueba corre a cuenta de quien afirma la desigualdad y reivindica un trato desigual, y no a la inversa»¹⁸¹. Frente a ello, añade, «el Tribunal Constitucional sólo considera que el legislador ha vulnerado el principio de igualdad material en el Derecho, dentro de los límites de interdicción de la desproporcionalidad y de la arbitrariedad, cuando no cabe encontrar una razón que se deduzca de la naturaleza del asunto o que sea en cualquier otro modo objetivamente convincente para una identificación como igual o una diferenciación como desigual de dos situaciones»¹⁸²; una fórmula excesivamente elástica, difícil de cohesionar con la categórica afirmación de que la democracia de la Ley Fundamental es una democracia por principio hostil a los privilegios»¹⁸³.

También se ha destacado, como ya hemos aludido, que a la hora de verificar el comportamiento de las sentencias judiciales, el Tribunal Constitucional Federal lo que sigue realizando esencialmente, o en realidad lo único que realiza es un control de arbitrariedad¹⁸⁴. De este modo, una sentencia judicial vulnera el derecho a igualdad, cuando en ningún aspecto lógicamente imaginable es jurídicamente sostenible, por lo que es forzoso llegar a la conclusión de que se basa en consideraciones ajenas a la causa, lo cual es verificable aplicando criterios objetivos. La aplicación errónea del Derecho por sí sola, se considera, no convierte en arbitraria una sentencia judicial, sino que existe arbitrariedad cuando no se tiene en consideración una norma a todas luces aplicable o se malinterpreta el contenido de la norma sin llegar a una manera extrema. Mas no es lícito hablar de una interpretación arbitraria si el juez o tribunal ha examinado a fondo la situación legal y su fallo no carece del todo de una base objetiva¹⁸⁵. Además de esta denominada doctrinalmente «adhesión a la prohibición de arbitrariedad a la hora de verificar sentencias judiciales», la jurisprudencia constitucional se refiere habitualmente a la denominada «influencia de las categorías»¹⁸⁶. Quiere con ello significar que, no obstante el hecho de que en general se profesa por el Tribunal Constitucional la prohibición de la arbitrariedad, a la hora de verificar sentencias se sopesa si los tribunales sectoriales de la jurisdicción ordinaria han confirmado o/y realiza-

¹⁷⁹ R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, op. cit., pp. 388-389.

¹⁸⁰ Citado por R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 389.

¹⁸¹ W. Maihofer, «Principios de una democracia en libertad», en op. cit., p. 298.

¹⁸² BVerfGE 1, 52, y jurisprudencia constante.

¹⁸³ BVerfGE 40, 317 y ss.

¹⁸⁴ H. D. Jaras, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en op. cit., pp. 2545 y ss.

¹⁸⁵ M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en op. cit., pp. 124 y ss.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 124 y ss.

do distinciones entre personas o hechos. Y es que, considera, se incumple el mandato de igualdad del artículo 3.1 de la Ley Fundamental si los tribunales, por la vía de la interpretación de las leyes o para colmar lagunas, llegan a establecer una diferenciación que está prohibida por el propio legislador¹⁸⁷. Esto puede repercutir, de hecho lo hace, en la cuestión de cuáles son los límites que se le marcan al juez para el desarrollo o creación jurídica admisible¹⁸⁸. En este sentido, es bastante clara la línea dibujada por la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual la cláusula general de igualdad del artículo 3.1 de la Ley Fundamental impone la igualdad a la hora de aplicar la Ley como un mandato fundamental del Estado democrático y social de Derecho. En este tipo histórico de Estado el Derecho debe realizarse sin excepción, sin consideración de personas; en principio, todas y cada una de las personas tienen los mismos derechos y obligaciones en virtud de las normas. A los jueces y tribunales les está prohibido asimismo el no aplicar el Derecho vigente a favor o en contra de personas individuales y colectivos de personas. A su vez, el Tribunal Constitucional ha reconocido la facultad de los jueces ordinarios en cuanto al desarrollo y creación jurídica. En todo caso, también considera que se sobrepasan los límites de esa facultad, si el juez —vinculado a la Ley y al Derecho— niega a un colectivo de personas una ventaja que el legislador a tenor de la norma producida por él ha concedido a diferentes colectivos de personas en interés de su igualdad de trato; y si lo hace alegando motivos que, a tenor de la misma Ley, sólo le facultan en casos concretos para denegar tal beneficio.

En fin, hay una tercera cuestión a destacar, a nuestro modo de ver, tocante a la igualdad en la aplicación y la posición clásica adoptada por la jurisprudencia constitucional alemana, nos referimos a la igualdad de armas en el procedimiento judicial. El mandato de igualdad de armas en el proceso es considerado una consecuencia del «sistema» propio del principio estructural del Estado de Derecho y del principio general de igualdad. Aunque en este caso el Tribunal Constitucional Federal aplica el criterio de arbitrariedad basándose en la falta de motivos de fondo, ha comprobado, no obstante, y sobre esta base, reiteradas violaciones, al igual que en los casos en los que ha controlado a los tribunales en aspectos materiales. Admitió, por ejemplo, que existía una vulneración de la prohibición de discriminar por perjudicar a demandantes con menos medios económicos negándoles la defensa gratuita sin verificar suficientemente sus presupuestos legales. Asimismo, declaró como incompatibles una regulación de costas en el marco de las normas de competencias por vulneradora del derecho a la igualdad¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Así, por ejemplo, la *BVerfGE* 58, 369, 374; y la 74, 129, 149.

¹⁸⁸ Para cuanto sigue se ha visto fundamentalmente la *BVerfGE* 66, 331, 144; pero también se han considerado las siguientes: *BVerfGE* 65, 377, 384; 69, 248, 254 y ss.; 71, 354, 362 y ss.; 101, 239, 269.

¹⁸⁹ Puede verse sobre esta cuestión: *BVerfGE* 56, 139, 145, y *BVerfGE* 74, 78 y ss.

1.3.3.4. La discusión doctrinal en sus últimos estadios: perspectivas e insuficiencias ¹⁹⁰

1.3.3.4.1. Consideraciones previas

La doctrina alemana mayoritaria de los últimos años insiste en la idea de encontrar «puntos de vista centrales» para determinar la intensidad del análisis por lo que hace a los tratamientos desiguales referidos tanto a las personas — categorías de personas— como al fondo del asunto. Más en concreto, considera que se impone un análisis más bien estricto de tratamientos desiguales cuando diferentes grupos o categorías de personas, y no sólo diferentes circunstancias, reciban un trato desigual ¹⁹¹. En consecuencia, si la cuestión se centra en el análisis de un tratamiento desigual basado en características referidas a las personas, el elemento esencial en este caso viene determinado por el hecho de que los perjudicados se vean imposibilitados o con grandes dificultades para cumplir los hechos o las circunstancias favorecedoras ¹⁹². En términos generales, se viene considerando que ha de exigirse que la característica en cuestión sea significativa para el grupo de personas respectivo, con independencia de la norma a examinar ¹⁹³. En cambio, si son únicamente los hechos o circunstancias los que reciben tratamiento desigual, se impone un análisis más flexible ¹⁹⁴. En estos casos se habla de un trato desigual referido al fondo o referido a comportamientos, por ejemplo, cuando se hacen distinciones entre las diferentes jurisdicciones ¹⁹⁵; asimismo estamos ante un trato desigual respecto a las circunstancias si son diferentes, se menciona ejemplificativamente, las prohibiciones impuestas a adolescentes para acudir a bailes y a restaurantes. Entre las diferenciaciones basadas en las circunstancias, figuran también regulaciones técnicas «sin una referencia directa a

¹⁹⁰ Para este epígrafe 1.3.3.4, en su integridad, se han tenido en cuenta, básicamente, las siguientes referencias doctrinales: Chr. Gusy, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 2505 y ss.; K. Hesse, «Der allgemeine Gleichheitssatz in der neuen Rechtsprechung des BVerG», en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 70. Geburtstag*, ed. de P. Badura/R. Scholz, München, 1993, pp. 172 y ss.; H.D. Jaras, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en *op. cit.*, pp. 2545 y ss.; J. Lücke, «Der Gleichheitssatz», en *Juristenzeitung*, 1988, pp. 1121 y ss.; R. Maab, «Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz—Ein Neuansatz?», en *op. cit.*, pp. 14 y ss.; G. Robbers, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 749 y ss.; M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes—Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *op. cit.*, pp. 124 y ss.; F. Schoch, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 863 y ss.; R. Stettner, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 545 y ss.; R. Wendt, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 778 y ss.

¹⁹¹ Por ejemplo, BVerfGE 88, 87, 96.

¹⁹² P. Kirchhof, «Der allgemeine Gleichheitssatz», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ed. de J. Isensee/P. Kirchhof, Bd.V, Heidelberg, 1992, pp. 194 y ss.; y BVerfGE 92, 26, 52.

¹⁹³ Un trato desigual de este tipo de grupos de personas podría ser, según ejemplos a los que se alude, el hacer distinción entre obreros y empleados, entre casados y divorciados o en favorecer a los habitantes de un *Land* frente a personas residentes en otros *Länder*. En general, se considera, el ámbito de aplicación de la diferenciación en función de grupos de personas es mucho más amplio de lo que parece a primera vista.

¹⁹⁴ BVerfGE 93, 99, 111 —1995—, confirmando la jurisprudencia del Tribunal al respecto, al menos desde la sentencia de 8 de noviembre de 1989.

¹⁹⁵ BVerfGE 88, 87, 96.

las personas»¹⁹⁶. Y, finalmente, sería suficiente un análisis más bien «generoso» en los casos en los que los afectados logren acomodarse a la regulación contrarrestando los efectos negativos a través de su propio comportamiento. No obstante, por concluyente que parezca este planteamiento, su punto débil estriba en la dificultad práctica de establecer una delimitación nítida a la hora de establecer la distinción de las diferenciaciones en función de grupos de personas y/o comportamientos, porque, en última instancia, cualquier regulación referida al objeto que se quiera siempre admitirá referencias a personas si se establece una relación con personas que realizan una característica objetiva determinada¹⁹⁷. Además, en determinadas circunstancias el discernimiento es bastante difuso, pues el Tribunal Constitucional conoce en ocasiones la diferenciación directamente referida a circunstancias que, de un modo indirecto, da lugar a un trato desigual de personas y, en consecuencia, debe tratarse como una diferenciación referida a las personas. La anterior parece una afirmación un tanto absurda, pero es que, a la inversa, existe también la desigualdad de trato de grupos de personas que no se asocia a criterios referidos a personas. Pues bien, este tipo de delimitaciones difusas han de superarse, se entiende, suavizando y/o intensificando el análisis de la proporcionalidad¹⁹⁸.

Por lo que se refiere al supuesto, por demás bastante frecuente, de tratamientos desiguales con repercusiones en otros derechos fundamentales, las cosas reciben una solución matizadamente distinta. Además, en estas hipótesis, y como destaca el Tribunal Constitucional, se impone un análisis tanto más severo «cuanto más puede salir perjudicado el ejercicio de libertades protegidas por la Ley Fundamental por el trato desigual de personas o circunstancias»¹⁹⁹; lo que supone un notable paralelismo con resoluciones de la *Supreme Court* norteamericana²⁰⁰. De este modo, es muy conveniente realizar un análisis más pormenorizado o estricto de tratamientos desiguales cuando la medida en cuestión se interfiere en el ámbito protegido por otro derecho fundamental. Y pueden distinguirse dos subgrupos: las hipótesis en las que los agravios para otro derecho fundamental se derivan del hecho de que el comportamiento protegido recibe peor trato que el correspondiente comportamiento no protegido—esto ha tenido importancia en el ámbito de protección del matrimonio y de la familia según el artículo 6 de la Ley Fundamental y también en el ámbito de la libertad artística a tenor del artículo 5.3 de la Ley Fundamental—²⁰¹; pero con frecuencia es el tratamiento desigual de comportamientos amparados ambos por la Constitución el que da lugar a una vulneración del principio de igualdad. El motivo objetivo para restringir los tratos desiguales admisibles viene proporcionado por la valoración de los derechos fundamentales,

¹⁹⁶ BVerfGE 38, 225, 229.

¹⁹⁷ M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes—Willkürverbot und so genannte neue Formel», en *op. cit.*, pp. 124–126.

¹⁹⁸ BVerfGE 89, 365, 375 y ss.

¹⁹⁹ BVerfGE 91, 346, 363.

²⁰⁰ W. Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, págs. 162 y ss.

²⁰¹ La abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre estas materias, se ha extraído, básicamente, de las obras referidas en la nota núm. 190.

de la que se ha de derivar que una restricción de la libertad general de actuación del artículo 2.1 de la Ley Fundamental normalmente no se traduce en una restricción de los tratamientos desiguales, ya que este derecho fundamental, debido a su indeterminación objetiva, no contiene en cualquier caso un juicio de valor, a menos que su contenido se vea enriquecido por otras normas constitucionales²⁰². La influencia de otros derechos fundamentales proporciona también el motivo para que las definiciones del artículo 3.1 de la Ley Fundamental sean más severas cuando el Estado interviene en los derechos de libertad, sobre todo cuando suprime posiciones jurídicas, porque lo normal en estos casos es que no se vean afectados los derechos de libertad o lo sean muy poco. En tanto que respecto a la actividad de prestación por parte del Estado convendrá un análisis más bien flexible, lo que tiene su importancia de cara a la concesión de subvenciones²⁰³; ahora bien, cuando se retiran prestaciones ya concedidas, la justificación de un trato desigual requerirá normalmente un análisis más severo.

1.3.3.4.2. El análisis «de arbitrariedad»

a) *El análisis de arbitrariedad considerado en sus aspectos centrales*

El mero análisis de la arbitrariedad clásico, cuya forma concreta a pesar de todo se reconoce que con frecuencia habrá de precisarse aún más, tiene lugar cuando se trata de un tratamiento desigual basado en las circunstancias y siempre y cuando la regulación no repercuta negativamente en otro derecho fundamental. Así, entre otras, en una sentencia del año 1995, el Tribunal Constitucional alemán ha constatado un trato desigual de grupos de circunstancias, para continuar luego afirmando: «dado que la regulación puede tener repercusiones negativas en un ámbito de los derechos fundamentales amparado por la Ley Fundamental (...), el legislador (...) no estará limitado exclusivamente por la prohibición de la arbitrariedad»²⁰⁴. De otra parte, se ha estimado que merece la pena hacer una reflexión acerca de si no cabe situar también un trato igual de cosas esencialmente desiguales en el ámbito del mero análisis de la arbitrariedad. Son casos que, vistos de cerca, se refieren a un trato desigual que no se deriva del propio tratamiento jurídico, sino de repercusiones fácticas, sin embargo, se concluye, no ha sido aún posible tratar esta cuestión con detenimiento hasta el momento. Además, en otros casos especiales un análisis de la arbitrariedad es para determinados supuestos suficiente, independientemente de cuál sea el papel de los puntos de vista centrales de cara a determinar la intensidad del análisis. Se trata de casos especiales en lo que se refiere a la estructura del principio de igualdad. En este contexto entra, como ha determinado el Tribunal Constitucional, el supuesto de que el legislador no utilice en absoluto un criterio de diferenciación, dejando el trato desigual a la casua-

²⁰² J. Lücke, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 1121 y ss.

²⁰³ BVerfGE 78, 104, 121.

²⁰⁴ BVerfGE 93, 99, 111.

lidad, por ejemplo, cuando una selección se realiza por sorteo o cuando se trata de una prueba al azar supeditada al principio de la casualidad ²⁰⁵.

También entran en esta categoría de análisis los supuestos referidos a una aplicación arbitraria del Derecho. Se está ante un caso de este tipo cuando «la aplicación del derecho o del procedimiento ya no se justifican bajo ningún aspecto jurídico, imponiéndose la conclusión de que se basan en consideraciones ajenas a las circunstancias y, por tanto, arbitrarias» ²⁰⁶. Por consiguiente, se ha de estar en presencia de «una decisión notoriamente errónea» ²⁰⁷, y errores graves de aplicación del Derecho pueden ser, por ejemplo, la no consideración de una norma pertinente, o la manifiesta incorrecta interpretación de una norma. A esta categoría pertenece, además, que el fundamento de una resolución encierre una contradicción sin solución o que un tribunal se desvíe del texto clarísimo de una disposición legal sin argumentación alguna ²⁰⁸. Una vulneración de esta naturaleza del principio general de igualdad no sólo es significativa de cara a la relación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria ²⁰⁹. En las hipótesis de esta naturaleza no se procede a una comparación de las circunstancias y a la constatación resultante de un trato desigual. El recurso aquí al artículo 3.1 de la Ley Fundamental como criterio de análisis sólo tiene justificación por el hecho de que puede producirse una aplicación arbitraria del Derecho en las condiciones descritas; en la práctica el supuesto no es muy frecuente, aunque tampoco puede considerarse con el carácter de una excepción. Sin embargo, en estos supuestos se procede con mucha reserva, de otro modo, toda aplicación errónea del Derecho conculcaría el principio de igualdad. Y, en fin, el mero análisis de la arbitrariedad también se ha considerado que procede en aquellos casos en los que un trato desigual compromete a personas cuya titularidad del derecho fundamental no está clara, lo que tiene importancia para personas jurídicas de Derecho público. El Tribunal Constitucional califica un comportamiento arbitrario en perjuicio de instituciones públicas, en parte, como una violación de la vertiente meramente jurídico-objetivo del derecho fundamental a igualdad ²¹⁰, si bien, el Tribunal recurre asimismo parcialmente en su argumentación al principio del Estado de Derecho ²¹¹. Sin embargo, para la mayor parte de la literatura jurídica hay bastantes aspectos que avalan aplicar exclusivamente el principio del Estado de Derecho. Y la misma duda se plantea respecto a la aplicación arbitraria del Derecho, aunque los análisis considerados interrumpen el estudio en este momento. De cualquier modo, en la medida en que sea aplicable el artículo 3.1 de la Ley Fundamental, se trata de casos de mero análisis de arbitrariedad ²¹².

²⁰⁵ BVerfGE 91, 118, 123.

²⁰⁶ BVerfGE 86, 59, 63.

²⁰⁷ BVerfGE 89, 1, 14.

²⁰⁸ BVerfGE 71, 122, 136.

²⁰⁹ BVerfGE 96, 350, 354 y ss.

²¹⁰ BVerfGE 76, 130, 139.

²¹¹ BVerfGE 86, 148, 251.

²¹² En este sentido M. Sachs, en «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *op. cit.*, p. 127.

b) *El contenido del análisis*

En cuanto al contenido del análisis, para los casos que se acaban de describir se realiza el mero análisis de arbitrariedad, no se entra en un análisis de la proporcionalidad. En tales supuestos, el legislador tiene amplio margen de configuración. A partir de ahí, únicamente le corresponde al Tribunal Constitucional el deber de verificar «el respeto de los límites externos de la libertad legislativa de configuración»²¹³. El principio de igualdad sólo se vulnera cuando «no sea posible encontrar una razón objetiva para una regulación jurídica, por lo que, en consecuencia, hay que considerarla como arbitraria»²¹⁴; la falta de objetividad de la diferenciación debe ser evidente. Además, se impone una valoración objetiva, es irrelevante que las intenciones o la finalidad perseguida por el legislador hayan sido o no objetivas, siempre que existan puntos de vista objetivos para la diferenciación²¹⁵. En esta línea, el Tribunal Constitucional español, a través de una jurisprudencia constante, ha venido sosteniendo que «el principio de igualdad consiste en que ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales: han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permite diferenciarlo de otro, se encuentre carente de racionalidad y sea arbitrario, porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador», entre otras, STC 103/1983, de 22 de noviembre.

En consecuencia, la teoría de la arbitrariedad ha reducido el principio de igualdad a la prohibición de tratos desiguales arbitrarios²¹⁶. Esta reducción se ha visto agravada por planteamientos que conciben el principio de igualdad como un mandato de fundamentación que exige simplemente una razón objetiva de tratos desiguales. Como consecuencia de esta desdiferenciación de contenidos se generó un modelo dogmático del principio de igualdad que pretendía distinguirse básicamente de los actos de intervención y límites de los derechos de libertad²¹⁷; mientras que los derechos de libertad son considerados como un bien específico merecedor de protección y susceptibles de injerencia y limitación, no se considera al principio de igualdad como un derecho *prima facie* de este tipo, lo que tiene que ver con los criterios de los contenidos: a tenor de este entendimiento del principio de igualdad, ya no estaríamos ante algo esencialmente idéntico cuando pueda reivindicarse una razón objetiva que justifique un tratamiento desigual²¹⁸. Por lo tanto, en el análisis de la igualdad ya no entra a considerarse la distinción entre ámbitos de pro-

²¹³ BVerfGE 74, 182, 200. En similares términos entre nosotros J. Jiménez Campo: «Al control jurisdiccional (...) le corresponde determinar si existe un fundamento legítimo —el que sea— para la diferenciación introducida», «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *op. cit.*, p. 93.

²¹⁴ Por todas, BVerfGE 91, 118, 123.

²¹⁵ BVerfGE 86, 59, 63.

²¹⁶ Para cuanto sigue L. Osterloh, «Art. 3», en *op. cit.*, pp. 182-183.

²¹⁷ M. Krugmann, «Gleichheit: Willkür und Evidenz», en *Juristische Schunlung*, 1998, pp. 7 y ss.

²¹⁸ Puede verse la crítica de K. Hesse, «Der Gleichheitssatz in der neuen deutschen Verfassungsentwicklung», en *op. cit.*, pp. 186 y ss.

tección y ámbitos de garantías efectivas, que es distinción constitutiva de la dogmática de la intervención.

4.3.3.4.3. El análisis centrado fundamentalmente en el control de proporcionalidad

a) *El análisis en atención a la proporcionalidad*

Cuando se trata de una diferenciación basada en grupos de personas, o si se trata de una diferenciación directamente referida a las circunstancias que se traduce indirectamente en un tratamiento desigual de personas, se ha impuesto un análisis en atención al test de proporcionalidad. De cualquier modo, los casos de análisis de la proporcionalidad que pueden ser descritos a partir del examen de la jurisprudencia constitucional, abarcan una gran parte de tratamientos desiguales en los que se critica una violación del principio general de igualdad²¹⁹. En fin, el tratamiento desigual en función de grupos de personas, de una parte, tiene un margen muy amplio, y, por otro lado, se producen con mucha frecuencia repercusiones comprometedoras para otros derechos fundamentales.

b) *El contenido del análisis de proporcionalidad*

Como hemos aludido, la evolución más reciente —a partir de 1980 con la denominada *neue Formel*— tiende a endurecer el análisis de igualdad aplicando el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad no está constitucionalmente previsto de manera expresa, pero ha sido la vinculación entre la igualdad jurídica y la lógica instrumental de la norma la que ha conducido a su frecuente utilización por la jurisprudencia constitucional alemana, es posible que por imitación de la jurisprudencia americana, a decir de Hesse²²⁰. En el Derecho continental el principio de proporcionalidad comenzó a utilizarse a finales de siglo XIX por el Tribunal Administrativo Superior de Prusia, en una sentencia de 14 de junio de 1882 en materia de Derecho de policía; no obstante, deducido de la cláusula del Estado de Derecho²²¹, el principio ha recibido su más nítido desarrollo fundamentalmente en Alemania, tanto por virtud de las aportaciones doctrinales como sobre todo por medio de los desarrollos jurisprudenciales, en los que se ha establecido la vinculación al mismo de todos los poderes públicos²²². La construcción

²¹⁹ M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes—Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *op. cit.*, p. 126.

²²⁰ Puede verse acerca de su utilización por la jurisprudencia norteamericana L.H. Tribe, *American constitutional law*, 2.ª ed., Mineola-New York, 1988, pp. 1436 y ss.

²²¹ J. Barnes, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, p. 500. Asimismo en nuestra jurisprudencia, STC 85/1992, de 8 de junio: «al efectuar la ponderación, debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho».

²²² BVerfGE, 23, 127, 133.

actual procede, pues, de la dogmática de los derechos de libertad²²³, y configurada así desde el punto de vista de las garantías de libertad, está hecha a la medida de una relación jurídica: un Estado vinculado por los derechos fundamentales se opone a un ciudadano titular de derechos fundamentales. Por otro lado, como recuerda Barnés, el principio de proporcionalidad «no atribuye por sí mismo derechos subjetivos e intereses legítimos, presupone su existencia. No se resuelve en una suerte de derecho sustantivo o autónomo a un trato moderado. Es, eso sí, un escudo que acompaña a todo derecho»²²⁴.

Actualmente, el principio de proporcionalidad en sentido amplio es definido como la interdicción de medidas excesivas —*Übermassverbot* o prohibición de exceso de protección—, y se encuentra a su vez integrado por tres sub-principios o elementos particularizados²²⁵: 1.º Los medios utilizados para realizar el objetivo propuesto deben ser adecuados o idóneos —*Prinzip der Geeignetheit*—. De esta forma, deben permitir si no atender definitivamente al objetivo propuesto, al menos mejorar la situación en el sentido de las finalidades perseguidas; 2.º Estos medios deben ser además necesarios, indispensables —*Prinzip der Erforderlichkeit*—: así, entre todos los medios igualmente aptos para lograr el objetivo en cuestión es preciso escoger aquel o aquellos más moderados; quiere decirse el que cause el atentado más pequeño a la esfera de los intereses privados y de los derechos de los individuos²²⁶; 3º Los medios deben ser, en fin, equilibrados y proporcionados a la situación, al fin constitucionalmente legítimo perseguido, esto es, se trata de que no sean excesivos en atención al fin perseguido: *Prinzip der Verhältnismäßigkeit* o proporcionalidad en sentido estricto. Esta proporcionalidad resulta de la ponderación entre la intensidad de la lesión causada a los derechos y a los intereses privados, por un lado, y el peso o importancia del interés público en causa, de otra parte. La proporcionalidad será respetada si las fronteras de aquello que es razonablemente soportable son asimismo respetadas²²⁷, o como viene a decir

²²³ W. Kluth, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 223. No obstante, determinados autores precisan que a pesar de su moderna formulación técnico-jurídica, «la noción de proporcionalidad aparece íntimamente relacionada con la idea de justicia material y (...) ha estado presente, de un modo u otro, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico», J. Barnes, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 23.

²²⁴ J. Barnes, «Introducción al principio de proporcionalidad», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 11.

²²⁵ Asimismo nuestra STC 66/1991, de 22 de marzo: «las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan».

²²⁶ Puede verse la STC 55/1996, de 28 de marzo: «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador».

²²⁷ BVerfGE 41, 251, 264. Entre otras, la STC 340/1993, de 16 de noviembre: «cabe agregar que también es necesario, para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal diferenciación sean proporcionadas a la finalidad perseguida por el legislador, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos».

nuestro Tribunal Constitucional, «por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» —por todas, STC 186/2000—. En cuanto a la jurisprudencia constitucional española, reitera inequívocamente estos tres sub-principios. Por ejemplo, la STC 222/1992, de 11 de diciembre: «Una doctrina constante de este Tribunal —tan reiterada que su cita es ya ociosa— viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas»; o la 66/1995, de 8 de mayo: «para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto (...), si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto».

En todo caso, el análisis de la proporcionalidad como mandato derivado del principio general de igualdad se distingue en un importante punto del análisis de la proporcionalidad respecto a los derechos fundamentales de libertad, de cuya dogmática parece haberse hecho una asimilación un tanto irreflexiva²²⁸. Porque, debe asumirse que queda descartada la simple transferencia de la construcción dogmática del principio de proporcionalidad referida a los derechos de libertad al derecho a la igualdad. Sin embargo, se estima que ello no descarta la aplicación del test de proporcionalidad al principio de igualdad, sino que el control de la proporcionalidad, más bien, debe adaptarse a la estructura de este principio. La cuestión, pues, no es determinar la proporcionalidad de la intromisión en el derecho fundamental, sino la proporcionalidad del tratamiento desigual²²⁹; no se trata de la proporcionalidad de la «carga» sufrida por el titular del derecho, sino de la relacionada con la desigualdad de trato²³⁰. El alcance de la «carga» para el afectado, no se mide por el objeto de la medida en cuestión, sino por el alcance del trato diferente dispensado al grupo de

²²⁸ Algo que quizá también pueda afirmarse de nuestra propia jurisprudencia constitucional: STC 85/1992, de 8 de junio: «al efectuar la ponderación, debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de variado contenido tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares».

²²⁹ H. D. Jaras, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BverfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en *op. cit.*, p. 2549.

²³⁰ *Ibidem*, p. 2549.

personas concernidas²³¹. Se considera que deben existir motivos de diferenciación «de tal naturaleza e importancia» que justifiquen la desigualdad de trato. Sin embargo, en no pocas ocasiones suele pasarse por alto esta particularidad de la proporcionalidad —en igualdad de derechos— en informes críticos respecto a un análisis de la proporcionalidad en el ámbito del artículo 3.1 de la Ley Fundamental. Y es frecuente el alegato contra un análisis de este tipo, manteniendo que la desigualdad de trato a menudo no persigue objetivos externos, sino que se orienta por el baremo de la justicia, lo que imposibilitaría un análisis de la proporcionalidad; a lo sumo podría convencer precisamente en aquellos casos en los que basta un análisis de arbitrariedad²³². De cualquier modo, si el principio de proporcionalidad puede o no integrarse en el análisis de la igualdad, dependerá en buena medida de si los tratamientos desiguales se justifican con fines internos o externos. Porque existen diferenciaciones que enlazan con las igualdades o desigualdades relevantes respectivas de las personas comparadas y que corresponden a los contenidos de los criterios de justicia, en cuyo caso se justifican señalando estos criterios y son un fin en sí mismo, en el sentido de que no persiguen otro fin que el inmanente de justicia; en este supuesto no se ve que exista un bien jurídico con el que colisione y que permita ponderar la diferenciación, lo que viene a imposibilitar un análisis de proporcionalidad²³³. Además, un vago baremo de justicia no puede ser suficiente en los casos que correspondan al ámbito del análisis de la proporcionalidad; un trato desigual requiere un objeto o motivo justificante muy concreto²³⁴. Sin embargo, si los tratamientos normativos desiguales persiguen fines externos, entre el tratamiento desigual y la persecución del fin externo sí existe una relación fines-medios auténtica, porque la igualdad de tratamiento en sentido normativo y la persecución de fines externos admite su consideración en términos de una relación de bienes jurídicos que colisionan²³⁵. De otra parte, el resto de los elementos serán básicamente los mismos que los del análisis de la proporcionalidad en lo que se refiere al control de los derechos fundamentales de libertad. La diferenciación, de entrada, debe ser idónea para lograr el fin perseguido. Además, y en el sentido de la «necesidad», no debe poder efectuarse otra diferenciación menos onerosa; la carga causada por la desigualdad de trato «no debe tener mayor alcance de lo que justifica el objeto que legitima la desigualdad de trato»²³⁶. El fin perseguido debe legitimar el trato diferente en todo su alcance²³⁷. Y finalmente debe tenerse

²³¹ BVerfGE 92, 26, 52.

²³² B. Pieroth/B. Schlink, *Grundrechte — Staatsrecht II.*, 19.^a ed., Heidelberg, 2003, pp. 102 y ss.

²³³ G. Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

²³⁴ B. Pieroth/B. Schlink, *Grundrechte...*, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

²³⁵ G. Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.; es decir, en la medida en que los criterios de justicia para perseguir fines externos sean transgredidos, existirá una relación medios-fin auténtica, o un conflicto de bienes jurídicos, por lo que, a este nivel de límite de los límites, es posible un análisis de la proporcionalidad, que, además, se impone porque tales transgresiones entran en colisión con los derechos de igualdad individuales del perjudicado, y porque el principio de proporcionalidad tiene, precisamente y por añadidura, la función de proteger a los derechos individuales.

²³⁶ BVerfGE 85, 238, 245.

²³⁷ BVerfGE 61, 1, 28.

en cuenta la proporcionalidad en el sentido más estricto —*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*—: «la desigualdad de trato y el motivo que la justifica deben guardar una relación adecuada»²³⁸. Ahora bien, la conclusión es, a nuestro modo de ver, decepcionante, porque todo ello se traduce en una ponderación de bienes, incluida la consecuencia de que puede que ya no sean suficientes los puntos de vista justificativos de la diferenciación, como podrían ser las consecuencias o la practicabilidad de la medida.

De cualquier modo, es preciso subrayar que la vinculación al principio de la proporcionalidad se entiende que puede ser muy variada. Lo que importa, ante todo, son los puntos de vista para determinar la intensidad del análisis. Como hemos apuntado, la vinculación al principio de la proporcionalidad es más bien escasa cuando no exista desigualdad de trato de grupos de personas o no se produzcan repercusiones sobre otros derechos fundamentales; en cambio, los requisitos son mayores cuando se dan una o ambas circunstancias. Sin embargo, un examen más flexible basado en el test de proporcionalidad suele ser suficiente cuando la desigualdad de trato de grupos de personas se asocia a características «no referidas» a las personas mismas²³⁹. El Tribunal Constitucional alemán no comenta los casos en los que estas características se vinculen a personas —y no sólo a personas—; probablemente se trata de características que acompañan a una persona durante toda su vida. Lógicamente, las exigencias son particularmente elevadas en los casos en los que las características referidas a las personas se aproximan a los supuestos citados por el artículo 3.3 de la Ley Fundamental, existiendo, por tanto, el peligro de que una desigualdad de trato dispensada sobre la base de estas características se traduzca en la discriminación de una minoría²⁴⁰. Ahora bien, en la jurisprudencia alemana el principio opera de la siguiente manera: el Tribunal enmarca la igualdad en una estricta lógica medios-fines. Sólo de acuerdo con este proceder lógico puede encontrar justificación una diferencia o una igualdad de tratamiento jurídico. Esta justificación implica por así decirlo dos cuestiones: de una parte, la finalidad perseguida por el legislador debe hacer comprensible la delimitación de las categorías; de otro lado, los tratamientos jurídicos, que constituyen en definitiva los medios para la realización de los objetivos perseguidos, deben respetar una determinada proporcionalidad entre categorías. Sin embargo, como han escrito diversos autores, cual el caso de Robbers, el principio de proporcionalidad expresa ciertamente una relación medios-fin, pero el principio de igualdad no se expresa a través de una relación medios-fin²⁴¹, es un fin en sí mismo. Además, la estructura normativa del principio de igualdad contiene elementos específicos que son difícilmente explicables a partir de la idea

²³⁸ BVerfGE 85, 238, 245.

²³⁹ BVerfGE 89, 365, 376.

²⁴⁰ BVerfGE 92, 26, 51 y ss.

²⁴¹ G. Robbers, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 749 y ss. Por su parte, M. González Beilfuss mantiene que en el debate alemán surgido a partir de la «nueva fórmula», se ha puesto de relieve la dificultad de trasladar al análisis de los derechos de igualdad las categorías de elaboradas en relación con los derechos de libertad», *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 19, nota núm. 24.

de proporcionalidad, es el caso de la comparación, aunque esto sería de menor trascendencia.

No obstante, es cierto que importantes sectores de la doctrina alemana reconocen que la idea de igualdad comporta también una cierta forma de proporcionalidad²⁴² —e incluso hay sectores verdaderamente entusiasmados con el principio, quienes entre las funciones jurídicas precisas que atribuyen al Estado de Derecho —tal como antes hemos expresado— entienden se halla la de servir de matriz al principio de proporcionalidad²⁴³, y este planteamiento, como se ha apuntado, es el seguido por la jurisprudencia y mayoritariamente por la doctrina científica española²⁴⁴. Se sostiene que si la igualdad obliga al legislador a tratar de forma distinta diferentes categorías de personas debe también mantener un determinado equilibrio entre esas categorías; al tratarlas de modo diferente está obligado a hacerlo sin preferencias ni privilegios, ello implicará que cada tratamiento jurídico impuesto a las singulares categorías sea proporcionado —en el sentido de una proporcionalidad comparada— a las situaciones reales en los cuales se encuentran estas categorías. Por otro lado, se reconoce que el principio puede jugar o desempeñar una importante «función de orden», a saber, del a su vez principio general de limitación del poder del legislador al objeto de evitar su intervención en el dominio protegido por un derecho fundamental, como ha jugado en ocasiones en Alemania, pero es preciso tener en cuenta que allí los derechos fundamentales son susceptibles de ser limitados por el legislador según las previsiones de la propia Constitución, y entre nosotros la cuestión nos parece bastante más delicada, luego su importancia es o debe ser menor.

²⁴² Así, M. Kloeper, *Gleichheit als verfassungsfrage*, Berlin, 1980, pp. 58 y ss.

²⁴³ Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip...*, *op. cit.*, pp. 241 y ss.

²⁴⁴ La idea general que se ha ido desarrollando es que en la base del principio de igualdad se halla una igualdad de carácter proporcional a las situaciones, modulada en función de las circunstancias de hecho, puede verse J. Jiménez Campo, «la igualdad (...) suele requerir un examen de la proporcionalidad de la diferenciación misma», pero de inmediato matiza: «la proporcionalidad no obstanta el carácter de límite general de la legislación», *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, p. 79. Asimismo, un planteamiento cauteloso fue el mostrado en 1985 por M. Rodríguez-Piñero/M.^a F. Fernández López, *Igualdad...*, *op. cit.*, p. 79.

La figura del concierto de servicios públicos locales como modalidad de gestión indirecta

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS.—II. SITUACIÓN NORMATIVA DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.—III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS.—IV. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.—4.1. Concepto de concierto de servicios públicos locales.—4.2. Características del concierto de servicios públicos locales.—V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.—VI. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN TITULAR, EL CONCERTADO GESTOR Y LOS USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL.

I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

El concierto de servicios públicos se constituye a través de un contrato administrativo por el que una de las partes (contratista) se obliga a cambio de un precio a prestar un servicio o actividad que viene realizando en las instalaciones de su propiedad como propio de su giro o tráfico específico. Pero, antes de introducirnos en el estudio de sus características y régimen jurídico, es necesario precisar qué servicios o actividades pueden concertar las Entidades locales, es decir, cuál es el objeto del concierto.

Al tratarse de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, a la hora de determinar su objeto deberemos acudir a la legislación básica estatal y a la legislación local para ver qué entienden por servicio público ¹. Tan-

* Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

¹ Sobre el concepto de servicio público y su evolución pueden consultarse, entre otras muchas, las siguientes obras: E. García de Enterría, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP* núm. 17, 1955, pp. 87 y ss., y en *Crónica del I Congreso Iberoamericano de Municipios*, Madrid, 1956; F. Garrido Falla, «El concepto de servicio público en el Derecho español», *RAP* núm. 135, 1995; J. L. Villar Palasí, «La actividad industrial del Estado», *RAP* núm. 3, y en *Apuntes de Derecho Administrativo*, UNED, Madrid, 1974, t. I, p. 99; Gaspar Ariño, *Economía y Estado. Crisis y*

to una como otra acogen un concepto amplio como actividad prestacional de las Administraciones públicas. En el ámbito local la actual redacción del artículo 85.1 LBRL dispone que «son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias»², ése ha sido también el significado de la acepción de servicio público que contenía la legislación de contratos del Estado de 1965, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y la actual normativa contractual pública, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP).

La legislación local trata el concepto de servicio público como cualquiera de las materias sobre las que las Entidades locales pueden ejercer sus competencias excepcionando de la gestión indirecta los que impliquen ejercicio de autoridad³. El artículo 1.1 de la Ley 57/2003, de 16 de noviembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, que introduce una nueva

reforma del sector público, Marcial Pons, Madrid, 1993; Gaspar Ariño, De la Cuétara Martínez y Martínez López-Muñiz, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997; Martín Rebollo, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP* núm. 100-102, t. III, 1983; S. Martín Retortillo, «Reflexiones sobre las privatizaciones», *RAP* núm. 144, 1997; F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2000, y en «Comentario a la desafortunada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989 (asunto: Empresa municipal de Barcelona Iniciatives)», *Revista del Poder Judicial* núm. 19, 1990; E. Malaret i García, «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *RAP* núm. 145, 1998; de la misma autora, «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, 2003, pp. 567 a 608; M. Vaquer Caballería, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

² Redacción introducida por Ley 57/2003, de 16 de noviembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local (en adelante LMMGL) que ha simplificado las formas de gestión indirecta de los servicios locales al remitir sus modalidades a las previstas en el artículo 156 del TRLCAP, que no incluye la figura del arrendamiento de servicios que sí recogía el anterior artículo 85 de la LBRL. Consecuentemente, esta última modalidad gestora ha de entenderse suprimida en el ámbito local, al quedar sin el necesario soporte de la legislación básica que antes lo admitía. Sobre la amplitud del concepto de servicio público local véase J. J. Lavilla Rubira, «El contrato de gestión de servicios públicos», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra colectiva dirigida por R. Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 1996, p. 758.

³ Límite establecido en los artículos 85.2 LBRL y 155.1 LCAP para la gestión indirecta por los particulares. La LMMGL establece que no pueden gestionarse de forma indirecta, ni mediante sociedad mercantil de capital exclusivamente local, los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad. Estos servicios no se encuadran en el concepto de servicio público, sino en el de función pública inherente a los poderes públicos, por lo que deberán ser prestados directamente por la Administración al no contar con un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. No obstante, el artículo 184.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP) establece que en la concesión administrativa el órgano de contratación podrá atribuir al concesionario determinadas facultades de policía, sin perjuicio de las generales de inspección y vigilancia que le incumban a aquél. Estas facultades son distintas de las que ejerce el concesionario a través de instrucciones para cuidar el buen orden del servicio previstas en el artículo 161.b) del TRLCAP. En cualquier caso, contra los actos del concesionario en el uso de sus facultades de policía podrá reclamarse ante la Administración concedente (art. 184.2 del RGLCAP). Sobre los poderes del concesionario, *vid.* I. Sanz Rubiales, «Los poderes del concesionario de servicios públicos», *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, núm. 291, 2003, pp. 1063 a 1084.

redacción en el artículo 85.1 de la LBRL, considera servicios públicos locales los que prestan las Entidades locales en el ámbito de su competencia, la redacción anterior lo hacía por la finalidad que perseguían: «la consecución de los fines señalados como de su competencia». Queda, por tanto, vinculado el concepto de servicio público local a la realización de cualquier actividad que puedan prestar las entidades locales, siempre que se enmarque dentro de las competencias que les atribuyan las leyes sectoriales en cumplimiento de lo establecido en los artículos 25, 26 y 36 de la LBRL. Se amplía, pues, el concepto de servicio público local que no excluye su concurrencia con actividades ejercidas por el sector privado y que incluye a su vez al concepto más estricto de servicio público como servicio reservado por Ley al sector público en régimen de monopolio (art. 86.3 LBRL) ⁴. La amplitud del concepto explica que los servicios públicos locales puedan referirse tanto a actividades libres, como a actividades publicadas o reservadas a una titularidad exclusivamente pública ⁵.

Junto a este concepto amplio de servicio público, la legislación local incluye también un concepto algo más preciso, el denominado «servicio obligatorio» (art. 26 LBRL). Se trata de servicios que el legislador ha querido destacar como especialmente necesarios para la colectividad local y, por ello, en unos casos serán obligatorios en todos los municipios y, en otros, lo serán en función del número de sus habitantes. Los servicios públicos obligatorios para el municipio son prestados de forma universal porque la entidad local deberá asegurar que las prestaciones en que consistan lleguen a todos los ciudadanos por igual. Cuando su contenido es eminentemente económico coinciden además con los denominados «servicios de interés económico general» que el artículo 86.2 TCE somete a las reglas de la competencia siempre que ello no impida el cumplimiento de su misión específica ⁶. Esta misión específica, en muchos

⁴ Mestre Delgado considera que el legislador ha dejado pasar la oportunidad que le ha brindado la LMMGL para precisar y concretar algo más la noción de servicio público como categoría jurídica y su necesaria adaptación a los procesos de liberalización y desregulación («Las formas de prestación de los servicios públicos locales tras la Ley 57/2003, de 16 de noviembre de 2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local», *Revista General de Derecho Administrativo*, diciembre 2004, www.iustel.com, p. 2).

⁵ Climent Barberá señala que el concepto amplio de servicio público local se deduce tanto del artículo 25 de la LBRL, que establece las competencias municipales, como del juego interpretativo de los artículos 85 y 86 de la LBRL y 95 del TRRL. De la interpretación conjunta de ambos grupos de preceptos hay que concluir que la utilización de las expresiones «servicios públicos locales» y «actividades de iniciativa económica» son fundamentalmente sinónimos (*Legislación de Régimen Local, Generalidad de Valencia*, 1987, p. 241).

⁶ E. Malaret considera que la noción comunitaria de servicios de interés económico general expresa la realidad de una actividad empresarial gestionada por un ente público o privado, sometida al interés general y a reglas de distinta consideración en orden a su relación con el mercado y con la disciplina de la competencia («Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?», *REAL*, núm. 291, 2003, p. 607). Sobre la noción de servicios de interés económico general véanse también T. de la Quadra Salcedo, «Servicios públicos versus servicios de interés general tras el Tratado de Ámsterdam», *Revista Aranzadi*, junio 1998; del mismo autor, *Corporaciones locales y actividad económica*, Marcial Pons, Madrid, 1999; J. L. Martínez López-Muñiz, «Servicio público, servicio universal y obligación de servicio público en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», ponencia presentada en el *IV Congreso Luso-Español de Derecho Administrativo*, Coimbra, 2000.

casos, no permite sujetar los contratos de gestión de estos servicios a las Directivas comunitarias sobre contratación pública, debido a que la titularidad de los mismos puede estar reservada exclusivamente a los distintos Estados miembros atribuyéndoles derechos especiales o exclusivos al margen de la competencia ⁷.

Pero también la normativa local regula el concepto de «servicio esencial reservado por Ley a las entidades locales» (art. 86.3 LBRL) ⁸. Estos servicios se refieren a actividades que han resultado publicadas por Ley básica en aplicación del artículo 128.2 CE y que, por ello, han sido sustraídas a la iniciativa privada en la medida que tales actividades se refieran a servicios esenciales y vitales para los ciudadanos ⁹.

Como vemos, en el ámbito local existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con el artículo 85 de la LBRL. Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad como servicio público local no convierte a la Entidad local en titular exclusiva de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones o de los particulares. De esta manera pueden considerarse servicios públicos locales los que prestan los Entes locales siempre que cumplan los

⁷ El contrato de gestión de servicios públicos es desconocido como tal en el ámbito comunitario de la contratación pública. Existieron diferentes intentos para realizar su regulación pero todos ellos fracasaron. Por tanto, no figuró comprendido en la Directiva 92/50/CEE, relativa al contrato de servicios, en cuya tramitación se suprimió un precepto relativo a este tipo de contrato. Por ello la Comisión Europea ha dedicado varias comunicaciones interpretativas a las concesiones en el Derecho comunitario, dada su creciente importancia en la realización y financiación de grandes obras de infraestructuras y equipamiento. Ello no quiere decir que los servicios públicos, al no contemplarse expresamente en las Directivas de contratos públicos, queden fuera de las normas y principios del Tratado, pues, en la medida que conlleven la prestación de actividades económicas estarán sometidos a sus disposiciones (arts. 28 a 30 y 43 a 55) y a los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, acuñados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Véanse las nuevas Directivas sobre contratación pública, 18/2004/CE y 17/2004/CE, de 31 de marzo de 2004, relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, y a los contratos en los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales respectivamente, publicadas en el *DOUE* de 30 de abril de 2004.

⁸ El artículo 86.3 de la LBRL declara la reserva a las Entidades locales de una serie de servicios de carácter esencial: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; mataderos, mercados y lonjas centrales y transporte público de viajeros. De la redacción inicial de este precepto han sido excluidos los servicios mortuorios (Real Decreto-Ley 7/1996) y el suministro de gas (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos). Sobre el procedimiento administrativo para la prestación de estos servicios, véase el trabajo de E. Arana García, *REAL*, núm. 291, pp. 77 a 86, y la STS de 1 de febrero de 2002 (Ar. 1590, citada en el mencionado trabajo), que, a pesar de tratarse de servicios públicos esenciales, exige al Pleno del Ayuntamiento el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, ya que la Entidad local había creado para su prestación una empresa sujeta al Derecho mercantil con la consiguiente sustracción de los principios del Derecho público.

⁹ *Vid.* R. Gómez Ferrer Morant, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Estudios sobre la Constitución española (Libro Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría)*, t.V, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3821-3822, y A. Gallego Anabitarte, «Actividades y servicios municipales. Competencia municipal general o según Ley. Una controversia», Estudio preliminar a la obra de J. Ortega Bernardo, *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 23.

requisitos del artículo 85 de la LBRL, aunque no puedan considerarse de titularidad local ¹⁰.

De lo señalado hasta aquí podemos deducir que el objeto del concierto en el ámbito local como contrato de gestión de servicio público consiste en cualquier actividad o servicio dirigido al público que haya sido asumido como competencia de la Entidad local ¹¹.

II. SITUACIÓN NORMATIVA DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

E. Malaret considera que el concierto surge en el ámbito de la beneficencia a finales del siglo XIX, siendo el resultado de una transformación lenta de las relaciones de fomento de carácter unilateral en relaciones de tipo más estable con un marcado carácter bilateral ¹². Esta bilateralidad fue positivizada en la Ley de Contratos del Estado de 1965, asumiendo definitivamente su naturaleza contractual.

Debido a las circunstancias en las que se origina el concierto de servicios públicos, su regulación y aplicación han contado con una finalidad eminentemente social y asistencial. Paja Burgoa ¹³ señala que la primera alusión específica al concierto de servicios públicos la encontramos en el artículo 210 del Estatuto Municipal de 1924, que, en referencia a los servicios benéficos, disponía que «no se admitirán (en el presupuesto) otras partidas de beneficencia municipal que las correspondientes a establecimientos organizados y dirigidos por el propio Ayuntamiento o a conciertos entre éste y establecimientos benéficos de otra Corporación». El Estatuto Municipal de 1925 también hace referencia en su artículo 127 al concierto de servicios benéficos: «Las diputaciones podrán, sin embargo, concertar con establecimientos privados o públicos de la misma provincia los servicios expresados.» Posteriormente, la Ley de

¹⁰ Así lo señala la STS de 23 de mayo de 1997 al explicar el significado de servicio público local que resulta del artículo 85 de la LBRL. Véase A. Ballesteros Fernández, «Servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, 2003, pp. 87 a 101.

¹¹ El objeto de este contrato, como el de todo contrato administrativo, tiende a satisfacer directamente una finalidad pública de la específica competencia de la Administración y consistirá en satisfacer las prestaciones propias del servicio público. Por ello, el contratista asume la prestación y gestión de la actividad en lugar de la Administración.

¹² E. Malaret García, «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?, *op. cit.*, p. 585.

¹³ J.A. Paja Burgoa, «La gestión de los servicios públicos locales: el concierto», *RIVAP* núm. 37, 1993, p. 327; Véanse también F. Albi, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 731 y 729; A. Gallego Anabitarte, «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo», *Libro Homenaje a Juan Galván*, Madrid, 1980, pp. 191 y ss. A. Menéndez Rexach, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: Especial referencia al concierto sanitario», en *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*, Tercer Congreso de Derecho y Salud, ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 1994; Díaz Lema, *Los conciertos educativos*, Marcial Pons, Madrid,

Régimen Local de 1955 restringe los conciertos sobre servicios benéficos a las diputaciones provinciales y no con carácter general, sino para algunos servicios concretos; su artículo 247 establecía que «en tanto no sean organizados, las diputaciones provinciales podrán concertar con establecimientos públicos o privados, a ser posible de la misma provincia, los servicios de reclusión manicomial, de leprosería y antituberculoso». El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio (en adelante RSCL), atribuye al concierto una mayor amplitud regulándolo en los artículos 143 a 147.

De esta primera regulación caben destacar determinadas características del concierto: *a)* Limitación de su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo; *b)* supone la utilización de medios ajenos a la entidad concertante, por falta o insuficiencia de bienes propios; *c)* no conlleva la creación de una nueva persona jurídica y se podrá suscribir con entidades y particulares residentes dentro o fuera del territorio de la entidad concertante; *d)* tiene una duración limitada, pues se extinguirá automáticamente cuando la entidad concertante instale y ponga a funcionar un servicio análogo al concertado. Para el RSCL el concierto tiene carácter subsidiario y transitorio, ya que su duración está limitada hasta que la Entidad local esté en condiciones de asegurar su prestación por sus propios medios. Nada especifica el RSCL sobre su naturaleza jurídica.

En cualquier caso, como hemos visto, las posibles dudas sobre la naturaleza jurídica del concierto de servicios públicos quedaron zanjadas por la Ley de Contratos del Estado de 1965 (LCE), que al regular el contrato de gestión de servicios públicos incluye el concierto entre las modalidades que se pueden adoptar, especificando que podrá celebrarse con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las del servicio que se concierta (art. 66.3). Algo más explícito fue el Reglamento General de Contratos del Estado de 1975 (RGCE) al concretar en su artículo 205 que «la modalidad del concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tengan análogo contenido al del respectivo servicio. La duración de los conciertos no podrá ser superior a ocho años, salvo que el Gobierno acuerde expresamente un plazo superior o prorrogue el inicialmente convenido». En el desarrollo reglamentario contractual se aprecian matices que contrastan con la regulación del RSCL. Los perfiles tan nítidos del concierto como forma de gestión subsidiaria y transitoria se difuminan, porque podrá utilizarse cuando «convenga», por razones de eficacia, sin que se excluyan los supuestos en que la Administración tenga instalado el servicio con medios propios. Por otra parte, desaparece el límite temporal al facultar al Gobierno para que pueda fijar un plazo superior al máximo señalado en el Reglamento, que se convierte en una referencia no vinculante ¹⁴. Posteriormente, la LBRL de 1985 vuelve a considerar al concierto

¹⁴ Ideas extraídas del trabajo de A. Menéndez Rexach, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: Especial referencia al concierto sanitario», *op. cit.*, pp. 84-85.

como una modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos locales (art. 85) y el TRRL de 1986 (art. 108) ¹⁵ modifica la duración establecida anteriormente en el RSCL.

Por otra parte, en el marco de las relaciones interorgánicas e interadministrativas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992), incluye en el artículo 15 la figura de la encomienda de gestión: «la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público, podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño». El mismo precepto especifica que su régimen jurídico no será de aplicación cuando la realización de las actividades haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, ajustándose en esos casos a la legislación contractual pública. De esta forma el artículo 15 de la Ley 30/1992 aclara un poco la confusa situación creada entre el concierto y otras figuras que por su similar finalidad pueden tener características análogas, tema que trataremos más adelante.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, también recogió la figura del concierto como una modalidad de gestión indirecta de servicios, así como el vigente TRLCAP (art. 156), que admite la celebración de conciertos con persona natural o jurídica que vengan realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público. El artículo 181 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) concreta algo más la figura especificando que «la modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio». Como vemos, la normativa en vigor, constituida por los artículos 154 a 170 del TRLCAP junto al artículo 181 del RGLCAP, vuelve a incidir en algunos de los aspectos contemplados anteriormente por la LCE y el RGCE.

E. Malaret señala que la previsión normativa del concierto ha ido perdiendo especificidad propia, porque a pesar de ser la forma más generalizada de prestación de aquellos servicios vinculados directamente a necesidades vitales de las personas (educación, sanidad, servicios sociales), el legislador no ha adoptado una disciplina jurídica adecuada y coherente con esas necesidades a satisfacer, ni las relaciones con los usuarios cuentan con un marco legal estable dota-

¹⁵ El artículo 108 del TRRL fijó un plazo máximo que no podía exceder en ningún caso de cincuenta años. Hoy, el artículo 157 del TRLCAP, considerado básico por la disposición final primera, señala un plazo máximo ordinario para el contrato de gestión de servicios públicos de 25 años; 50 años cuando el contrato comprenda la ejecución de una obra y la explotación de un servicio público; y de 10 cuando se trate de servicios sanitarios.

do de suficiente concreción¹⁶. De todas formas, a pesar de esta parquedad, las modalidades de gestión indirecta están, en principio tasadas, por lo que todos los supuestos previstos en la legislación sectorial, cualquiera que sea su denominación, deben ser reconducibles a alguna de las formas previstas en la legislación básica general. Ello no impedirá que leyes sectoriales, al tener el mismo rango, puedan introducir formas específicas de gestión.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS

A pesar de que la dogmática jurídica recomienda a los estudiosos del Derecho un riguroso tratamiento de los términos jurídicos, pues de ellos deriva un concepto y de éste un régimen jurídico a aplicar, las relaciones derivadas de un concierto o de un convenio se las viene calificando como si no fuesen dos figuras determinantes de un régimen jurídico diferenciado. No existen criterios seguros para el manejo de las categorías ni una definición precisa sobre su régimen jurídico. La normativa vigente no utiliza con precisión las figuras del convenio y del concierto y entremezcla sus perfiles perdiendo así sus rasgos de diferenciación. Los conciertos y los convenios tienen en común el dato de que ambos son técnicas de colaboración con la Administración pública para llevar a cabo actividades que ésta tiene encomendadas, pero difieren sustancialmente por su naturaleza jurídica, los conciertos de servicios públicos son contratos administrativos para la prestación de determinadas actividades, mientras los convenios son resoluciones administrativas necesitadas de aceptación que persiguen cierta vinculación y colaboración del sector privado con el público para el desempeño de actividades de interés general. Los convenios se refieren a la vinculación de instancias privadas o públicas en su conjunto con el sector público, los conciertos, a la prestación de determinados servicios. Por último, desde un punto de vista competencial, la regulación de ambas figuras es distinta, mientras la referida a los conciertos tiene el carácter de legislación básica, la que concierne a los convenios es meramente supletoria, puede ser, por tanto, desplazada por la legislación autonómica¹⁷.

Si analizamos la normativa general o sectorial, la jurisprudencia e incluso algún sector doctrinal, podemos apreciar una utilización indistinta y algo

¹⁶ Y añade que a pesar de su significación y su utilización masiva no ha sido todavía objeto de atención por parte de la doctrina española. Cita como único trabajo específico la obra del profesor L. M. Díaz Lema, *Los conciertos educativos*, Marcial Pons, Madrid, que el autor aborda desde una perspectiva material muy concreta (E. Malaret, «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local...», *op. cit.*, p. 586).

¹⁷ En el caso de los convenios celebrados entre los Entes locales, el Estado o una Comunidad Autónoma, el artículo 57 de la LBRL se remite a «las formas y a los términos previstos en las leyes». Por su parte, el artículo 9 de la Ley 30/1992 especifica que su regulación será conforme a la legislación local y, con carácter supletorio, a lo establecido en su propio Título I, en concreto a lo dispuesto en el artículo 6. El ámbito propio de los convenios son las competencias no exclusivas, es decir, las compartidas, concurrentes o conjuntas de las Entidades locales, no siendo así en los conciertos. *Vid.* Lliset Borrel, «Los convenios interadministrativos de los Entes locales», *REDA*, núm. 67 (1990), pp. 389-398.

imprecisa de los términos «convenio» y «concierto» para referirse a las relaciones bilaterales entre entidades públicas o entre éstas y personas de Derecho privado. La legislación autonómica¹⁸ en muchos casos asimila los convenios de centros privados a la red pública y los conciertos para la prestación de servicios a través de dichos centros privados. La doble modalidad de vinculación se difumina ante la falta de precisión de los términos, que a veces se invierten, aplicándose la denominación de «convenio» a lo que es «concierto» y viceversa¹⁹. La STS de 18 de febrero de 2004 señala la confusión existente entre los convenios de colaboración y los contratos administrativos a causa de la ausencia de una definición legal de los convenios e incluso de un concepto doctrinal netamente perfilado sobre su naturaleza jurídica.

Un ejemplo claro de la confusión de términos y de la falta de claridad en cuanto a la naturaleza jurídica del concierto la encontramos en la STS de 7 de octubre de 2003, en la que se interpreta el concierto celebrado entre el Instituto Nacional de la Salud y el Consejo General de Colegios de Farmacéuticos sobre las condiciones de ejecución de la prestación farmacéutica. El Tribunal consume todos sus esfuerzos en explicar a las partes que el concierto debatido no es una norma reglamentaria, tampoco un acto administrativo, ni un contrato de prestación de servicios público, sino «un acuerdo o convenio enmarcado en la acción concertada o de coordinación administrativa cuya fuente legal es el artículo 107.4 de la Ley de Seguridad Social de 1974, y cuyo procedimiento se reguló en su momento por la Orden Ministerial de 14 de marzo de 1967». Otro ejemplo lo encontramos en la STS de 4 de julio de 2003, que intentando clarificar los conceptos atribuye a los convenios de colaboración las siguientes notas:

- a) Los convenios suelen perseguir finalidades más amplias que los contratos y aunque tienen ciertas concomitancias con los contratos, en cuanto corresponden a una concurrencia de voluntades coincidentes sobre determinados objetivos orientados a una específica finalidad, rebasan o exceden el específico concepto del contrato.

¹⁸ Así, el artículo 29.2 de la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León, utiliza el término «convenios singulares» para referirse a la vinculación de los centros privados a la red pública y a esta misma vinculación se le denomina «concierto singular» en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud (arts. 60 y 77).

¹⁹ En ocasiones se denomina «convenio» a la forma de instrumentar la vinculación de un establecimiento privado a la red hospitalaria pública y «concierto» la relación con centros no integrados en dicha red en caso de insuficiencia de sus medios. Otras veces el convenio y el concierto aparecen como modalidades alternativas y aparentemente indistintas de vinculación a la red pública junto a otras fórmulas de gestión integrada o compartida. Por último, el convenio y el concierto se superponen, de modo que se establecen conciertos con los establecimientos y centros incluidos en la red pública y también para la prestación de la atención primaria, ejemplo de ello es la Orden de 30 de junio de 1992 del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña. En sentido análogo, convenios para la afectación de bienes y derechos de las Entidades locales al Servicio de Salud Gallego [art. 15.c.) de la Ley gallega 1/1989, de 2 de enero, de creación del Servicio Gallego de Salud]. Sobre los conciertos en materia sanitaria, véase A. Menéndez Rexach, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: Especial referencia al concierto sanitario», *op. cit.*

- b) Mayor amplitud también del objeto del convenio frente al objeto del contrato. Las prestaciones derivadas de un convenio exceden de las prestaciones características del contrato ²⁰.

El término «convenio» es polivalente, existen convenios internacionales, convenios colectivos de trabajo, convenios entre entidades públicas del mismo o diferente nivel territorial y convenios entre éstas y entidades o personas de Derecho privado. En todas estas figuras subyace un fondo de negociación o pacto que persigue la colaboración en el desempeño de tareas comunes o la armonización de intereses contrapuestos ²¹. Menéndez Rexach señala que «bajo el término «convenio», con un trasfondo paccionado, se instrumentan relaciones jurídicas de diferente naturaleza: en unos casos se trata de pactos con efectos vinculantes entre las partes; en otro, resoluciones unilaterales necesitadas de aceptación y, en muchos, simples compromisos de intenciones sin eficacia jurídica vinculante. La calificación de un acto jurídico como «convenio» no es en absoluto decisiva para determinar su régimen jurídico» ²².

Cuando los convenios se suscriben entre entidades públicas territoriales, éstas se sitúan en pie de igualdad jurídica en cuanto actúan de forma voluntaria y no coactivamente, ninguna puede, formalmente, imponer su criterio a la otra, se trata de técnicas de cooperación o colaboración ²³. Los convenios celebrados entre la Administración y los particulares encubren también distintas relaciones jurídicas y pueden contener notas de coacción (convenios expropiatorios) y de voluntariedad (convenios de colaboración). Se trata de relaciones bilaterales en las que no nacen *ex novo* derechos y obligaciones (como suce-

²⁰ Véanse los Informes de la Junta Consultiva de Contratación de 13 de junio de 1984, 15 de octubre de 1985, 4 de abril de 1989, 28 de julio de 1994, 11 de diciembre de 1994 y 20 de marzo de 1997, donde se especifica que los convenios celebrados con entes públicos a diferencia de los convenios celebrados con particulares pueden tener por objeto contratos regulados por la Ley de Contratos o por normas administrativas especiales. La STS de 13 de octubre de 1999, analizando el convenio celebrado por un ayuntamiento y una organización sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de asistencia técnica sanitaria en las playas, extrae algunas diferencias entre ambas figuras.

²¹ Menéndez Rexach se hace eco de la insuficiente elaboración doctrinal en España de una teoría general de los convenios regidos por el Derecho Administrativo (relaciones bilaterales), puesta de relieve hace ya muchos años por el profesor Entrena Cuesta (*Consideraciones sobre la teoría general de los contratos en la Administración*). El citado autor manifiesta que el empeño hoy es más necesario por cuanto las relaciones bilaterales se han intensificado extraordinariamente en el marco de la actual organización territorial del Estado (en lo que afecta a convenios interadministrativos) y en referencia a los convenios con personas de Derecho privado, por el nuevo talante que se impone a los poderes públicos, abocados a negociar con los ciudadanos en muchos ámbitos en los que la decisión unilateral no basta para asegurar la consecución de los objetivos que se persiguen (A. Menéndez Rexach, «Las fórmulas de gestión indirecta de los servicios sanitarios: Especial referencia al concierto sanitario», *op. cit.*, p. 76).

²² A. Menéndez Rexach, *op. cit.*, p. 76.

²³ A diferencia de las técnicas de coordinación en las que en última instancia existe siempre una capacidad de decidir preponderante de acuerdo con los intereses en presencia. La coordinación entra en juego cuando falla la cooperación, como se desprende del sentido del artículo 4.1.b) de la Ley 30/1992, y de los artículos 57, 58 y 59 de la LBRL. Véase A. Gallego Anabitarte, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1994, pp. 211 y ss.

de en el contrato), lo único que hacen las partes es ponerse de acuerdo en la forma de cumplir una obligación legal previamente existente ²⁴. Así lo especifica la STS de 18 de febrero de 2004 declarando que «un sector de la doctrina científica parte de la idea de que la auténtica naturaleza de un convenio de carácter administrativo, como categoría diferente al contrato propiamente dicho, supone la existencia de un elemento transaccional que a su vez implica la preexistencia de una relación jurídica, sea de origen voluntario o impuesta por la Ley, de suerte que el convenio afecta de alguna forma a la medida y extensión de las obligaciones derivadas de dicha relación jurídica (los convenios urbanísticos, expropiatorios y fiscales serían un buen ejemplo de ello)» ²⁵.

Por su parte, el término «concierto» tampoco es unívoco, con él se expresan realidades diversas. Generalmente se viene utilizando para referirse a un conjunto de relaciones en las que intervienen las instituciones públicas negociando con los agentes económicos y sociales privados y, en algunos casos, con el mismo sector público sin imposición unilateral, sino buscando un equilibrio entre los intereses en juego respectivos. Existen conciertos económicos, fiscales, educativos, urbanísticos, sanitarios, etc., con un régimen jurídico diverso y distinto. Algunos son normas elaboradas con un procedimiento especial; otros son resoluciones administrativas necesitadas de aceptación; otros, verdaderos contratos. Estos últimos gozan de cierta sustantividad y de un significado específico en nuestro ordenamiento como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos.

Consecuentemente no ha de ser la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio jurídico concreto la que determine su regulación, sino la real naturaleza del mismo la que ha de imponer el régimen jurídico a aplicar. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diferentes informes ²⁶ ha venido señalando que en el marco de las relaciones de colaboración existen algunas dificultades en la aplicación de la legislación de contratos a los entes públicos, manifestadas en una serie de normas como las relativas a la acreditación de determinadas circunstancias, por lo que en lugar de encauzar estas relaciones a través de una forma contractual se instrumentan por vías de colaboración y cooperación. Y si bien es cierto que la inexistencia de contraprestación económica dotando de carácter esencialmente gratuito al negocio jurídico celebrado, o la concurrencia de supuestos excepcionales previstos en la normativa en vigor, pueden permitir prescindir, en algunos casos,

²⁴ El peligro que entraña hoy la Administración concertada (convenios con particulares) es que, en algunos supuestos, pueda quebrar el principio de igualdad en cuanto suponga un trato discriminado de situaciones análogas. La aplicación de la ley mediante resoluciones conlleva mayores garantías de objetividad y, por tanto de igualdad, al subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho abstracto contenido en la norma.

²⁵ Y añade el Tribunal que las diferencias también se han contemplado desde el punto de vista de la contraposición entre una relación bilateral —con recíprocos derechos y obligaciones— y las de carácter plurilateral y asociativo que conjunta actividades de la Administración y de los administrados para el cumplimiento de una común finalidad de interés público (Fundamento Jurídico cuarto de la STS de 18 de febrero de 2004).

²⁶ Informes anteriormente citados en la nota 20.

de las exigencias impuestas por la normativa de contratación pública, ello no quiere decir que fuera de los supuestos excepcionales previstos legalmente se pueda obviar su cumplimiento mediante la utilización de la fórmula del «convenio de colaboración» en lugar de la del contrato administrativo.

En la actualidad la necesidad de mantener a ultranza los principios de igualdad, competitividad, publicidad y libre concurrencia que conforman el ámbito de la contratación administrativa viene reforzada a través de las Directivas sobre contratación pública²⁷, por lo que las entidades públicas deberán observar fielmente los principios anteriormente mencionados, sin otras excepciones que las que se deriven del régimen uniforme comunitario de las Directivas correspondientes. En este sentido se ha pronunciado la STJUE de 13 de enero de 2005, que vuelve a condenar a España por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas sobre contratación pública²⁸, entre otros temas, por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP [art. 3, apartado 1.º letra c)] a los convenios de colaboración celebrados por las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas que constituyan contratos públicos a los efectos de las Directivas europeas.

Por todo ello y por unas mínimas razones de seguridad jurídica, se hace necesario encauzar y utilizar cada categoría jurídica a través de su correspondiente régimen.

Concluiremos, tal como iniciábamos este trabajo, incidiendo que el concierto de servicios públicos locales es un contrato administrativo de gestión

²⁷ En concreto, la Directiva 89/665, de 21 de diciembre de 1989, en materia de recursos, y en la actualidad las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, energía, transportes y los servicios postales, así como de los contratos públicos de obra, suministro y servicios que han refundido respectivamente las anteriores Directivas 93/38, 92/13, 93/37, 93/36 y 92/50. El incumplimiento de las mismas dio lugar a la condena del Estado Español por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Sentencias de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, motivando la modificación del TRLCAP a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que ha introducido una nueva redacción al apartado 1.º del artículo 2 y a la Disposición adicional sexta, además de añadir un nuevo artículo 60 bis y una nueva Disposición adicional 16.ª. Las modificaciones se refieren a los contratos celebrados por sociedades mercantiles públicas que según el TJUE incumplían el contenido de las Directivas europeas. Sobre este tema puede verse mi trabajo *La contratación de las sociedades en manos de las Administraciones Públicas: principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

²⁸ La STJUE de 13 de enero de 2005 es fruto de un recurso interpuesto por la Comisión Europea solicitando al Tribunal de Justicia que declare que España ha incumplido las obligaciones impuestas por el TCE y las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas, entre otros temas, al excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP los convenios de colaboración interadministrativos, en concreto los celebrados por la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas, puesto que algunos de estos convenios pueden tener la misma naturaleza que los contratos públicos. El Tribunal declara que conforme al artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado por escrito a título oneroso entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste para que esté sometido al ámbito de aplicación de las citadas Directivas, y condena por este motivo a España al excluir *a priori* de forma genérica del ámbito de aplicación del TRLCAP las relaciones entre las Administraciones públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones.

de servicios públicos (art. 5 TRLCAP) por el que una de las partes se obliga a prestar a otra un servicio a cambio de un precio. Se trata de una modalidad de gestión indirecta muy proclive a moverse en el campo de las prestaciones sociales, que puede, en algunos casos, suscitar ciertas dudas con el contrato administrativo de servicios. La diferencia entre ambos tipos de contratos viene motivada por la noción de servicio público y su encomienda a un particular (contrato de gestión de servicios), y por la existencia, en otro caso, de servicios, que no merecen el calificativo técnico de públicos en sentido estricto y que un particular presta directamente a la Administración contratante. En el concierto, el adjudicatario realiza la prestación del servicio público a los usuarios, mientras en el contrato de servicios, la entrega de bienes o la prestación de servicios se hacen solamente a favor de la Administración ²⁹.

IV. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

4.1. Concepto de concierto de servicios públicos locales

Venimos señalando que el concierto de servicios públicos locales es un contrato administrativo celebrado por la Administración con otras instancias, mediante el que se concreta la forma de prestar y gestionar determinadas actividades con medios ajenos a la Administración concertante ³⁰, a cambio del abono de una cantidad alzada que se fija atendiendo a módulos de coste efectivo ³¹. Es un contrato celebrado entre la Administración titular del servicio público y una persona privada o pública propietaria de las instalaciones que necesita el servicio, cediendo el contratista a la Administración la utilización de tales instalaciones a cambio de un precio alzado. Es necesario que los servicios contratados por la entidad local estén ya instalados y en funcionamiento. Esta modalidad contractual en su regulación actual ha perdido el carácter sustitutorio y transitorio que le atribuye el RSCL para convertirse en una opción ordinaria y estable de prestación de servicios. En esta dirección se

²⁹ Sobre la diferencia entre ambos tipos de contratos véase el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/95, de 24 de octubre, en referencia a los contratos celebrados por el INSALUD con otras entidades para la prestación de los servicios de litotricia renal, resonancia nuclear magnética, hemodiálisis, transporte sanitario y de oxigenoterapia domiciliaria.

³⁰ Los estrechos contornos normativos y doctrinales de esta modalidad de gestión indirecta de servicios públicos y su problemática han sido puestos de relieve por E. Malaret en «Administración Pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del Estado de bienestar», en AAVV, *Los servicios sociales de atención a la tercera edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. También en J. M. Díaz Lema, *Los conciertos educativos*, Marcial Pons, Madrid.

³¹ El pago de un tanto alzado resulta de la estimación de diversos factores: valor de utilización de las instalaciones, de los servicios personales, de la amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc. La legislación local establece que el precio será inalterable durante el plazo previsto en el concierto, lo que no deja de ser una innecesaria rigidez procedente del clásico planteamiento del principio de riesgo y ventura. Véase L. Morell Ocaña, «La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años», *RAP*, núm. 150, 2000, p. 406.

pronuncia el artículo 181 del RGLCAP al señalar que el concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio. Tanto en el ámbito estatal, autonómico como en el local, el marco en el que el concierto ha encontrado su mayor desenvolvimiento ³² ha sido en el ámbito de los servicios sociales (educación, sanidad, cultura, deportes, asistencia social).

4.2. Características del concierto de servicios públicos locales

El contrato de gestión de servicios públicos regulado en los artículos 154 a 170 del TRLCAP y 180 a 186 del RGLCAP, no es un contrato único, el artículo 156 del TRLCAP establece una serie de modalidades contractuales (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta) que se diferencian entre sí por la forma en que la Administración encomienda o transfiere su actividad prestacional al contratista, es decir, según se articule la colaboración y la relación contratista-Administración, de la que dependerá su régimen jurídico ³³.

Estas modalidades contractuales y su específico régimen jurídico se distinguen en función de la naturaleza del riesgo que asuma el contratista. Mientras en la concesión el contratista gestiona el servicio por su cuenta y riesgo, en la gestión interesada el contratista gestiona el servicio en colaboración con la Administración que, por ello, participa de los resultados de la explotación en la proporción que establezca el contrato. Por su parte, en el concierto, el contratista (persona natural o jurídica que gestiona el servicio) asume un riesgo atenuado, ya que viene realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público y, finalmente, en la sociedad de economía mixta, la Administración asume un riesgo limitado por su participación minoritaria en la sociedad gestora. Como vemos, el riesgo podrá ser total, compartido, atenuado o limitado, según sea la modalidad de gestión elegida. Ahora bien, no debemos olvidar que actualmente el riesgo no recae en exclusiva sobre el contratista, sino que lo comparte la Administración que, en determinados supuestos, está obligada a compensar al contratista en virtud del principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato. En este sentido se ha pronunciado la STS de 15 de junio de 1999 (art. 6449), declarando que el principio general de riesgo y ventura no

³² Mestre Delgado considera el concierto local como un modo de prestación de los servicios públicos con otras entidades públicas o privadas y con los particulares, utilizando, a tal fin, los servicios que unos y otros tuvieran establecidos, sin que el concierto origine la creación de una nueva persona jurídica («Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular la concesión», *Tratado de Derecho Municipal*, obra colectiva dirigida por S. Muñoz Machado, t. II, Civitas, Madrid, 2003, p. 1467).

³³ Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que el contrato de gestión de servicios públicos no es una figura contractual única, sino que bajo su rúbrica se encubre una pluralidad diversa de técnicas contractuales (E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, p. 711).

sólo quiebra en los supuestos de fuerza mayor, sino también cuando la Administración produce una alteración en la ejecución del contrato³⁴.

La menor intensidad en la colaboración del contratista en el concierto de servicios públicos locales será también el resultado de la menor incidencia del gestor en la prestación del servicio. Así, las consecuencias jurídicas del concierto van a proyectarse en la situación del gestor frente a la Administración, modulándolas con la lógica propia de su posición.

Otra diferencia esencial entre el concierto y las demás modalidades de gestión de los servicios públicos locales la podemos encontrar en los aspectos económicos de la actividad a prestar. La concesión es una técnica mediante la cual la Administración suple su carencia de recursos recurriendo a la iniciativa privada, que con su capital y esfuerzo ofrece las prestaciones estipuladas, ateniéndose a la regulación del servicio establecida por aquélla y percibiendo de los usuarios unos ingresos por las tarifas del servicio que le permiten recuperar la inversión realizada, sufragar los costes de explotación y obtener un razonable beneficio empresarial³⁵. Sin embargo, el concierto no encuentra su razón de ser en el contenido económico del servicio, las prestaciones a gestionar afectan, en muchos casos, a derechos fundamentales (sanidad y educación, por ejemplo), y cueste lo que cueste, la Administración está obligada a prestarlas y el empresario no podrá actuar movido exclusivamente por los esquemas habituales dirigidos a la obtención de un beneficio. La motivación y la finalidad del concierto ha de radicar en la obtención de una mayor eficacia en la prestación del servicio público, para lo cual la Administración rea-

³⁴ Sobre los principios de «riesgo y ventura» y «mantenimiento del equilibrio económico y financiero» en los contratos de gestión de servicios públicos, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 30 de octubre de 2000, señala que el principio de «riesgo y ventura» incluido para todos los contratos en el artículo 98 del TRLCAP queda atenuado por el principio de «mantenimiento del equilibrio económico y financiero». Este último principio se establece en el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 163 del TRLCAP como contrapartida al *ius variandi* de la Administración y como derecho del contratista cuando, como consecuencia de las modificaciones de la Administración, se altere el equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación. Los dos principios se articulan a través de mecanismos que por circunstancias extraordinarias e imprevisibles permiten una alteración de la prestación del contratista cuando la Administración se vea en la necesidad de modificar lo previamente pactado.

³⁵ Los textos legislativos ponen de relieve que la concesión de servicios públicos comporta cierto privilegio, la exclusividad en la prestación del servicio y su valoración económica. Prueba de ello es que el período durante el que se otorga la concesión se calcula en razón al beneficio que se obtendrá por el cobro de tarifas, en un mercado no competitivo. Esta situación no resulta ya de la antigua municipalización con monopolio del servicio, sino de la voluntad de que determinadas actividades o servicios sean asumidas y gestionadas en exclusiva debido a factores de diversa índole. Sobre la posición del concesionario pueden verse los trabajos de I. Sanz Rubiales, «Los poderes del concesionario de servicios públicos», *op. cit.*; J. F. Mestre Delgado, «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular la concesión», *op. cit.*, pp. 1447 y ss.; E. Bordón Iglesias y C. Molina Pérez, *Introducción a los servicios locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*, MAP, Madrid, 1991, pp. 226 y ss.; J. A. Carrillo Donaire, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 525; F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, 4.ª edic., Civitas, Madrid, 1999, p. 68; F. Lliset Borrel y J. A. López Pellicer, *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, 2.ª edic., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2002, p. 422; Gariño Ortiz, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 348.

liza un contrato con el fin de aprovechar la actividad privada que tenga un contenido análogo al del referido servicio.

La regulación del concierto —tal como hemos señalado anteriormente— no ha sido objeto de un desarrollo detallado ni pormenorizado, por lo que para describir sus características fundamentales deberemos atenernos a los esquemas perfiles legales que lo configuran. Sus notas fundamentales, sin ánimo de exhaustividad, serían las siguientes:

- a) No se puede aplicar a los servicios que impliquen ejercicio de autoridad —nota común a todas las modalidades de gestión indirecta— (arts. 85.3 LBRL y 155.1 TRLCAP) ³⁶. La gestión indirecta de servicios públicos se admite en los servicios que tengan un contenido económico susceptible de explotación por empresarios particulares.
- b) En la actualidad el concierto se configura como una forma habitual de prestación del servicio, en contraste con el carácter subsidiario y transitorio que se le atribuía en épocas pasadas (art. 181 RCAP) ³⁷.
- c) Su objeto es la prestación de un servicio público local con medios ajenos. No se exige que la Administración concertante carezca de medios propios, sino, simplemente, que tenga en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos ³⁸.
- d) Se puede suscribir con entidades públicas o privadas y con los particulares y no supone la creación de una nueva persona jurídica (arts. 143 y 145 RSCL).
- e) La Administración ejercerá funciones de inspección sobre los aspectos administrativos y económicos relativos al servicio concertado.

³⁶ Estos artículos —considerados básicos— disponen que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad, precisando el artículo 92.2 de la LBRL que su cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcionarial. La LBRL considera servicios que implican ejercicio de autoridad las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que se reserven legalmente los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función. Debe señalarse, no obstante, que en la práctica los efectos de esta prohibición no son satisfactorios desde el punto de vista de la seguridad jurídica, tal y como se desprende del debate surgido en torno al régimen jurídico de las inspecciones técnicas. A pesar de ello esta regla ha impedido la encomienda a terceros de los servicios de recaudación, obligando a separar la gestión material del ejercicio de prerrogativas. Sobre este tema véanse, entre otras muchas, las SSTs de 11 de enero de 2002, 28 de marzo de 2000, 31 de octubre de 1997 y 5 de marzo de 1993, y los trabajos de I. Sanz Rubiales, «Los poderes del concesionario de servicios públicos locales», *op. cit.*, y J. A. Carrillo Donaire, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, *op. cit.*, pp. 525 a 530.

³⁷ Hoy el artículo 181 del RGLCAP especifica que la modalidad del concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio

³⁸ La STS de 17 de abril de 1996 (Ar. 2945) considera que si bien es cierto que lo habitual en el concierto de servicios públicos locales es la utilización por parte de la Administración concertante (en el caso enjuiciado, una Administración municipal) de las instalaciones propiedad del concertado, ningún precepto excluye, cuando lo exijan consideraciones de interés público, la utilización también y, por tanto, la cesión del uso de instalaciones municipales.

- f) El usuario no paga nada por el servicio que recibe, ya que quien paga es la entidad concertante.
- g) En el sector sanitario y en el educativo —donde esta figura es más utilizada—, los centros susceptibles de ser concertados deberán ser previamente homologados de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente (art. 90.5 LGS). Este requisito equivale a la clasificación del contratista exigida en el artículo 25 del TRLCAP para el contrato de obras y de servicios.
- h) En el sector sanitario también, en análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, se debe dar prioridad a los establecimientos, centros y servicios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo (art. 90.2 LGS).
- i) La contraprestación a satisfacer por la Administración concertante se establecerá con base a módulos de coste efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración (art. 90.4 LGS). El pago de los servicios se fija en un tanto alzado inalterable, ya de carácter conjunto por la totalidad del servicio en un tiempo determinado, o por unidades a precio fijo (art. 146 RSCL).

V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONCIERTO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

El régimen jurídico del concierto de servicios públicos locales variará en función de la naturaleza administrativa (de interés general) o comercial (industrial o mercantil) de la actividad a prestar. Habrá que tener en cuenta la normativa básica contractual (arts. 154 a 170 del TRLCAP y 180 a 186 del RCAP), que regulará la forma de su celebración o constitución (contrato de gestión de servicios públicos), pero también la parte sustantiva o material, es decir, la normativa sectorial de la actividad o servicio objeto del concierto³⁹.

En la gestión indirecta de servicio público la Administración no pierde la titularidad del servicio, sino que responde y asume la continuidad en la prestación ordinaria y regular del servicio⁴⁰, mantiene los poderes de policía,

³⁹ Tal como especifica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/1995, de 24 de octubre, a la gestión indirecta de servicios públicos además de aplicarles la normativa contractual pública, es esencial la aplicación de las disposiciones correspondiente al servicio que se intenta gestionar que tendrán una influencia decisiva en orden a fijar el contenido del respectivo contrato.

⁴⁰ La gestión indirecta de servicios públicos no implica transferencia del sector público al privado, la titularidad pública no se pierde y, por tanto, tampoco la responsabilidad económica, política y jurídica. El objetivo es de menor alcance, se trata de entregar el servicio a la gestión y financiación privada en la confianza de que los mayores beneficios que puedan obtener los usuarios se vean acompañados de un ahorro y de una mejor gestión, cualidades que se le suelen atribuir al sector empresarial (innovación, bajos costes, economías de escala, renovación de equipos y personas, modernización, etc.). Hoy la Ley 18/2001, de Estabilidad Presupuestaria, en su pretensión de conseguir el objetivo de déficit cero en todas las Administraciones Públicas, obligará a las Entidades locales a lanzarse a una carrera privatizadora de la gestión de la mayoría de sus servicios públicos, sobre todo de aquellos que requieren una inversión directa constante y una presencia presupuestaria seria.

control, inspección, programación y, por supuesto, el poder sancionador y será quien decida sobre su supresión, cambio o modificación. Existen tres categorías de servicios públicos de las que dependerá su régimen jurídico: Una primera que comprende los servicios de regalía o soberanía, denominados funciones públicas⁴¹, excluidos de la gestión indirecta; una segunda, en la que se encuentran los servicios sociales y culturales, donde con más frecuencia se aplica el concierto, y una tercera, dedicada a los servicios de carácter económico. Todos estos servicios son diferentes entre sí, en cuanto a las prestaciones que proporcionan, las técnicas que utilizan y el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, en todos ellos se percibe, como parte de una misma especie, que están sometidos a determinados principios⁴² que les imprimen una ética de interés general que los diferencia de las actividades meramente lucrativas.

No nos detendremos en el régimen jurídico de las actividades que implican ejercicio de autoridad, es decir, de las funciones públicas, pues quedan fuera del ámbito de aplicación de la gestión indirecta de los servicios públicos (arts. 85.3 LBRL y 155.1 TRLCAP) y, por tanto, del concierto. Tampoco lo haremos con los servicios públicos económicos⁴³ al ser otras las modalidades de gestión indirecta (concesión, gestión interesada, sociedades de economía mixta) más adecuadas para su prestación. Nos detendremos, pues, en los servicios sociales y culturales que son los que más nos interesan por comprender el objeto más frecuente de los conciertos de servicios públicos locales, educación, sanidad, protección y ayuda social, acción cultural y deportiva.

Se trata de servicios administrativos que funcionan independientemente del mercado, sus prestaciones suelen ser, esencialmente, gratuitas y se rigen en gran medida por normas de Derecho público (Derecho Administrativo). La Administración se encarga de su organización y de la coordinación de su funcionamiento. Su organización suele ser compleja (pública y privada), ya que no sólo se prestan en establecimientos de naturaleza pública, como los hospitales o los colegios, sino también en instituciones

⁴¹ Son las funciones tradicionales del Estado: justicia, policía, defensa nacional, tributos. Las personas encargadas de proporcionarlas son funcionarios públicos; suelen ser servicios que pueden estar des-concentrados, es decir, prestados por entidades administrativas repartidas en el conjunto del territorio nacional, aunque siguen dependiendo directamente de la autoridad del Estado y de sus representantes autonómicos y locales; se rigen por el Derecho Administrativo; la autoridad que las presta actúa la mayoría de las veces mediante actos unilaterales, es decir, mediante decisiones que se imponen a los administrados y se financian por medio de impuestos.

⁴² La prestación de todos ellos se hace exigible en régimen de Derecho público que implica la aplicación de ciertos postulados o principios: sometimiento pleno a la legalidad, igualdad, interdicción de la arbitrariedad o la juridicidad de todas las actuaciones administrativas, entre otros.

⁴³ Los servicios de carácter económico, conocidos jurídicamente con el nombre de «servicios públicos industriales y comerciales», energía, transporte, telecomunicaciones, a diferencia de los servicios sociales o culturales, son prestados en régimen de mercado, lo que quiere decir que son pagados y financiados, mayoritariamente, por parte de los usuarios que suelen cubrir sus costes de funcionamiento; se rigen por un régimen jurídico mixto (normas de Derecho público y normas de Derecho privado) y suelen encargarse de su organización, bien la propia entidad pública directamente, constituyendo entes públicos descentralizados para su prestación, creando sociedades públicas o mixtas, o a través de operadores privados normalmente concesionarios.

privadas, como los centros de enseñanza concertada o los hospitales concertados a la red pública sanitaria, o en las numerosas asociaciones que en materia de acción sanitaria, social, educativa y deportiva reciben fondos públicos para llevar a cabo las tareas de interés general con mayor eficacia y eficiencia.

Para que exista un servicio público cuya gestión sea susceptible de ser concertado, es necesario, entre otros requisitos, que su régimen jurídico básico, atributivo de las competencias y definidor del alcance de las prestaciones a favor de los administrados, declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida como propia de la Administración. No basta por tanto que nos encontremos ante una actividad de interés general, ni que esta actividad se preste por el gestor indefinidamente si falta ese elemento primordial⁴⁴.

La celebración del concierto de servicios públicos locales (contrato) irá precedida de la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas, que especificarán el régimen jurídico básico, así como los aspectos económicos y administrativos y el canon a satisfacer por la Administración al concertado. La Administración ha de realizar preceptivamente, dentro de las actuaciones preparatorias, la elaboración de un proyecto de explotación para depurar, no sólo si es adecuada su posición frente al empresario, sino también la rentabilidad y viabilidad del servicio⁴⁵. El conjunto de cláusulas de explotación constituyen el esquema obligacional básico y serán para las partes la autentica ley junto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares. De esta manera, a través de las actuaciones preparatorias, la Administración configura su voluntad de celebrar el concierto, realiza un estudio de necesidades, justifica las mismas, redacta unos pliegos, evalúa un presupuesto económico, incorpora un certificado de existencia de crédito adecuado y suficiente para la naturaleza de la actividad a prestar, somete a fiscalización el gasto y finalmente aprueba el expediente.

Si el servicio a concertar consistiese en asistencia sanitaria motivada por supuestos de urgencia y su importe es inferior a 12.020,24 euros, las actuaciones preparatorias quedarán reducidas a los siguientes extremos:

- Acreditación en el expediente de las razones de urgencia.
- Descripción y justificación del objeto de la prestación y su precio.

⁴⁴ El requisito de la competencia parece referirse al caso concreto de un servicio que, tal vez, se pretenda contratar por una Administración a la que realmente el ordenamiento jurídico no le ha confiado actuación alguna en esa materia.

⁴⁵ La elaboración de un proyecto de explotación del servicio se constituye como un requisito previo e indispensable para tener un criterio firme y certero sobre los aspectos económicos y de rentabilidad del servicio y sirve también para definir *a priori* el programa financiero y las relaciones Administración-concertado. El artículo 183.1 del RGLCAP dispone que los proyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad y dependencia funcional y comprenderán un estudio económico-administrativo, su régimen de uso y las técnicas que resulten precisas aplicar.

- Motivación de la designación por el órgano de contratación de la empresa adjudicataria.

La reducción de actuaciones no se produce porque estemos ante un contrato menor, tampoco porque se admita el procedimiento negociado como forma de adjudicación, sino simplemente porque el legislador ha querido expresamente excluir la aplicación del TRLCAP (art. 158 del TRLCAP).

Ordinariamente el concierto se adjudicará a través del procedimiento abierto o restringido mediante concurso, el procedimiento negociado sólo podrá tener lugar, previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del órgano de contratación en los supuestos expresamente previstos en el artículo 159 del TRLCAP⁴⁶, entre los que figura los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que este último haya sido adjudicado con sujeción a las normas del TRLCAP.

En los contratos de gestión de servicios públicos no es necesaria la publicación del anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)*, que sí se exige para el resto de los contratos administrativos en función de su cuantía (arts. 78.3 y 93.3 TRLCAP).

La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio concertado. Cuando estas modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Si la Administración no hiciese efectiva al contratista la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó dentro de los plazos previstos, éste tendrá derecho al interés legal de las cantidades o valores económicos que aquéllos signifiquen, incrementadas en 1,5 puntos.

Si el que incumple es el concertado y del incumplimiento derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público, la Administración podrá acordar la intervención del mismo hasta que la perturbación

⁴⁶ Estos supuestos son:

- a) Aquellos servicios respecto a los que no sea posible promover concurrencia en la oferta.
- b) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia regulado en el artículo 71.
- c) Los declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.
- d) Los de presupuesto inferior a 30.050,61 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años.
- e) Los anunciados a concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles.

desparezca ⁴⁷. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado.

Estos incumplimientos, tanto por parte de la Administración como del contratista, pueden, en muchos casos, conllevar la resolución del contrato. Los supuestos legales que motivan la resolución y los efectos de la misma están previstos en los artículos 111, 167 y 169 del TRLCAP, y su declaración requiere la instrucción de un expediente con audiencia del contratista, es decir, se precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ⁴⁸ en el que el contratista pueda aportar los elementos de juicio, documentos y demás pruebas que estime oportunas (STS de 7 de marzo de 1997). Cuando la causa de resolución se inste por la Administración sobre la base de un incumplimiento del contratista, la carga de la prueba recae sobre la propia Administración, de manera que no es el contratista el que debe efectuar la prueba negativa de la no comisión o de la inexistencia del hecho imputado (Dictamen del Consejo de Estado de 28 de marzo de 1984). En todo caso, el acuerdo de resolución del contrato contendrá un pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, se hubiera constituido.

Por último, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.

VI. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN TITULAR, EL CONCERTADO GESTOR Y LOS USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL

En el concierto de servicios públicos locales existe un triángulo en cuyos vértices se sitúan respectivamente la Administración local que concierta, el gestor del servicio concertado y el usuario del servicio. El concierto no excluye el interés directo de la Administración por la marcha del servicio, pues responde de su continuidad, calidad, normalidad y financiación. La titularidad pública del servicio y la conservación de los poderes de policía necesarios para asegurar el buen funcionamiento del servicio fundamentan y justifican la concesión de potestades a las Entidades locales para inspeccionar, controlar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones aplicables. La doble naturaleza de la gestión indirecta —pública por su titularidad y privada por su gestión— per-

⁴⁷ El artículo 186 del RGLCAP especifica que el órgano de contratación que hubiese adjudicado el contrato nombrará al funcionario o funcionarios competentes que hayan de desempeñar las funciones interventoras, a cuyas decisiones deberá someterse el empresario durante el período que dure la intervención.

⁴⁸ En el que se ha de otorgar trámite de audiencia al contratista por un plazo de diez días si la propuesta de resolución se presenta de oficio, así como al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía. Ha de ser objeto de informe del Servicio Jurídico, y si el contratista se opone a la resolución del contrato, se solicitará también dictamen del Consejo de Estado o de los correspondientes órganos consultivos de las Comunidades Autónomas.

mite contemplar en el pliego de cláusulas administrativas medidas especiales de control sobre el funcionamiento del servicio.

Las relaciones jurídicas entre el titular del servicio, el gestor, y los usuarios han venido presididas por los principios de continuidad, igualdad y movilidad o adaptación, es decir, por aquellos principios que son estructurales a la actividad prestacional, sin el cumplimiento de los cuales los servicios públicos perderían sus características esenciales ⁴⁹. Estos principios implican obligaciones dirigidas a quienes prestan los servicios públicos, constituyendo al mismo tiempo derechos para los usuarios ⁵⁰.

Como consecuencia del carácter esencial que para la vida social suponen las actividades de servicio público, el ordenamiento jurídico exige que sean gestionados con regularidad y continuidad, el servicio ha de ser prestado cueste lo que cueste y contra viento y marea. Los principios de continuidad y regularidad se constituyen en elementos esenciales del concepto de servicio público determinantes de muchas de sus peculiaridades de régimen jurídico, como pueden ser la especial regulación de sus huelgas instaurando la obligación de asegurar unos servicios mínimos; la especial protección que el ordenamiento jurídico otorga a los bienes afectos a un servicio público (inembargabilidad); el régimen especial de quiebras y suspensiones de pagos y el régimen de intervención temporal de la empresa. Todo ello significa que aquellas empresas que tengan encomendada la gestión de un servicio público, no puede suspender su actividad, ni reducirla, ni alterar el plan de prestación establecido, sin el consentimiento de la autoridad administrativa. Y ello, aun en el supuesto de que se produzcan circunstancias sobrevenidas que hagan aquella más difícil o más onerosa ⁵¹. La STS de 19 de mayo de 1997 (Ar. 4371) declara que los principios de continuidad y regularidad hunden sus raíces en las exigencias propias del Estado Social, y son predicables tanto de los servicios públicos gestionados directamente, como cuando la gestión tiene lugar de forma indirecta, pues, en cualquiera de las modalidades de gestión elegida por la Administración, le mueve la consecución de un único fin, garantizar al ciudadano una digna subsistencia. El principio de continuidad no implica permanencia, y sus consecuencias, por tanto, estarán en función del servicio al cual se aplique. Su incumplimiento supone para el usuario la posibilidad de exigirlo frente a la Administración, y si le produjese daños podría reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración causante de los mismos.

El segundo principio, el de igualdad, se conjuga a través de dos manifestaciones concretas: igualdad en el acceso al servicio público e igualdad de trato por parte del servicio a todos los ciudadanos. Los usuarios han de ser con-

⁴⁹ Así lo señalan J. F. Lauchame, C. Boiteau y H. Pauliat, *Grands services publics*, Armand Colin, París, 2000, p. 273.

⁵⁰ No obstante, dada la diversidad de servicios públicos, a menudo no resulta fácil concretar el alcance de cada uno de estos principios y, por tanto, tampoco sus efectos y consecuencias para los usuarios en las prestaciones concretas. Aunque sean reglas comunes a todos los servicios públicos, éstas no se aplican de forma uniforme, la intensidad variará según las características del servicio.

⁵¹ A final de 1999 la empresa Électricité de France tuvo que restablecer el suministro de energía eléctrica allí donde había sido cortado por los efectos de una fortísima y excepcional tormenta.

siderados iguales para el disfrute de la prestación del servicio público. En el principio de igualdad existe un componente social (no discriminación por razón de origen social) y un componente territorial (no discriminación entre regiones)⁵². La igualdad en el acceso al servicio es posible gracias a su gratuidad, o casi gratuidad, si se trata de servicios públicos sociales, y gracias a la práctica de precios accesibles y «compensados» si se trata de servicios económicos. La prestación del servicio queda así garantizada para todos y en los lugares más recónditos del territorio; lo cual no resultaría posible, evidentemente, si el servicio estuviera sometido a las normas ordinarias del mercado⁵³.

Finalmente, el principio de mutabilidad o adaptación del servicio significa que la autoridad administrativa (titular del servicio) puede y debe modificar la organización y funcionamiento del servicio para adaptarlo a las nuevas necesidades sociales, económicas, técnicas, etc. Supone que el régimen del servicio público puede ser modificado o adaptado de acuerdo con las exigencias del interés general⁵⁴. Ni el gestor del servicio ni los usuarios tienen derecho alguno a que el servicio se mantenga en las mismas condiciones. El Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente estos poderes de la Administración desde su ya clásica Sentencia de 21 de febrero de 1969 (Ar. 544), en la que manifestó que la Administración puede variar las condiciones del contrato salvando el interés del contratista mediante el restablecimiento de un nuevo equilibrio financiero, pues la teoría del contrato de gestión de servicios públicos está presidida por dos ideas fundamentales: primera, que aunque el servicio sea gestionado indirectamente, seguirá siendo un servicio público, por lo que la actividad de la empresa gestora estará sometida a las directrices de la Administración pública y a las normas especiales emanadas de la misma; segunda, los gestores son simples beneficiarios de un procedimiento legal para desarrollar determinadas actividades que los intereses generales requieren, siendo éstos los

⁵² La neutralidad del servicio público es la prolongación de la igualdad e impone a sus gestores la obligación de no discriminar ni tener favoritismos en función del estatus social, las opiniones políticas o las convicciones religiosas de los usuarios del servicio público. La clave del principio de igualdad no se encuentra en la no diferenciación, sino en la no discriminación. El principio de igualdad no implica uniformidad, sino en tratar igual situaciones iguales, ahora bien, como ha venido señalando reiteradamente el TC no hay obstáculos para tratar de forma diferente situaciones que son diferentes, siempre que esta diferencia sea razonable y debidamente justificada. Véanse, entre otras, las SSTC de 10 de julio de 1981, 28 de febrero de 1991 y 22 de enero de 1998, en las que el Tribunal afirma que el principio de igualdad no implica uniformidad u homogeneidad.

⁵³ Se trata de las denominadas «obligaciones de servicio público» exigidas en la gestión de los servicios universales. Se entiende por servicio universal a un conjunto de actividades con una calificación determinada que deben ser accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y prestadas a un precio asequible. Accesibilidad y precio asequible han de ser fijados por la Administración en función de la evolución tecnológica, de la demanda del servicio en el mercado o por consideraciones de política social o territorial.

⁵⁴ Ahora bien, existen unas condiciones mínimas que deben asegurarse: a) el servicio deberá prestarse con normalidad, de modo que existe un derecho al funcionamiento normal del servicio; b) las modificaciones sólo pueden tener efectos a partir de realizada la adaptación y nunca retroactivamente; c) es evidente que como toda la actividad de la Administración la modificación estará sometida al control de los Tribunales que revisarán si se ha llevado a cabo por la autoridad competente, si se ha desarrollado de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto y si la motivación de la modificación efectuada es suficiente y adecuada.

necesitados de protección por encima de cualquier interés de los particulares a quienes se le encomienda la gestión.

El artículo 161 del TRLCAP obliga al contratista a prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones establecidas. Una vez que se han definido y concretado las prestaciones de un servicio público, éstas adquieren exigibilidad jurídica. Ahora bien, para que las prestaciones se conviertan en derechos subjetivos exigibles por parte de los ciudadanos deben incorporarse a alguna norma con rango suficiente para determinar tal efecto.

También obliga el artículo 161 del TRLCAP al contratista a cuidar del buen orden del servicio permitiéndole dictar las oportunas instrucciones para un eficaz funcionamiento⁵⁵. A pesar de que el orden cotidiano o el normal funcionamiento del servicio es obligación del concertado, la Administración concertante no sólo conserva un poder reglamentario de carácter policial, sino un poder interno de dirección que ejercerá mediante circulares y órdenes concretas, así como la potestad de inspección y vigilancia sobre la actividad de la empresa concertada. Pero estas facultades de dirección y control deben extenderse a aquellos aspectos que estén directamente vinculados a la prestación del servicio, y a nada más⁵⁶. Se trata de tipificar exactamente la dirección y los controles posibles para su aplicación a cada servicio público, en concreto, en la forma que resulte más adecuada al mismo.

La situación jurídica de los usuarios de un servicio público es, fundamentalmente, una situación estatutaria, regulada por las leyes y los reglamentos del servicio, tal como nos recuerda el artículo 155.2 del TRLCAP: antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá determinarse su régimen jurídico atribuyendo las competencias administrativas y el alcance de las prestaciones. El artículo 106 del TRRL insiste en la misma idea al señalar que los actos de gestión del servicio en sus relaciones con los usuarios estarán sometidos a las normas del propio servicio.

⁵⁵ La STS de 20 de julio de 1996 señala en este sentido que es necesario que el contratista ponga los medios necesarios para que los objetos de su propiedad susceptibles de causar grave riesgo a los usuarios estén debidamente asegurados.

⁵⁶ Gaspar Ariño formuló en su día las actividades que puede llevar a cabo la Administración en el ejercicio de su facultad de dirección y control del servicio, entre otras:

- a) Fijar las condiciones técnicas para cada tipo de servicio, de modo que quede garantizada su seguridad y uniformidad.
- b) Control sobre la adecuación y eficiencia de los equipos o plantas de producción, con potestad para ordenar su cambio o sustitución en los casos de desgaste, obsolescencia o falta de productividad.
- c) Determinar la extensión de las áreas de servicio, con obligación legal de prestación del mismo en condiciones de igualdad para los usuarios.
- d) Composición de un sistema de contabilidad normalizada y de sus reglas de funcionamiento, etc.

Relación recogida del trabajo de J. M. de la Cuétara Martínez, «Aproximación a la regulación de servicio público», capítulo publicado junto a Gaspar Ariño y Martínez López-Muñiz en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, p. 97.

La relación del contratista y los usuarios del servicio no es una relación exclusivamente jurídico-privada y, por tanto, sometida únicamente al Derecho privado, sino que, en algunos aspectos, puede ser calificada como una relación de naturaleza mixta: por un lado, contractual, por otro, estatutaria⁵⁷, pues, si bien es verdad que quien gestiona el servicio es un particular, una persona física o jurídica privada, no debemos olvidar que la titularidad del servicio es pública y corresponde a la Administración que deberá responder del mismo.

A pesar de ello el artículo 161 del TRLCAP establece que será responsabilidad del contratista indemnizar los daños que cause a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. Esta obligación específica del gestor de servicios públicos declarada genéricamente para todo tipo de contratos en el artículo 97 del TRLCAP, ha sido muy debatida por un sector doctrinal⁵⁸, al entender que la Administración no debe desentenderse de los daños que cause la gestión de un servicio de la que es titular. En este sentido, el Tribunal Supremo⁵⁹ ha afirmado que la Administración es responsable de los daños ocasionados, aunque se hayan producido en el giro o tráfico normal del contratista, pues posteriormente podrá repetir, si es el caso, frente al contratista el importe de la indemnización abonada al tercero dañado. La razón que aduce el Tribunal es que la única relación entre el contratista y el tercero que ha sufrido los daños, es la que nace de los daños mismos (STS de 9 de marzo de 1989). Sin embargo, otro sector, tanto juris-

⁵⁷ Sobre la naturaleza jurídica de estas relaciones véanse I. Sanz Rubiales, «Los poderes del concesionario de servicios públicos», *op. cit.*, p. 1072; E. Rivero Isern, *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1969, p. 134; J. Salas Hernández, «Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias», *REDA* núm. 4, 1975, pp. 42 y ss. La tesis de J. Salas pondera los criterios de los partidarios de calificar esta relación como jurídico-privada (por ejemplo, García de Enterría) y de los partidarios de calificarla como jurídico-pública (Rivero Isern). En sentido similar se pronuncia Gariño Ortiz, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, 1993, p. 348; una síntesis de ambos planteamientos doctrinales, J. M. Garrido Lopera, *El servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones*, IEAL, Madrid, 1973, pp. 271-275.

⁵⁸ Gaspar Ariño, *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 326-331; F. González Navarro, «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 44 y 45, 1976, pp. 215 y ss.; M. Beladiez Rojo, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, pp. 232 y ss.; A. Canales Gil, «Comentarios al contrato de gestión de servicios públicos (arts. 154 a 170 del TRLCAP)», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra colectiva dirigida por R. García Macho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 958-959.

⁵⁹ La STS de 25 de febrero de 1998 (Ponente: González Rivas), ante la reclamación de indemnización por los usuarios de un servicio público de los daños producidos en la ejecución del contrato, declara que, «aunque la reclamación efectuada por los perjudicados no fue objeto de resolución expresa por parte de la Administración, ello no excluye el carácter estrictamente administrativo de la cuestión planteada, que afecta a la organización de un servicio público, cuyo directo control sigue correspondiendo a quien ostenta la titularidad del servicio...» «La relación entablada entre el usuario y el contratista no es una relación estrictamente contractual, pues afecta a la prestación de un servicio público». Véanse también las SSTs de 4 de julio de 2002, 2 de diciembre de 2002, 31 de enero de 2003 y 20 de febrero de 2003.

prudencial como doctrinal⁶⁰, considera que al tratarse de una relación jurídico-privada (contratista-tercero dañado), la responsabilidad será civil e imputable exclusivamente al contratista a través de las reglas del artículo 1.902 del Código Civil.

En los conciertos que puedan celebrarse dentro del ámbito sanitario esta cuestión quedó resuelta a través de la Disposición adicional 12.^a de la Ley 30/1992, que en su reforma de 1999 ha establecido:

«La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios u organismos del Sistema Nacional de Salud y *de los centros concertados con ellas*, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso»⁶¹.

Sin embargo, en los demás sectores donde los conciertos puedan llegar a celebrarse (educación, cultura, deportes, etc.), la responsabilidad no será objetiva, ni el procedimiento administrativo, ni conocerá la jurisdicción contencioso-administrativa a tenor de los artículos 161.c) y 97 del TRLCAP.

⁶⁰ Entre otros, E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, t. II, Madrid, 1998, pp. 387-389; R. Bocanegra, «Responsabilidad de contratistas y concesionarios», *RED4* núm. 18, 1978, pp. 397 a 406; J. A. Moreno Molina, *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, La Ley, Madrid, 2001, que recoge una amplia recopilación de sentencias sobre este tema.

⁶¹ El subrayado es mío.

Los Gobiernos cesante y en funciones en el ordenamiento constitucional español

Sumario: I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA.—II. CAUSAS QUE DETERMINAN EL INICIO DEL CESE DEL GOBIERNO EN FUNCIONES.—2.1. La celebración de elecciones generales.—2.2. La pérdida de la confianza parlamentaria.—2.3. La dimisión del Presidente del Gobierno.—2.4. El fallecimiento del Presidente del Gobierno.—2.5. ¿Existen otras causas de cese además de las previstas en el artículo 101.1 CE?—2.5.1. La incapacidad del Presidente del Gobierno.—2.5.2. Procesamiento y condena penal del Presidente del Gobierno.—III. JUSTIFICACIÓN DEL PERÍODO «EN FUNCIONES» DEL GOBIERNO.—3.1. La composición del Gobierno en funciones.—3.2. Ámbito de actuación positiva del Gobierno en funciones.—IV. LÍMITES DEL GOBIERNO EN FUNCIONES.—4.1. Consideraciones previas.—4.2. Las prohibiciones establecidas en el artículo 21 de la Ley del Gobierno.—4.2.1. Las prohibiciones previstas en la Ley del Gobierno respecto del Presidente del Gobierno.—4.2.2. Las prohibiciones previstas en la Ley del Gobierno respecto del Gobierno en su conjunto.—V. UN APUNTE SOBRE EL CONTROL DEL GOBIERNO EN FUNCIONES.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

Es obvio que en un Estado democrático se hace obligatorio articular mecanismos con el fin de evitar que la permanencia en el poder se perpetúe. La sucesión de Gobiernos no es algo que tiene lugar con carácter extraordinario, sino que se produce con cierta frecuencia, concretamente en nuestro Estado al menos cada cuatro años. Sin embargo, esta sucesión entre Gobiernos no se lleva a cabo de un día para otro por lo que existe un período de tiempo, en el que, con el fin de evitar vacíos de poder, se establece la continuidad de los miembros que ocupaban el Gobierno desde su cese hasta la toma de posesión de los que los sucedan en dicha

* Profesora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

función. Aunque este lapso de tiempo de sucesión entre Gobiernos es generalmente breve (o al menos debería serlo), se trata de un momento fundamental por varios motivos. En primer lugar, porque hay que asegurar que durante el mismo se lleva a cabo el traspaso de poderes. Y en segundo lugar, porque siempre que se produce el cese de un Gobierno en un sistema parlamentario se ve afectado, aunque no de la misma manera en todos los supuestos, el vínculo fiduciario que éste mantiene con el Parlamento. Se puede afirmar que se trata de un Gobierno que ya no cuenta con el requisito esencial que legitima su actuación: la confianza de la Cámara. De ahí que la doctrina haya estimado que durante este período de *prorrogatio* se limite el ámbito de actuación del Gobierno en funciones. El programa político propuesto por el candidato a la presidencia del Gobierno en la sesión de investidura y respaldado por la Cámara ya no cuenta con el apoyo de ésta y, por tanto, es más que discutible su desarrollo durante este momento. De ahí que deba limitarse su actuación a los actos denominados «de ordinaria administración» y a resolver aquellas cuestiones urgentes que se puedan plantear. Sin embargo, este planteamiento se complica en los Estados modernos actuales por la posición que ocupa el Gobierno en los mismos. En efecto, el Gobierno es el centro de la actividad política del Estado, de tal manera que no parece concebible que el mismo desaparezca ni siquiera por un día. Por eso es difícil determinar *a priori* qué potestades concretas le quedan vedadas cuando se encuentra en funciones. Por este motivo en la regulación de este instituto se recurre generalmente a los términos a los que he aludido anteriormente —ordinaria administración y urgencia—, esto es, a conceptos jurídicos indeterminados cuya concurrencia en ocasiones es difícil determinar. Por ello se hace necesario combinar esta situación de primacía que ocupa el Gobierno en el entramado institucional y la prudencia que exige esta situación de interinidad a la hora de regular dicho instituto, lo que, sin duda, no parece tarea fácil.

Quizás sin ser consciente de esta dificultad, el Constituyente de 1978 optó por obviar la cuestión al menos de forma explícita. El artículo 101.1 de la Constitución establece las causas de cese del Gobierno. Asimismo, el apartado 2 del mismo precepto, lejos de regular someramente las atribuciones de este órgano constitucional desde que se produce el cese del mismo y hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, se limita a señalar que «el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno». No se establece ninguna otra regulación constitucional con respecto al mismo, tal es así que no aparece en el resto de la Constitución ningún otro precepto que contenga la expresión «Gobierno en funciones»¹. Es obvio que nos encontramos ante una regulación constitucional parca e imprecisa que hasta la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, reguladora del Gobierno, no ha tenido desarrollo

¹ Con la única salvedad de lo dispuesto en el artículo 62.d) de la Constitución, que, aunque no se refiere expresamente al término aludido, establece que corresponde al Rey «poner fin a sus funciones (en referencia al Presidente del Gobierno) en los términos previstos en la Constitución».

legislativo alguno². Conviene apuntar que hubo varios intentos de regulación de este instituto en legislaturas anteriores. El primero de ellos tuvo lugar en la primera legislatura, concretamente en 1980, y fue impulsado por el Gobierno de la Unión de Centro Democrático. Se trató del Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración y de la Función Pública³. Dicho Proyecto, que finalmente fue retirado por Acuerdo del Consejo de Ministros, sí pretendió marcar las diferencias entre el Gobierno en funciones y en situación de normalidad⁴. Desde esa fecha y hasta 1994 no volvió a tomarse en consideración ni por los Grupos Parlamentarios ni por los distintos Gobiernos proceder a la regulación legal del Gobierno y, por tanto, tampoco del Gobierno en funciones. En 1994 el Grupo Parlamentario Popular del Congreso presentó una Proposición de Ley del Gobierno y la Administración del Estado. Sin embargo, dicha Proposición, cuya toma en consideración fue rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados, no tiene ningún interés en este estudio, ya que no preveía ninguna diferenciación entre el Gobierno en situación de normalidad y el cesante o en funciones, estableciéndose únicamente una remisión a la Constitución en cuanto a las causas de cese y a la previsión de continuidad. En el año 1995 volvió a publicarse un Proyecto de Ley reguladora del Gobierno en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*⁵. Dicho proyecto, sin duda, fue tenido muy presente por el legislador de 1997, por lo que será al que más referencias se hagan a lo largo de este trabajo, aunque en determinados aspectos (como, por ejemplo, en la enumeración de las causas de cese del Gobierno) decidió romper con las innovaciones previstas en 1995. Finalmente el Proyecto de Ley de 1995 no prosperó debido al cambio de Gobierno que se produjo poco después, concretamente en 1996.

Seguramente por esta tardanza en el desarrollo legislativo del artículo 101 de la Constitución no han faltado recomendaciones de la doctrina española referidas, sobre todo, a la función constitucional que sin duda debe desempeñar el Gobierno en funciones (esto es, una actuación positiva) y a los límites competenciales que se derivan bien de la propia Constitución, de la costumbre constitucional o de criterios de cortesía constitucional (es decir, una acción negativa o abstención), recomendaciones doctrinales que no han tenido en muchos casos la misma dirección.

² Téngase en cuenta que la Ley de 1983 no establecía ningún título referido al Gobierno en funciones, sino que se limitaba a establecer en determinados supuestos de cese del Gobierno la sustitución del Presidente por el Vicepresidente. Hay que decir, sin embargo, que con respecto a las Comunidades Autónomas esto no ha sido así, ya que la mayoría de ellas cuentan con una ley reguladora del Gobierno en la que se contienen referencias al Gobierno en funciones.

³ Véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 5 de febrero de 1980, Serie A, núm. 109-I.

⁴ Los artículos 8 y 9 del citado texto se referían a este asunto. Dos son las cuestiones que interesa apuntar sobre el Proyecto: en primer lugar, se establecía una previsión de continuidad del Gobierno y su Presidente en todas las causas de cese, salvo en el supuesto de dimisión de este último que se equiparaba al supuesto de fallecimiento al preverse su sustitución por el Vicepresidente o por un Ministro. Por otro lado, se prohibía al Presidente del Gobierno cesante hacer uso de determinadas potestades, concretamente disolver las Cámaras, plantear cuestión de confianza y ser objeto de una moción de censura.

⁵ Véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 6 de noviembre de 1995, Serie A, núm. 141.

La práctica, por otra parte, en los primeros años de la entrada en vigor de la Constitución fue, en palabras de Miguel Satrústegui, «vacilante y a veces poco adecuada»⁶, ciñéndose en años posteriores al uso o costumbre constitucional apuntada por la doctrina.

Todos estos factores, la falta de concreción constitucional, la existencia de un uso o costumbre constitucional no escrita ni juridificada y la aplicación vacilante del artículo 101 de la Constitución, han hecho plausible⁷ que el legislador dedicará el artículo 21 ubicado en el Título IV de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, reguladora del Gobierno, al Gobierno en funciones. Sin embargo, conviene analizar si dicha regulación legal es acorde o no a las disposiciones previstas constitucionalmente y si permite al Gobierno en funciones actuar con holgura o no en todo tipo de circunstancias que de hecho puedan acaecer. En efecto, uno de los primeros problemas que se deben abordar es si donde el constituyente no limitó, al menos explícitamente, el abanico competencial del Gobierno en funciones es procedente que el legislador proceda a su regulación. En segundo lugar, se hace obligatorio analizar si la regulación del Gobierno en funciones prevista por el legislador permite a este órgano constitucional cumplir con las obligaciones constitucionalmente impuestas. Varias opciones tenía el legislador a la hora de establecer el ámbito competencial del Gobierno en funciones. Así, una opción consistía en el establecimiento de principios genéricos tales como la gestión ordinaria de asuntos públicos y actuación en los casos de urgencia. Sin embargo, además de preverse éstos, se ha procedido a excluir la utilización de determinadas potestades atribuidas al Gobierno y a su Presidente *ex constitutione*.

II. CAUSAS QUE DETERMINAN EL INICIO DEL CESE DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

Antes de entrar a analizar cuál es el ámbito de actuación del Gobierno en funciones, es preciso concretar los presupuestos desencadenantes del cese del Gobierno para así determinar con la mayor certeza posible el momento en que debe verse limitado su ámbito de actuación. El artículo 101.1 de la Constitución, y de forma idéntica el artículo 21.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, reguladora del Gobierno, establecen que «el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente». Hasta la fecha, no obstante, los sucesivos Gobiernos sólo se han visto cesados por dos de las causas antes expuestas: la celebración de elección-

⁶ M. Satrústegui, «El cese del Gobierno y el Gobierno cesante», en Ó. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. VIII, Edersa, Madrid, 1996, p. 347.

⁷ M. Aragón Reyes, «Estatuto de los miembros del Gobierno: acceso y permanencia», en L. Parejo Alfonso (coord.), *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, y E. Álvarez Conde, «El Gobierno en funciones», en *Documentación Administrativa*, núm. 246/247, Madrid 1998, p. 214.

nes generales (1979, 1982, 1986, 1989, 1993, 1996, 2000 y 2004) y la dimisión del Presidente del Gobierno (1981). A continuación, se procede al análisis de cada uno de esos supuestos.

2.1. La celebración de elecciones generales

Obviamente, nos encontramos ante el supuesto de cese más común, ya que es el que de manera natural se da en situaciones de normalidad democrática e institucional, tal y como ha venido demostrando la práctica. Conviene aclarar, con carácter previo, que el artículo 101.1 de la Constitución, aunque no lo diga de forma expresa, se refiere a la celebración de elecciones al Congreso de los Diputados⁸ que, como es de sobra sabido, se producirá según lo dispuesto en el artículo 68.4 de la CE, bien por el transcurso de cuatro años desde su elección o bien por la disolución de la Cámara. Esta última puede venir motivada, no sólo por la concurrencia de un hecho ajeno por completo a la voluntad del Gobierno (como es el mero transcurso del tiempo), sino también por la propia decisión del Presidente del Gobierno, ya que el artículo 115.1 le permite, excepto en los casos previstos constitucionalmente, la disolución de las Cámaras⁹. No podemos decir que en todo caso la celebración de elecciones generales sea una causa de cese ajena por completo a la voluntad del Gobierno, sino que muy al contrario el Presidente del Gobierno puede provocar esta causa de cese en atención a muy diversas razones. Entre éstas puede estar aumentar su respaldo electoral procediendo a convocar las elecciones en atención a los resultados obtenidos a través de sondeos electorales que auguran ventajas importantes de su partido con respecto al resto de los contrincantes.

Este razonamiento obliga a matizar las tesis mantenidas por dos autores. Una de ellas la de M. Satrústegui que establece una diferenciación entre causas de «cese obligatorio del Gobierno» y cese por dimisión del Presidente del Gobierno. Atendiendo a lo expuesto más arriba, esto es, a que el Presidente puede hacer uso de su derecho a disolver las Cámaras —bien por separado, sólo del Con-

⁸ E. Espín Templado ha criticado la mala redacción del artículo 101.1 cuando establece que una de las causas de cese es «la celebración de elecciones generales», ya que debería decir en su lugar: «la renovación del Congreso de los Diputados», como establece el artículo 99 de la Constitución. Lo anterior, en «Causas de cese del Gobierno», en *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, cit., p. 115. Téngase en cuenta que es en esta Cámara y no en la Alta en la que se procede a investir al Presidente del Gobierno, por lo que una disolución sólo de aquélla no tendría por qué llevar aparejada la disolución del Congreso de los Diputados y, en consecuencia, el cese del Gobierno.

⁹ Además de estos dos supuestos de disolución (la finalización de la legislatura por el transcurso de cuatro años y la disolución anticipada prevista en el art. 115 CE), se prevén en el Texto constitucional otros dos desencadenantes de la disolución: el previsto en los artículos 168.1 —la reforma agravada de la CE— y 99.5 —la imposibilidad de investir candidato a Presidente del Gobierno transcurridos dos meses tras la primera votación de investidura— de la Constitución. Obviamente, en el segundo de los supuestos citados —la reforma agravada de la CE— es más que probable, por la amplia mayoría exigida en dicho precepto, que tanto la voluntad de reforma como la consiguiente disolución de las Cámaras cuenten con el respaldo del Presidente del Gobierno.

greso de los Diputados o sólo del Senado o de ambas simultáneamente—, entiendo que no es rigurosa tal distinción. Y ello porque el Presidente que dimite y el que disuelve las Cámaras antes de acabar la legislatura tienen en común que existe una intención por parte del protagonista, es decir, del Presidente, de provocar el cese del Gobierno. La causa de cese por la convocatoria de elecciones, aunque es obligatoria, puede ser en algunos casos producto también de la voluntad del Presidente del Gobierno, que no queriendo dimitir, está interesado en que los ciudadanos se pronuncien en relación con la continuidad o no de su partido en el Gobierno.

La otra matización es mucho más de fondo y nos obliga a entrar a analizar si el Gobierno que convoca elecciones generales debe ver o no restringido el ámbito de sus competencias. E. Álvarez Conde entiende que la convocatoria (no la celebración) de elecciones generales lleva consigo que el Gobierno no goza de la confianza parlamentaria¹⁰. Esta opinión debe ser matizada porque la premisa de la que parte —la convocatoria de elecciones generales implica la pérdida de confianza del Congreso en el Gobierno— no es válida en todos los casos, ya que, como se ha señalado, el Presidente, aun contando con la confianza de la Cámara, puede hacer uso de su derecho a disolver las Cortes y convocar, en consecuencia, elecciones generales en un momento en que las encuestas electorales auguran buenos resultados. No obstante, E. Álvarez Conde va más allá y apunta que la convocatoria de elecciones, al implicar la pérdida de confianza parlamentaria, «debe suponer un cambio en la posición constitucional de aquél, no pudiendo actuar con plenitud de competencias». En efecto, el Presidente del Gobierno puede disolver las Cortes antes de acabar la legislatura al entender que no cuenta con el apoyo de las Cámaras y/o de los ciudadanos. En estos casos Álvarez Conde mantiene que la posición del Gobierno y el haz de competencias que ostenta deben quedar minoradas desde el momento en que se procede a la convocatoria de elecciones.

Creo que la opinión de Álvarez Conde ha de ser tenida en cuenta, pero no porque el Gobierno haya o no perdido la confianza de la Cámara, sino porque cuando se procede a la disolución de las Cortes desaparece casi por completo uno de los sujetos fundamentales en los que se basa nuestro sistema. La consecuencia es un Gobierno en relativa¹¹ plenitud de funciones y un Parlamento reducido a su mínima expresión: la Diputación Permanente prevista en el artículo 78.1 CE. Aunque es un asunto controvertido y en el que no puedo entrar en este trabajo, la mayoría de la doctrina entiende que la lista de

¹⁰ E. Álvarez Conde, «El Gobierno en funciones», cit.

¹¹ Efectivamente es relativa, ya que para la consecución de determinados objetivos el Gobierno necesita de la colaboración de las Cortes. En este sentido A. Bar Cendón («La disolución de las Cámaras en el ordenamiento constitucional español», Congreso de los Diputados, Madrid, 1989, p. 268) entiende que «no es del todo exacta la apreciación global de que la disolución de las Cámaras aumenta la capacidad de actuación del Gobierno en la medida en que reduce la del Parlamento. Pues, por lo contrario (...) el especial carácter parlamentario del sistema determina que sea precisamente la drástica reducción de la capacidad jurídica de las Cortes que supone la disolución, lo que determine también la reducción del marco competencial o de la actividad del Gobierno». Si bien es cierto que se limita el ámbito de actuación, también lo es que se limita la posibilidad de control, como se verá a continuación.

competencias atribuidas en el artículo 78.1 de la CE a las Diputaciones Permanentes es una lista cerrada¹². Con independencia de que esto sea así o no, lo cierto es que el artículo 56 del Reglamento del Congreso de los Diputados establece que las competencias que corresponden a la Diputación Permanente en los casos de disolución o expiración del mandato del Congreso de los Diputados son «asumir todas las facultades que en relación con los Decretos-leyes atribuye al Congreso de los Diputados el artículo 86 de la Constitución» y «ejercer las competencias que respecto de los estados de alarma, excepción y sitio atribuye al Congreso de los Diputados el artículo 116 de la Constitución», las mismas que prevé el artículo 78.1 CE. Si hacemos una interpretación literal de los artículos 78.1 CE y 56 del Reglamento del Congreso de los Diputados y entendemos que la Diputación Permanente sólo ostenta las competencias explícitamente atribuidas en estos artículos, hay que concluir que la disolución del Congreso de los Diputados trae consigo la ausencia de control parlamentario al Gobierno —que aún no es cesante y, por tanto, jurídicamente no se encuentra mermado—, excepto en relación con aquellas materias cuya competencia atribuyen las citadas normas a la Diputación Permanente. Nos encontramos, por tanto, desde el día en que se disuelve el Congreso de los Diputados y hasta el día siguiente a la celebración de las elecciones ante un sistema «cuasi presidencialista», esto es, ante un Gobierno en plenitud de funciones que puede ser controlado sólo en parte por la Diputación Permanente, lo que sin duda se opone a la forma política de Estado consagrada en el artículo 1.3 de la Constitución. Esta situación se produce en todos los casos en los que se convocan elecciones generales con independencia de que la convocatoria esté motivada o no por la pérdida de la confianza parlamentaria. La justificación de que se limite durante este período el haz de competencias del Gobierno no debe radicar en que éste cuente o no con la confianza del Congreso de los Diputados, sino en que se hace imposible la práctica del sistema parlamentario: el control que el Parlamento ha de realizar sobre la actividad del Gobierno. Por otra parte, hay que señalar que cuando se disuelven las Cámaras, y sobre todo en el caso de que lo sea por voluntad del Presidente del Gobierno antes de que concluya el período de cuatro años, se manifiesta la voluntad por parte del Gobierno de renunciar a seguir llevando a cabo su programa político, lo que sin duda ha tener una coherencia en el plano práctico, sobre todo teniendo en cuenta la inmediatez de las elecciones en las que va a poder ver reforzada su mayoría¹³.

¹² Hay que señalar, no obstante, que un sector importante de la doctrina entiende que las Diputaciones de Cámaras han de asumir otras competencias además de las previstas expresamente en la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras. Señalan, entre otras, las siguientes: proveer a la sucesión en la Corona, proveer la Regencia, autorizar al Rey para la declaración de guerra o la firma de la paz, otorgar a favor del Gobierno la autorización prevista en el artículo 155 CE. No obstante, en este punto, me remito al último apartado de mi trabajo: «Un apunte sobre el control del Gobierno en funciones», en el que se hace referencia a la posibilidad de que la Diputación Permanente utilice determinados mecanismos (preguntas, comparecencias de miembros del Gobierno, etc.) para controlar la actuación del Gobierno en funciones.

¹³ Véase en este sentido la opinión de M. Revenga Sánchez en «El Gobierno en funciones», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pp. 1506-1510.

Me parece que ésta debe ser la razón por la que se debe limitar la posición constitucional del Gobierno y su ámbito competencial una vez que éste procede a convocar elecciones generales. Téngase en cuenta que el control es un estadio anterior a depositar o no la confianza. El espacio de tiempo en que se puede producir esta situación puede oscilar entre treinta y sesenta días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.6 de la Constitución, que es superior al que media entre la celebración de las elecciones generales y la constitución del nuevo Congreso, que, según el mismo precepto constitucional, será de veinte días. Como conclusión hay que señalar que aunque no haya una limitación expresa a las competencias del Gobierno que convoca elecciones generales, existen razones más que justificadas para que su ámbito de actuación quede seriamente restringido, cuanto menos, de forma equiparable al del Gobierno en funciones, ya que de otra manera se estaría ignorando el presupuesto de nuestro sistema político: el control del Gobierno por parte del Parlamento. Quizás esta idea es la que ha motivado que en algunas Comunidades Autónomas se haya establecido que el cese del Gobierno se producirá, no tras la celebración de las elecciones, sino a partir del momento de la disolución de la Asamblea Legislativa ¹⁴. Y ésta es la opinión mantenida por parte de la doctrina, que incluso aboga por una reforma constitucional en este sentido ¹⁵.

En cuanto al momento en que se produce el cese del Gobierno por la celebración de elecciones generales, entiendo, como la mayoría de la doctrina ¹⁶, que es al día siguiente de su celebración, con independencia de que ese mismo día se proceda o no a la proclamación por parte de la Junta Electoral Central de los resultados oficiales de las mismas. Y lo anterior, debido a que los resultados en ningún caso pueden condicionar el mandato previsto en el artículo 101, esto es, que el Gobierno cesa y es desde este momento cuando comien-

¹⁴ Véase el artículo 23.3 del Estatuto de Autonomía de La Rioja.

¹⁵ *Vid.* Bar Cedón en «Sobre una hipotética reforma del Título IV (Del Gobierno y la administración) de la Constitución de 1978», *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, pp. 30 y ss. Aunque sin proponer la reforma del texto constitucional, son de la misma opinión A. Gallego Anabitarte y A. Menéndez Rexach: «En ambos supuestos —se refieren al supuesto de cese por celebración de elecciones generales, bien por el transcurso de cuatro años, bien por disolución anticipada de las Cámaras— está plenamente constituido, pero evidentemente las Cortes están disueltas y tan sólo continúan las Diputaciones Permanentes (art. 78.2 CE). El Gobierno no está en funciones, pero evidentemente no se respetaría el principio de lealtad constitucional si durante este período el Consejo de Ministros aprobase medidas de gran importancia política», en «Comentario al artículo 97. Funciones del Gobierno», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. VIII, Ó. Alzaga (dir.), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, p. 112.

¹⁶ Es de esta opinión M. Satrustegui en la obra ya citada, aunque en su edición anterior mantenía que el Decreto de cese no debía publicarse hasta que la Junta Electoral Central no hiciera públicos los resultados oficiales de las elecciones. Dentro del grupo de autores que entienden que el cese del Gobierno comienza con la proclamación de los resultados podemos citar a L. López Guerra en la voz «Gobierno en funciones», en M. Aragón Reyes (dir.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, t. II, p. 207. M. Revenga Sánchez, en «El Gobierno en funciones», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, cit., p. 1.506, nota 4, discrepa de todas las posiciones anteriores: «El cese se produce automáticamente (sin necesidad, por tanto, de que medie acto formal de dimisión) el mismo día en que se celebran las elecciones generales y con total independencia del resultado de las mismas. Así se deduce del artículo 101.1 de la Constitución y de la asociación mecánica entre renovación del Congreso y recurso al procedimiento de formación de Gobierno que establece el artículo 99.»

zan a operar las restricciones previstas en el artículo 21 de la Ley del Gobierno y a las que me referiré más adelante. En estos casos el cese del Gobierno se produce *ipso iure*, sin que sea necesario un acto formal en el que el Presidente saliente deba presentar la dimisión de forma inmediatamente anterior a formalizar el cese. Lo que sin duda debe hacerse al día siguiente de la celebración de las elecciones generales es elevar al Rey —al que según el artículo 62.d) de la Constitución le corresponde poner fin a las funciones del Presidente del Gobierno— el Real Decreto de cese, que ha de ser refrendado, según mantiene de forma unánime la doctrina, por el Presidente del Gobierno saliente¹⁷.

Tal y como se ha expuesto al principio de este trabajo, en la práctica no siempre el artículo 101 de la Constitución ha sido aplicado de forma correcta, y un buen ejemplo de ello es precisamente cómo se han formalizado los ceses de los primeros Gobiernos. En efecto, en las elecciones que tuvieron lugar tras la aprobación de la Constitución no se formalizó el cese del Gobierno a través del correspondiente Real Decreto¹⁸. Asimismo, tras las segundas elecciones (celebradas en 1982) el Real Decreto de cese del Gobierno fue publicado un mes y unos días después de su celebración haciéndose coincidir con el nombramiento del Gobierno entrante. En los años posteriores se corrigió esta práctica y, al día siguiente de la celebración de las elecciones, se emitieron los Reales Decretos de cese.

Más problemas plantea determinar el momento final del Gobierno en funciones. El artículo 101.2 de la Constitución establece que «el Gobierno seguirá en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno»; sin embargo, en nuestra práctica constitucional no existe un acto formal de toma de posesión del Gobierno, sino que éste, conforme a lo dispuesto en los artículos 99 y 100, se produce de forma escalonada: primero toma posesión el Presidente del Gobierno y posteriormente (y generalmente no inmediatamente después) los Ministros. M. Satrústegui¹⁹ opina que este desdoblamiento en el proceso de formación del Gobierno responde a un criterio excesivamente formalista, no querido por la Constitución debido a que plantea dos problemas fundamentales. El primero de ellos se refiere a la dificultad para determinar el momento final del Gobierno cesante, ya que si se entiende que en el proceso de formación del nuevo Gobierno hay dos fases, no habría más remedio que admitir las siguientes posiciones: durante un plazo de tiempo habría,

¹⁷ La Ley del Gobierno, a diferencia del Proyecto de Ley de 1995, guarda silencio con respecto a quién ha de refrendar el Real Decreto de cese. No obstante, como se ha señalado, la doctrina en este punto es unánime.

¹⁸ Esta omisión, según M. Satrústegui («El cese de Gobierno...», cit., p. 353, nota 15), pudo deberse a que se realizó una interpretación literal de la Disposición adicional octava de la Constitución que otorgaba al Presidente del Gobierno la alternativa de disolver las Cortes Constituyentes o de presentar la dimisión para así poner en marcha el mecanismo previsto en el artículo 99, «quedando en este último caso en la situación prevista en el apartado 2 del artículo 101». Debido a que Adolfo Suárez «optó por la primera solución, probablemente se interpretó que no tenía por qué cesar después de las elecciones, en las que además su partido triunfó».

¹⁹ M. Satrústegui, «El cese del Gobierno...», cit., pp. 358-359.

bien dos presidentes (uno entrante y otro saliente) y Ministros salientes o bien un Presidente entrante sin Ministros. En este mismo caso, según el citado autor, podría postularse «una terminación escalonada del Gobierno cesante», de tal manera que «primero se extinguirían las funciones del Presidente, al tomar posesión su sucesor, mientras que los Ministros continuarían en su cargo hasta que fueran sustituidos», lo que podría producir graves incorrecciones como que el Presidente del Gobierno entrante convoque a Consejo a los Ministros salientes ²⁰.

El segundo inconveniente de este entendimiento del proceso de formación del Gobierno es, según M. Satrústegui, que el Presidente entrante tendría plena libertad para determinar el momento de la propuesta del nombramiento de los Ministros, lo que podría llevar a un alargamiento indeseado del proceso de formación del Gobierno, sin que existiera, además, norma alguna que obligara al Presidente a llevar a cabo tal cometido en un plazo razonable. Para solventar estos dos problemas, M. Satrústegui mantiene que debe haber un solo acto para la toma de posesión de los miembros del Gobierno. Éste se llevaría a cabo tras el nombramiento del Presidente del Gobierno, la propuesta de los Ministros y el refrendo de los correspondientes Reales Decretos. Efectivamente, la propuesta de M. Satrústegui podría solventar el primero de los problemas planteados. Sin embargo, pueden concurrir determinadas circunstancias que imposibiliten que inmediatamente después del nombramiento del Presidente, éste proceda a proponer a sus Ministros para que el Rey los nombre. Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que no se ha obtenido en las elecciones una mayoría suficiente para mantener cierta estabilidad y es necesario hacer un pacto de coalición, o en los en los que el presidente del Gobierno pretende realizar una reorganización ministerial, etc. Aparte de estas razones prácticas, una lectura sistemática de los artículos 99 y 100 de la Constitución parece indicar que hasta que el Presidente del Gobierno no haya tomado posesión de su cargo no puede proponer al Rey la lista ministerial para que éste proceda a su nombramiento.

2.2. La pérdida de la confianza parlamentaria

De conformidad con nuestro sistema político constitucional, debe ser una causa de cese del Gobierno la pérdida de la confianza parlamentaria. Lógicamente el artículo 101 se está refiriendo a aquellos casos en los que prospera una moción de censura o en los que se rechaza una cuestión de confianza. En el primer caso, cuando prospera una moción de censura, se puede afirmar con carácter general que el tiempo de duración del Gobierno en funciones se acorta de forma extraordinaria debido al carácter constructivo que la misma tiene en nuestro sistema, pudiendo durar horas o la suma unos días el período

²⁰ Apunta M. Satrústegui («El cese de Gobierno...», cit., p. 359) que esto sucedió ya el 4 de abril de 1979, pero no tuvo especial trascendencia debido a que el Presidente entrante era el mismo que el saliente.

en el que Gobierno permanecerá en funciones. No sucede lo mismo cuando se rechaza una cuestión de confianza, ya que el Texto constitucional nos remite al procedimiento ordinario de investidura, por lo que se hace necesario realizar las consultas al Monarca, proponer al candidato a la Presidencia, etc. Si en cuanto al elemento temporal, ambos supuestos presentan diferencias, no así en relación con la particularidad que estas causas de cese presentan frente al resto de las constitucionalmente previstas. En efecto, en estos dos casos el Congreso de los Diputados de forma explícita manifiesta su disconformidad con la gestión del Ejecutivo, rompiendo de forma definitiva la relación de confianza que debe existir entre ambos órganos constitucionales. Esta negativa explícita de la Cámara a seguir apoyando el programa político del Gobierno no se traduce, sin embargo, en una mayor limitación de su esfera competencial en relación con otros supuestos de cese en la legislación actual. O lo que es lo mismo, actualmente las limitaciones previstas al Gobierno en funciones son idénticas con independencia de la causa del cese. A pesar de ello, parte de la doctrina aboga por modular el ámbito de actuación del Gobierno cesante en atención a las distintas causas de cese. No obstante, a esta cuestión me referiré en un momento posterior, concretamente cuando se proceda a analizar las limitaciones contenidas en la Ley del Gobierno respecto del Gobierno en funciones.

Tanto el triunfo de una moción de censura como la derrota en el planteamiento de una cuestión de confianza tienen operatividad propia como causas de cese con independencia de lo dispuesto en ambos apartados del artículo 114 CE. Dicho precepto obliga al Presidente del Gobierno a presentar la dimisión al Rey en caso de que la cuestión de confianza sea denegada (apartado 1) o si prospera la moción de censura planteada (apartado 2). Sin embargo, dicha obligación de presentar la dimisión es puramente formal sin que actúe en estos casos como verdadera causa de cese²¹.

Algunos autores se han planteado si dentro de esta causa de cese prevista constitucionalmente —pérdida de confianza parlamentaria— cabe incluir otros supuestos que, de alguna manera, implican la pérdida de la confianza parlamentaria, tales como la devolución al Gobierno por parte del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado o la pérdida de cualquier votación en un asunto crucial en cualquiera de las dos Cámaras. O, incluso, en los casos en los que quien se pronuncia en contra de la opinión del Gobierno es el electorado a través de la celebración de un refe-

²¹ Algunos autores se han planteado qué hacer ante una negativa a presentar la dimisión por parte del Presidente del Gobierno cesante tras aprobarse una moción de censura o rechazarse una cuestión de confianza tal y como exige el artículo 114.1 CE. M. Satrustegui apunta que lo anterior supone una «modalidad de cese no prevista expresamente, pero deducible de la forma de gobierno diseñada por la Constitución. Me refiero a la posibilidad de que el Jefe del Estado tenga que declarar de oficio el cese del Presidente del Gobierno, si éste se niega a presentar la dimisión, tras la aprobación de una moción de censura o el rechazo de una cuestión de confianza, (...) El Decreto de cese podría ser refrendado en esas situaciones por el Presidente del Congreso de los Diputados para facilitar esta situación excepcional», en «Artículo 101. El cese del Gobierno y el Gobierno cesante», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, cit., p. 355.

réndum consultivo. La doctrina²², que es unánime en este punto, entiende que conforme al sistema de parlamentarismo racionalizado no es posible hacer una interpretación flexible del artículo 101.1 de la Constitución, por lo que sólo puede entenderse que se pierde el nexo fiduciario cuando prospera alguno de los mecanismos formalmente establecidos en la Constitución para derrocar al Gobierno, que, como ya hemos señalado, únicamente son la moción de censura y la cuestión de confianza. No obstante, la doctrina entiende que puede haber alguna excepción, pero por razones de sistemática me referiré a ellas en el apartado 5 de este epígrafe.

2.3. La dimisión del Presidente del Gobierno

Otra de las causas de cese expresamente prevista en nuestra Constitución es la dimisión del Presidente del Gobierno. Sin duda, su inclusión como causa de cese es una concreción más de la «concepción “cancilleresca” que inspira»²³ la configuración constitucional del Gobierno. Efectivamente, la posición de preeminencia del Presidente del Gobierno con respecto a los demás miembros del Gobierno no tiene discusión en nuestro sistema. Es al Presidente al que le compete la fijación del programa de gobierno y es este programa expuesto en el debate de investidura por el Presidente el que respalda la Cámara. Por este motivo, la inclusión de este supuesto como causa de cese ha sido valorada muy positivamente por la doctrina²⁴, ya que ha sido omitida en otras Constituciones de nuestro entorno, como la alemana, a pesar de que en la práctica se ha llevado a cabo.

Obviamente la dimisión del Presidente del Gobierno lleva consigo el cese de los demás miembros del Gobierno. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la decisión de dimitir no es colegiada y por ello no debe ser adoptada en el Consejo de Ministros. Es una decisión que debe asumir únicamente el Presidente del Gobierno y que puede deberse a un sinfín de motivos de diversa naturaleza: personales, de crisis o desacuerdos entre los miembros del partido gubernamental, pérdida de un referéndum o de elecciones de ámbito autonómico o local, de la ruptura de dos partidos que gobernaban en coalición, derrota en votación parlamentaria en relación con un asunto crucial, etc.

²² En este sentido podemos citar a F. Santaolalla López, «Artículo 101 CE» en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 3.^a ed., Madrid, 2001, p. 1570. Asimismo, E. Espín Templado señala («Causas de cese del Gobierno», cit., p. 115) que una interpretación sistemática de la Constitución impide entender que la confianza del Congreso de los Diputados en el Gobierno queda rota en el caso de que aquél devuelva el Proyecto de Ley de Presupuestos al Gobierno, ya que la única consecuencia prevista en este caso es la dispuesta en el artículo 134.4 de la Constitución, esto es, la prórroga de los presupuestos anteriores.

²³ Expresión tomada textualmente de F. Rubio Llorente, «Los poderes del Estado», *La forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

²⁴ M. Satrústegui, «El cese del Gobierno...», cit., p. 349.

Si se hace necesaria en otras causas de cese una exteriorización formal de concurrencia de las mismas, con más motivo en este caso. El cese del Gobierno por dimisión voluntaria de su Presidente no se perfecciona con la sola voluntad de dimitir, sino que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.d) de la Constitución, es necesario que esta intención de dimitir sea expresada al Rey y que éste la acepte. Sólo después de que el Rey haya aceptado la dimisión debe publicarse el Real Decreto de cese del Presidente y de los demás miembros del Gobierno. La naturaleza de la aceptación por parte del Rey de la dimisión del Presidente dependerá de lo que entendamos por dimisión. M. Revenga Sánchez²⁵ mantiene, con base en la STC 60/1982, concretamente en su Fundamento Jurídico 3.º²⁶, que la dimisión es un derecho fundamental del Presidente del Gobierno y, por tanto, irrenunciable y de protección reforzada, «que aparece implícitamente recogido, por formar parte de su contenido esencial, en el artículo 23 de la Constitución». Desde esta perspectiva, el Rey debería limitarse en todo caso y sin excepción a recibir tal comunicación, sin que éste pueda condicionar la aceptación de la dimisión. En definitiva, para Revenga Sánchez la aceptación de la dimisión por parte del Monarca es meramente formal, por lo que a su juicio no es aceptable conferirle a este trámite ninguna fuerza constitutiva. Esta consideración de la dimisión como derecho fundamental no es compartida por la mayoría de la doctrina que otorgan a la aceptación del Monarca un trámite esencial. Creo que sería muy dudoso otorgar al Monarca la posibilidad de rechazar la dimisión. Pero lo anterior, no por la consideración de derecho fundamental de la dimisión, sino por el papel que el Monarca desempeña en nuestro Estado. Efectivamente, en una Monarquía Parlamentaria moderna la Corona es un símbolo que, como institución, ha de permanecer ajeno al ámbito de decisión política. Por ello, en el tipo de intervención que se analiza, el Monarca podrá realizar recomendaciones o dar su opinión al Presidente que pretende dimitir para que reconsidere su postura en atención a las circunstancias que concurran, pero en ningún caso podrá dejar de aceptar la dimisión. Al Rey le corresponde únicamente la vigilancia del procedimiento de dimisión, no pudiendo aparecer como responsable de la decisión de dimitir del Presidente.

En cuanto al deber del Presidente de informar de los motivos que le han llevado a la dimisión, la Constitución guarda silencio al respecto, con la salvedad referida al Monarca, que es al que le compete poner fin a las funciones de aquél. Parece, en principio, que razones de cortesía constitucional exigen que el Presidente motive su decisión de dimitir ante el Rey, su Gobierno, el Congreso de los Diputados (que es la Cámara que le otorga la confianza) e incluso ante los ciudadanos. No obstante, creo que la intensidad de la información,

²⁵ M. Revenga Sánchez, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 94.

²⁶ «(...) que si todos los ciudadanos tienen el derecho de acceder a cualquier cargo público, también tiene el de dimitir de ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual y que no estando prohibida (y no lo está) está permitida, aunque pueda admitir en cada caso las limitaciones establecidas por la legislación reguladora del cargo en cuestión (...)»

dependerá de los motivos que le lleven a presentar su dimisión. Así, es absolutamente lícito que la dimisión del Presidente se deba a motivos personales (una enfermedad propia o de un miembro de su familia, por ejemplo). En estos casos creo que bastaría con señalar que la dimisión se debe a motivos personales²⁷, sin que deban exigirse más explicaciones. Téngase en cuenta que lo contrario supondría obligar al Presidente del Gobierno a desvelar o poner en común asuntos que pertenecen a su esfera íntima o la de su familia y que sin duda están protegidos por el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 de la Constitución. Sí debe exigirse, por el contrario, una motivación más intensa en aquellos casos en los que la dimisión se deba a otros motivos que escapen del ámbito privado. Obviamente, todo lo anterior tiene sentido en el terreno de lo político, pues jurídicamente las explicaciones no son exigibles en ningún caso.

Es preciso destacar que hasta que se haga público el Real Decreto de cese del Gobierno dimisionario, el Presidente puede revocar su intención de dimitir y expresar su voluntad de seguir en el Gobierno. De ahí que la mejor forma de que el Presidente del Gobierno certifique su voluntad firme de dimitir sea refrendar el Real Decreto de cese. La única dimisión que se ha producido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 fue la del Presidente Adolfo Suárez. Sin embargo, la formalización del cese del Gobierno dimisionario no se realizó en forma de Real Decreto hasta casi un mes después de que se hiciera público un comunicado anunciando la dimisión del Presidente²⁸.

Otra de las cuestiones que se ha planteado la doctrina en relación con este supuesto de cese del Gobierno es si el Presidente del Gobierno dimisionario debe continuar en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno o, por el contrario, puede ser suplido siguiendo las pautas establecidas en el artículo 13 de la Ley 50/1997, reguladora del Gobierno. Según algunos autores²⁹, aunque hubiera sido deseable que el propio Texto constitucional posibilitara la suplencia del Presidente de Gobierno dimisionario, es inaceptable tal posibilidad. Y ello debido a los términos en los que está redactado el artículo 101 CE, que, sin ningún género de dudas, establece la obligación de todo el Gobierno (incluido su Presidente) de seguir en funciones hasta la toma de posesión del nuevo. Para estos autores, el *quid* de la cuestión no está en determinar si en el término «vacante», previsto como causa de suplencia en el artículo 13 de la Ley del Gobierno, y al que me referiré más adelante, puede utilizarse como causa de suplencia en este caso concreto, sino en que existe

²⁷ En este sentido, entiendo que debe matizarse la postura de M. Satrústegui, «El cese de Gobierno...», cit., p. 350: «El Presidente debe motivar su iniciativa al Monarca para que éste pueda cumplir con su función constitucional. Pero, además, puesto que es responsable ante el Congreso y en último término ante el país, parece desde luego exigible, al menos en el plano de la corrección constitucional, que el Presidente haga pública la motivación de este acto».

²⁸ En efecto, el día 29 de enero de 1981, y tras haber mantenido Adolfo Suárez una audiencia con el Rey el día anterior, se dio a conocer a través de un comunicado la dimisión del Presidente del Gobierno. Sin embargo, hasta el día 26 de febrero no se procedió a dictar el Real Decreto de cese, día en el que también fue publicado el Real Decreto por el que se nombró Presidente del Gobierno a Calvo Sotelo.

²⁹ Entre otros, *vid.* M. Revenga Sánchez, «El Gobierno en funciones», cit., y F. Reviriego Picón, *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, cit., p. 132.

una obligación derivada de la propia Constitución consistente en que el Gobierno cesante —y también el dimisionario— deben permanecer en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. La exigencia de continuidad, por tanto, al preverse *ex constitutione*, no permite ni tan siquiera plantearse si el término vacante previsto en el citado artículo puede permitir la suplencia del Presidente del Gobierno dimisionario, ya que la suplencia de éste sólo sería posible si se procediera a una reforma constitucional en este sentido³⁰. Téngase en cuenta que sólo el Presidente del Gobierno y no su gabinete es el que recibe la confianza de la Cámara, por lo que en este caso, aunque el vínculo se ha roto unilateralmente por éste, no es aceptable que otra persona distinta ocupe su lugar durante este trance. Otro sector de la doctrina³¹ no comparte la idea antes expuesta. El artículo 101 CE establece la obligación de continuidad del Gobierno una vez que el mismo ha cesado y esa exigencia se ve plenamente satisfecha con la suplencia del Presidente del Gobierno, sin que pueda servir de argumento que deba ser éste el que continúe, ya que fue el único que recibió la confianza de la Cámara.

Como ya se ha dicho, las causas que pueden motivar la dimisión del Presidente del Gobierno pueden ser de muy diversa naturaleza y probablemente algunas de ellas aconsejarían —por no decir que harían necesaria³²— la suplencia. Sin embargo, creo que sí existe un deber de permanencia derivado de la propia Constitución por los términos en los que la misma está redactada. Téngase en cuenta que es el Presidente el que ha recibido la confianza de la Cámara para gobernar y, en la medida de lo posible, ha de continuar hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

2.4. El fallecimiento del Presidente del Gobierno

Como no podía ser de otra manera, una vez que desaparece el sujeto al que la Cámara le otorgó la confianza para presidir el Gobierno de la Nación se produce el cese de éste³³. Vuelve a ponerse de manifiesto en este caso la primacía

³⁰ Esta interpretación del artículo 101 CE llevaría a tachar de inconstitucional toda norma con rango de ley que estableciera la suplencia del Presidente dimisionario por el Vicepresidente. Curiosamente, el Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública, si contemplaba la suplencia del Presidente del Gobierno dimisionario: «En los casos de dimisión o fallecimiento del Presidente del Gobierno, y a los efectos de asegurar la continuidad de la acción gubernamental, será sustituido en el ejercicio de sus funciones por el Vicepresidente del Gobierno, o por el primero de entre ellos, si hubiere varios, o por los sucesivos a falta de los precedentes o, en su defecto, por el Ministerio designado a tal fin o por el que más tiempo lleve (...)», BOCCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 1001-1, de 5 de febrero de 1980.

³¹ Vid. entre otros, E. Guillén López, *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, pp. 37 a 40.

³² Piénsese, por ejemplo, en la dimisión por causa de enfermedad grave que no permite al Presidente estar al frente del Gobierno, o en la dimisión motivada por un supuesto de incompatibilidad.

³³ Hay que decir, sin embargo, que en el Anteproyecto de Constitución no se incluyó el fallecimiento del Presidente del Gobierno como causa de cese, lo que sin duda se debió a un olvido que fue corregido de inmediato con la enmienda número 697 presentada por el G. P. Comunista.

que ocupa el Presidente del Gobierno en nuestro sistema político constitucional. Téngase en cuenta que, en esta causa de cese, a diferencia de las demás, no se produce una ruptura voluntaria del nexo fiduciario por ninguno de los dos sujetos implicados: ni del Presidente ni de la Cámara. Sin embargo, es obvio que el fallecimiento del Presidente deba conducir al cese al Gobierno, ya que de otra manera la única opción posible para continuar la legislatura sería aceptar la suplencia del Presidente hasta el final del mandato para el que fue elegido, lo que equivaldría a aceptar una investidura implícita, cosa que no es posible en nuestro sistema.

En circunstancias normales, poco hay que decir sobre el momento del inicio de esta causa de cese, pues se trata de un hecho verificable que no admite discusión alguna³⁴. Para determinar quién preside el Gobierno cesante cuando concurre esta causa de cese habrá que estar a las reglas previstas en la Ley del Gobierno³⁵ que ha ampliado los casos de suplencia previstos en la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración General del Estado. Conviene detenernos un momento en la diferencia, a mi juicio cualitativa, entre la regulación prevista en el Proyecto de Ley de 1995 y la finalmente adoptada en el artículo 13 de la Ley del Gobierno.

El artículo 23³⁶ del Proyecto de Ley de 1995 distinguía dos tipos de suplencia: una en los casos de fallecimiento o incapacidad total y permanente del Presidente del Gobierno (art. 23.1) y otra en los supuestos de ausencia del territorio nacional, enfermedad o impedimento temporal del Presidente del Gobierno (art. 23.2). Para este segundo caso, la norma preveía que la suplencia «sería sólo por el tiempo necesario». La interpretación literal del artículo 23 parecía indicar que habría dos tipos de suplencias (o dos suplencias): una de carácter extraordinario (la del apartado primero del art. 23) en la que no se establece límite temporal alguno

³⁴ Puede ocurrir, sin embargo, que la muerte se produzca en circunstancias tales que no sea posible determinar con certeza el fallecimiento, como un accidente aéreo o marítimo, y únicamente se pueda asegurar su desaparición. Esta serie de supuestos los trataré más adelante. Y ello debido a que la causa de cese prevista en la Constitución es el fallecimiento y no otros, como la desaparición, coma irreversible, etc.

³⁵ El artículo 13 de la Ley del Gobierno establece que «en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, las funciones serán asumidas por los Vicepresidentes, de acuerdo con el correspondiente orden de prelación, y, en defecto de ellos, por los Ministros, según el orden de precedencia de los Departamentos».

³⁶ Transcribo, por su importancia, el tenor literal de precepto:

«Artículo 23. Suplencia del Presidente del Gobierno.

1. El Vicepresidente del Gobierno, el primero de entre ellos si hubiera varios, el inmediatamente siguiente de los sucesivos a falta del precedente y, en su defecto, el Ministro titular de la cartera más antigua conforme al uso constitucional de precedencia entre los Ministros, suplen en sus funciones al Presidente del Gobierno en caso de fallecimiento y de incapacidad total o permanente. (...)
2. El mismo orden de suplencia dispuesto en el número anterior debe observarse, si bien sólo por el tiempo necesario, en los supuestos de ausencia del territorio nacional, enfermedad o impedimento temporal del Presidente del Gobierno.
3. La suplencia se hace pública mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno, refrendado por el propio Presidente del Gobierno suplido o por el suplente legalmente previsto, debiendo expresarse en dicho Real Decreto la causa y el carácter de la suplencia.»

y otra de carácter ordinario (la prevista en el apartado segundo) con respecto a la que se especifica que sólo será «por el tiempo necesario». Esta distinción parece indicar que la suplencia prevista en el artículo 23.1 más que una suplencia es una sustitución sin límite ni funcional ni temporal alguno. Cuando el Presidente del Gobierno fallece, el Gobierno cesa automáticamente, por lo que el Vicepresidente no le sustituye y ocupa su lugar hasta el final del mandato, sino que pase a ser un Vicepresidente de un Gobierno en funciones y, por tanto, sujeto a las restricciones oportunas. No obstante, me referiré con más profundidad a este asunto cuando trate los problemas que puede plantear la incapacidad permanente y total del Presidente del Gobierno (supuesto en el que también se preveía la sustitución extraordinaria equiparándola al fallecimiento en cuanto a sus efectos). Baste en este momento aplaudir la opción del legislador de 1997 al establecer un solo tipo de suplencia.

M. Satrústegui³⁷ entiende que el artículo 13 de la Ley del Gobierno debería haber hecho referencia expresa al fallecimiento del Presidente como causa de suplencia, «lo que es, desde luego, una omisión incomprensible». No obstante, el fallecimiento puede ser la causa que determine la «vacante», situación ésta en la que se prevé la suplencia³⁸. El Real Decreto de cese en caso de fallecimiento del Presidente será refrendado por el Vicepresidente, o, en su defecto, el Ministro que haya suplido al Presidente del Gobierno.

2.5. ¿Existen otras causas de cese además de las previstas en el artículo 101.1 CE?

Cabe preguntarse si las causas previstas en el artículo 101.1 de la Constitución son las únicas que dan lugar al cese del Gobierno o, por el contrario, existen otras no expresamente previstas en el citado precepto³⁹. La mayoría de la doctrina, no de forma unánime, ha analizado en este punto otras dos posibles causas: la incapacidad del Presidente del Gobierno y la condena penal del Presidente en los casos que se verán más adelante.

³⁷ «El cese de Gobierno...», cit., p. 354.

³⁸ Así lo han entendido A. Gallego Anabitarte y A. Menéndez Rexach: «Bajo el supuesto de vacancia de la Presidencia del Gobierno hay que subsumir la dimisión o fallecimiento del Presidente (...), «Comentario al artículo 97. Funciones del Gobierno», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, cit., p. 111.

³⁹ Algunos autores mantienen que, con independencia de que pudieran existir otras causas de cese, no es posible equiparar éstas a las causas de cese positivizadas y previstas en el artículo 101.1 de la Constitución, que contiene una lista tasada. En este sentido, M. Revenga Sánchez sostiene «(...) no cabe, por tanto, ampliar los cauces formales de expresar la ruptura del nexo fiduciario más allá de los supuestos tasados que vienen establecidos en la Constitución con una regulación precisa de sus consecuencias», *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, cit., p. 88. En el mismo sentido, E. Álvarez Conde: «La enumeración del primer párrafo (se está refiriendo al 101.1) tiene carácter taxativo, como quedó de manifiesto tras la supresión por parte de la Comisión Mixta Senado-Congreso de la incapacidad del Presidente como supuesto de cese del Gobierno, con el propósito de no admitir otras causas de cese que las mencionadas expresamente», cit., p. 201. No comparto esta última opinión, ya que la norma constitucional se dicta con vocación de permanencia, sin que deba prevalecer el criterio de oportunidad (que, por otra parte, no se ha normativizado) adoptado en aquel momento.

2.5.1. *La incapacidad del Presidente del Gobierno*

Aunque se trate de un supuesto poco común⁴⁰, creo que hubiese sido deseable su regulación en la propia Constitución, ya que, como se verá a continuación, puede dar lugar a determinadas consecuencias que en otros supuestos han tratado de ser evitadas por el constituyente y que son de difícil aceptación en cualquier sistema parlamentario. No obstante, no todos los supuestos de incapacidad son iguales y, por tanto, no todos deben ser tratados de la misma forma desde el Derecho. Hay que distinguir si la incapacidad del Presidente es temporal o permanente. En el primer caso, no tiene ningún sentido plantearse siquiera la posibilidad de que cese el Gobierno, ya que, la Ley del Gobierno en su artículo 13⁴¹, establece que en ese caso el Presidente será suplido por el Vicepresidente o, de no haberlo, por un Ministro.

Más problemas plantea el supuesto de la incapacidad permanente. Hay que advertir, en primer término, que este caso figuraba como causa de cese en el proyecto constitucional, pero fue suprimido por la Comisión Mixta Congreso-Senado. Quizás por ello el artículo 21 de la Ley del Gobierno no ha incluido este supuesto como causa de cese. No sucedió lo mismo con el Proyecto de Ley de 1995, que, si bien no incluyó la incapacidad permanente y total como causa de cese, sí se tuvieron como tal otras que no estaban previstas en la Constitución.

Creo que son muchos los problemas que plantea la incapacidad permanente o total del Presidente del Gobierno. Uno de ellos se refiere al propio significado de la causa de cese. En efecto, por «incapacidad permanente» podemos entender o una incapacidad formalmente declarada o una simple incapacidad de hecho que puede ser muy prolongada en el tiempo sin que en el mismo pueda determinarse ni su fin ni su irreversibilidad. Esto es, el problema no sólo se plantea cuando es obvio que el Presidente se encuentra incapacitado para asumir la presidencia del Gobierno, sino cuando desde que se produce el hecho que da lugar a la incapacidad y hasta que se puede determinar si la misma es irreversible o no, transcurre demasiado tiempo. O dicho en otras palabras, puede ocurrir que durante un largo período de tiempo no sea posible determinar si existe o no incapacidad permanente y/o total —o incluso fallecimiento⁴²— del Presidente del Gobierno. Por otra parte, es conveniente apuntar que no hay razón para equiparar la incapacidad civil (formalmente declarada) con una incapacidad «política» que impediría al Presidente del Gobierno asumir la presidencia de éste. La solución jurídica prevista para estos casos la encontramos en el artículo 13 de la Ley del Gobierno,

⁴⁰ A pesar de ello, en los últimos años podemos encontrar algún caso en otros países. En 1999, en Croacia el estado de coma del Presidente de la República F. Tudjman provocó la aprobación por el Parlamento del citado país de una ley de rango constitucional mediante la que se declaraba la incapacidad del Presidente para mantenerse en el cargo y la finalización de la legislatura.

⁴¹ Véase la nota 37.

⁴² Como ya apunté anteriormente, nos podemos encontrar ante casos en los que lo único que se puede determinar es la desaparición del Presidente —accidente aéreo o naval, catástrofe—. Es obvio que en este tipo de supuestos la solución no puede consistir en la iniciación y resolución del procedimiento de declaración y fallecimiento por causa de ausencia o desaparición prevista en el Código Civil, por lo dilatado de los plazos.

que prevé la suplencia del Presidente en los términos ya expuestos. Creo que esta previsión normativa plantea dos problemas fundamentales:

El primero viene dado por el propio concepto de suplencia. Según J. A. Santamaría Pastor⁴³, la suplencia «consiste en la sustitución personal y temporal en la titularidad de un órgano; esto es, en la asunción temporal por el titular de un órgano de las funciones de otro por razón de la imposibilidad sobrevenida de éste para ejercerlas (por razón de vacante, enfermedad, ausencia, etc.)». No existe traslación de competencias, por cuanto en esta técnica «son las competencias las que se mueven de un órgano a otro, permaneciendo éstos (los titulares de los órganos) inmóviles; en la suplencia, en cambio, son los titulares de los órganos los que se mueven, permaneciendo estáticas las competencias». El artículo 17.1 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los órganos administrativos podrán ser suplidos temporalmente en los casos de «vacante, ausencia o enfermedad». El apartado segundo del mismo artículo establece que la suplencia no implicará la alteración de la competencia, por lo que, según A. Gallego Anabitarte⁴⁴, «la competencia sigue siendo propia del órgano en el que se va a producir una suplencia o sustitución de sus administradores o gestores (art. 17.2), por lo tanto, el suplente actuará en nombre y por cuenta del suplido».

Pues bien, trasladar este concepto de suplencia a la del Presidente del Gobierno sin limitación alguna, parece cuanto menos de dudosa constitucionalidad. Téngase en cuenta que, según el concepto de suplencia que acabamos de exponer, sería posible que el Vicepresidente del Gobierno, supliendo al Presidente, dimitiera, propusiera al Rey la disolución de las Cámaras, planteara ante el Congreso de los Diputados cuestión de confianza, separara y nombrara a los Vicepresidentes y Ministros y propusiera al Monarca la convocatoria de un referéndum consultivo, entre otras cosas. Este concepto de suplencia permitiría al que suple al Presidente del Gobierno realizar aquellos actos que el propio texto constitucional atribuye directamente al Presidente. Esta posibilidad está, por otra parte, directamente excluida en la Ley del Gobierno cuando se procede a regular la delegación de competencias. Así, el artículo 20 de la citada norma, tras admitir la posibilidad de que el Presidente del Gobierno delegue a favor del Vicepresidente o Vicepresidentes y de los Ministros el ejercicio de competencias propias, procede a excluir en el apartado tercero aquellas competencias que son «atribuidas directamente por la Constitución».

El segundo problema se refiere a si sería posible admitir una suplencia (en los términos anteriormente expuestos) del Presidente del Gobierno. Reven-

⁴³ J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, t. I, p. 927. En el mismo sentido, A. Gallego Anabitarte, *Conceptos y Principios fundamentales del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 121, que establece: «Por lo tanto, más que ante un supuesto de traslado de competencias nos encontramos ante un caso de sustitución: en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, los administradores o gestores de los órganos administrativos serán sustituidos por otras personas físicas (...)».

⁴⁴ A. Gallego Anabitarte, *Conceptos y Principios fundamentales...*, cit., p. 122.

ga Sánchez ⁴⁵ ha apuntado que esta regulación basada en la suplencia posibilita «el fraude constitucional», ya que si la misma se prolonga más allá de lo razonable «pasaría a convertirse en habitual y permanente», posibilitando al suplido la presidencia del Gobierno a través de una investidura implícita, lo cual, obviamente, no es posible en nuestro sistema. Se hace necesario retomar en este momento lo que disponía el artículo 23 del Proyecto de Ley del Gobierno de 1995. Este precepto preveía el mismo régimen de suplencia, que he denominado «extraordinario», en el caso de fallecimiento del Presidente del Gobierno y en el caso de incapacidad total y permanente del Presidente del Gobierno. La diferencia es que el fallecimiento del Presidente es una causa de cese explícitamente prevista y, sin embargo, la incapacidad permanente del Presidente no. La interpretación literal del precepto ⁴⁶ conducía a admitir la «investidura implícita», esto es, que el Vicepresidente del Gobierno ocupara el lugar del Presidente hasta que el Gobierno, encabezado por el Vicepresidente, incurriera en una de las causas de cese explícitamente previstas en la Constitución. Estaríamos, por tanto, ante una investidura impuesta por la Ley de manera tácita, en mi opinión, sin ninguna cobertura constitucional. Aunque la Ley del Gobierno actualmente en vigor no establece esta distinción entre suplencias ordinarias y extraordinarias, no dispone ningún límite temporal a la suplencia en ningún caso, por lo que puede producir los efectos apuntados anteriormente y que, como he señalado, son de dudosa constitucionalidad.

Me parece que ni es posible aplicar al Presidente del Gobierno el régimen de suplencia expuesto, ni tampoco es posible no limitar temporalmente la duración de la misma. Me parece que la combinación de estos dos supuestos, la suplencia tal y como la hemos expuesto y sin limitación temporal produciría una violación de los artículos 1.3 y 99 de la Constitución, ya que nos encontraríamos ante un Vicepresidente convertido en Presidente del Gobierno sin haber obtenido la confianza del Congreso de los Diputados. Y ello a pesar de que el suplente siga manteniendo en términos generales el programa político previsto por el Presidente.

Tampoco sería posible, aun en el caso de estar limitada, entender que el concepto de suplencia al que se refiere el artículo 13 de la Ley del Gobierno es idéntico al regulado en el artículo 17 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En efecto, no puede ser lo mismo la suplencia entre titulares de órganos administrativos que la suplencia del Presidente del Gobierno, que obviamente no es un órgano administrativo y que «carece, *per se*, de funciones administrativas propias» ⁴⁷.

Partiendo de lo anterior, hay que concluir que un Gobierno sin el Presidente al que se le otorgó la confianza de la Cámara, aunque esté prevista su

⁴⁵ M. Revenga Sánchez, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, cit., p. 104.

⁴⁶ Téngase en cuenta que la interpretación apuntada no podía ser otra, ya que el Proyecto de Ley, además de las causas previstas constitucionalmente, establecía como causa de cese la condena firme del Presidente por delito doloso, omitiendo la incapacidad total y permanente del Presidente.

⁴⁷ J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit., p. 982.

suplencia, es un Gobierno en cierto modo limitado. Y ello porque hay funciones expresamente atribuidas al Presidente del Gobierno que no son susceptibles de ser asumidas por el suplente. Entre ellas, cabría destacar la decisión de dimitir, la de proponer al Rey la disolución de las Cámaras, el plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza, la separación y nombramiento de los Vicepresidente y Ministros y la proposición al Monarca de la convocatoria de un referéndum consultivo ⁴⁸. Lógicamente el mantenimiento de la suplencia y, por tanto, esta serie de restricciones por tiempo indefinido afecta a la posición constitucional del Gobierno en nuestro sistema político, que, como se ha señalado anteriormente, es central en la configuración actual del Estado. Pero es que, además, esta limitación afecta de modo directo al órgano encargado de mantener o remover al Presidente y su Gobierno en el Gobierno ⁴⁹. Creo que la solución no puede consistir en entender que el Vicepresidente, mientras dure la incapacidad del Presidente, puede asumir la totalidad de las competencias atribuidas al Presidente del Gobierno. Creo que esta interpretación sí supondría un fraude constitucional. Lo que desde luego no es deseable es que el ordenamiento jurídico no dé más respuesta a esta situación que la suplencia del Presidente con el consiguiente recorte de atribuciones que ello conlleva. La conclusión, me parece, es que en estos casos la solución más correcta no parece ser la suplencia.

La doctrina mantiene diferentes posturas en relación con la solución que debe adoptarse en estos supuestos. Para M. Satrústegui ⁵⁰ «corresponderá al propio Presidente la responsabilidad de poner fin a una situación de incapacidad definitiva suya, mediante la presentación de su dimisión». Para Revenga Sánchez ⁵¹ la incapacidad permanente no puede ser una causa de cese debido a que la misma fue excluida en el debate constituyente, por lo que entiende que las únicas opciones en esta situación son bien la dimisión del Presidente o la presentación de una moción de censura. Estoy de acuerdo con M. Satrústegui y con Revenga Sánchez en que la dimisión del Presidente sería la mejor opción. No obstante, es obvio que no da respuesta a aquellos supuestos en los que el Presidente del Gobierno esté incluso impedido para manifestar su voluntad de dimitir. Es más, atendiendo al anterior razonamiento, esto es, a que la sustitución por tiempo indefinido del Presidente afecta a la propia posición constitucional del Gobierno al dejarlo disminuido, tampoco sería conveniente esperar *sine die* a que el Presidente

⁴⁸ Así se ha establecido en algunas leyes reguladoras de los Gobiernos de las distintas Comunidades Autónomas. Véanse, a modo de ejemplo, los artículos 14 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, del Parlamento Vasco, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Gobierno Vasco, 14 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, reguladora del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid y 7.3 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, por la que se aprueban las normas reguladoras del Gobierno de las Illes Balears.

⁴⁹ A mi juicio, el Vicepresidente o el Ministro que sustituya al Presidente del Gobierno no podría ser objeto de una moción de censura, ya que no es posible retirar la confianza a quien ni siquiera se le ha otorgado.

⁵⁰ M. Satrústegui, «El cese de Gobierno...», cit., p. 355.

⁵¹ M. Revenga Sánchez, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, cit., p. 104.

podiera o quisiera presentar su dimisión en el caso de que su incapacidad fuera permanente, pero no hasta tal punto de impedirle presentar su dimisión. En cuanto a la posibilidad sugerida por Revenga Sánchez de presentar una moción de censura no me parece adecuada. En primer lugar, porque la Constitución prevé en el artículo 113 la utilización de este mecanismo por parte del Congreso de los Diputados «para exigir la responsabilidad política del Gobierno». Evidentemente no es el instrumento adecuado para procurar la caída del Gobierno por causas que son ajenas a la actividad política, entre las que podemos citar la incapacidad del Presidente para ejercer sus funciones. En segundo lugar, porque el artículo 176 del Reglamento de las Cortes Generales exige que se dé «cuenta de su presentación al Presidente del Gobierno y a los Portavoces de los Grupos Parlamentarios». Efectivamente, al igual que señalé en el caso de la dimisión, las circunstancias pueden impedir que se lleve a cabo tal notificación, por lo que difícilmente podría continuarse con su tramitación. Es más, no me parece que responda a las reglas de cortesía constitucional ni al significado de la moción de censura proceder a su proposición, cuando a pesar de contar el Gobierno y su Presidente con la confianza de la Cámara, sobreviene un hecho que hace imposible que el propio Presidente pueda «defenderse», precisamente porque el debate no se centrará en su gestión política, sino en su circunstancia personal.

Para Espín Templado⁵² y para Bar Cendón⁵³, sin embargo, la incapacidad permanente del Presidente del Gobierno debe ser una causa de cese, aunque no esté explícitamente contemplada ni el artículo 101.1 de la Constitución ni en la Ley del Gobierno. Otros autores, como Álvarez Conde⁵⁴, entienden que en ningún caso debe incluirse como una causa de cese debido a que no está prevista expresamente como tal, por lo que mantienen que la única solución posible en este caso es que el Vicepresidente del Gobierno se siga haciendo cargo de la Presidencia del Gobierno «por tiempo indefinido, hasta que cese la incapacidad», solución ésta que no comparto por las causas expuestas anteriormente.

Otros autores, como Guillén López⁵⁵, llegan a la conclusión de que tanto de la voluntad del constituyente como del legislador se deriva una idea: «no se puede incapacitar al Presidente del Gobierno. O mejor que ¿para qué establecer un proceso, bien ordinario, bien especial, para comprobar la capacidad del Presidente del Gobierno cuando depende para seguir ejerciendo sus funciones de la voluntad de la Cámara? Esto tiene fundamento como medio de extinción del mandato representativo (...) y carece de toda funcionalidad, por tanto, en un sistema que tiene a la confianza como vínculo». Creo que esta pro-

⁵² E. Espín Templado, «Causas de cese del Gobierno», cit., p. 119.

⁵³ A. Bar Cendón, *El Presidente del Gobierno en España. Encuadre constitucional y política práctica*, Civitas, Madrid, 1983. Véanse pp. 174-175.

⁵⁴ E. Álvarez Conde, «El Gobierno en funciones», cit., p. 201.

⁵⁵ E. Guillén López, *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el Ordenamiento Constitucional español*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, p. 44.

puesta no soluciona tampoco el problema. En efecto, el que se pueda derivar tanto del constituyente como del legislador que no se puede incapacitar al Presidente del Gobierno no resuelve la situación del Presidente incapaz, se haya establecido o no un procedimiento *ad hoc* para llegar a tal aseveración. Por otra parte, y como ya he dicho anteriormente, creo que los instrumentos de control parlamentario con el fin de remover al Gobierno no pueden utilizarse para este tipo de supuestos por los dos motivos antes expuestos: ni su objeto es ser utilizados para estos casos —y así lo corrobora el procedimiento previsto legal y reglamentariamente para su puesta en marcha— ni podrían llegar a tramitarse en algunos casos por la falta de juicio del propio Presidente.

Lo más deseable sin duda, hubiera sido que el legislador, consciente de los problemas que pueden plantearse, hubiese contemplado una solución para los casos en los que la incapacidad, llegando o no a ser permanente, se alarga más allá de lo razonable en el tiempo, o bien la misma es (o pasa a ser) permanente⁵⁶. Algunas leyes⁵⁷ reguladoras del Gobierno de las Comunidades Autónomas han optado por combinar el criterio de la incapacidad y el de la temporalidad, de tal manera que prevén el cese del Gobierno en los casos en los que la incapacidad del Presidente lo es por tiempo superior al fijado en la norma. Quizás el motivo por el que el legislador no estableció como causa de cese la incapacidad permanente del Presidente fue el de su exclusión como tal causa en el debate constituyente. Sin embargo, no tiene mucho sentido dejar sin regular un aspecto tan importante como éste y, sin embargo, sí establecer y regular, en el ámbito competencial, límites

⁵⁶ Obviamente, en dicha legislación, resultaría imprescindible que el legislador estableciera a quién compete la declaración de incapacidad del Presidente del Gobierno así como la forma en que debe ser acordada la misma. En mi opinión, sería deseable que tal decisión no se residenciara ante la jurisdicción. Una regulación que me parece acertada es la prevista en la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, reguladora del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, en la que se ha optado por la obligatoriedad de que tanto el Gobierno como la Asamblea compartan la responsabilidad de la declaración de incapacidad. *Vid.* a este respecto la nota siguiente.

⁵⁷ Así, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se prevé como supuesto de cese del Presidente «la incapacidad permanente, física o mental que le inhabilite para el ejercicio del cargo» [art. 12.1.e) de la Ley 6/1983, de 21 de julio, reguladora del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía], estableciéndose asimismo que «se entenderá producida la incapacidad permanente por el mero transcurso de los cuatro meses» desde la fecha publicación del nombramiento del Presidente interino (arts. 12.2 en relación con los arts. 9 y 11 de la citada norma). La misma regulación está prevista en los artículos 9 y 12 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, del Parlamento Vasco, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior del Gobierno Vasco; y 16 y 17 de la Ley 2/1984, de 7 de junio, reguladora del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, arts. 8, 9, 10 y 12 de la Ley 1/1988, de 7 de enero, reguladora del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración Regional de la Comunidad Autónoma de Murcia, arts. 13, 15 y 16 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, reguladora del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid. Hay que señalar, no obstante, que en este último caso no es preciso esperar a que transcurra el período de cuatro meses para que se produzca el cese del Gobierno por la incapacidad de su Presidente, sino que puede decretarse antes, siempre que, a propuesta del Consejo de Gobierno, la Asamblea de Madrid, mediante acuerdo adoptado por mayoría absoluta de sus miembros, declare la incapacidad permanente del Presidente para mantenerse en el cargo. Hay que subrayar que, en todos estos casos se establece que el Presidente interino ni puede ser objeto de moción de censura ni proponer cuestión de confianza imposibilitándose así mismo asumir algunas de las competencias atribuidas al Presidente, tales como separar a consejeros, modificar el programa político, etc.

explícitos al Gobierno en funciones no recogidos ni derivados (algunos de ellos) de la Norma constitucional. No obstante, a este problema me referiré más adelante.

A modo de conclusión, hay que decir que la suplencia, tal y como se ha expuesto, puede dar lugar o al fraude constitucional, ya que no hay investiduras *ex lege* (para el caso de que se entienda que el sustituto asume durante la misma la totalidad de las atribuciones del Presidente) o a la existencia de un Gobierno despojado de determinadas competencias que afectan a la propia posición del Gobierno en nuestro sistema constitucional, al no poder el Vicepresidente asumir el abanico de competencias constitucionalmente atribuidas al Presidente, o a ambas cosas. Por ello, a falta de regulación, la solución más adecuada sería entender la incapacidad permanente del Presidente del Gobierno como causa de cese. El problema estaría en determinar el momento en que se inicia el cese del Gobierno por esta causa. Me parece que podría estarse al plazo de los dos meses establecido en el artículo 99.5 de la Constitución. De este precepto se deriva la voluntad del constituyente de que no permanezca el Estado sin Presidente del Gobierno dotado de la confianza de la Cámara por un período superior a dos meses. El plazo comenzaría desde el día en el que el Presidente del Gobierno se viera impedido, con independencia de que durante ese plazo sea imposible determinar si la incapacidad que sufre es permanente y total o no. Soy consciente de los problemas que esta tesis plantea, pero parece la más adecuada a falta de una reforma que explícitamente recogiera la incapacidad permanente del Presidente del Gobierno como causa de cese.

2.5.2. *Procesamiento y condena penal del Presidente del Gobierno*

El segundo de los supuestos analizados por la doctrina como posible causa de cese del Gobierno es el procesamiento y/o la condena penal de su Presidente. Una de las grandes novedades que preveía el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno de 1995 era precisamente la inclusión como causa de cese del Gobierno la condena de su Presidente por sentencia firme por delito doloso⁵⁸. Sin embargo, el legislador de 1997 ha optado por no ampliar las causas de cese previstas constitucionalmente. Pero hay que advertir que la condena penal del Presidente, aun sin estar expresamente prevista ni en la Constitución ni en la actual Ley del Gobierno, conllevará, en un gran número de casos, al cese del Presidente del Gobierno de los demás miembros del mismo. Y ello porque, de llevar

⁵⁸ El artículo 20.2 del Proyecto disponía: «El Presidente del Gobierno cesa en el cargo por cualquiera de las causas previstas en el artículo 101.1 de la Constitución, así como en el de condena firme por delito doloso en el supuesto de exigencia de responsabilidad criminal conforme al artículo 102, asimismo de la Constitución. (...) El Real Decreto de cese es refrendado por el propio Presidente del Gobierno saliente, salvo en caso de fallecimiento o condena penal en que el refrendo corresponde al Vicepresidente del Gobierno o el Ministro que estuviese supliendo al Presidente del Gobierno conforme a lo dispuesto en el artículo 24.» Véase el Texto del Proyecto de Ley en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 6 de noviembre de 1995, Serie A, núm. 141.1.

aparejada la condena las accesorias (o principal) de inhabilitación o de prohibición de disfrutar de los derechos de sufragio activo o pasivo, concurrirá una causa sobrevenida de cese por pérdida de uno de los requisitos esenciales de acceso y, por tanto, de permanencia en el cargo ⁵⁹. Obviamente a lo anterior habrá que añadir la imposibilidad de ejercer desde la cárcel las funciones atribuidas al Presidente.

Cuando la sentencia condenatoria es firme, el asunto parece claro ⁶⁰. Sin embargo, el problema está en determinar si debe ser también causa de cese la imputación o el procesamiento del Presidente del Gobierno. Para analizar con detalle esta cuestión es preciso diferenciar entre los casos en los que la acusación fuese por traición o por otro delito contra la seguridad del Estado de los casos en los que la acusación viene referida a cualquier otro delito.

Si la acusación fuese por traición o por otro delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, el artículo 102.2 de la Constitución prevé dos requisitos de procedibilidad: que la iniciativa de la acusación se plantee por, al menos, la cuarta parte de los miembros del Congreso de los Diputados y que la misma sea aprobada por mayoría absoluta de la citada Cámara. Hay que tener en cuenta que en el Congreso no se debe debatir acerca de la culpabilidad o no del Presidente, sino que se trata de una mera iniciativa ⁶¹ que, de ser aprobada, obliga al Presidente del Congreso de los Diputados a comunicarla a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que será el competente, según lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Constitución, para conocer de la responsabilidad penal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno, sin que en ningún caso la decisión del Congreso pueda prejuzgar el fallo del Tribunal. Tal y como ha señalado G. Rodríguez Mourullo ⁶², este requisito de procedibilidad, consistente en la intervención de la Cámara, supone una protección a los miembros del Gobierno frente a posibles querellas infundadas formuladas por particulares. Eso sí, una vez que el Congreso de los

⁵⁹ El artículo 11 de la Ley del Gobierno establece entre los requisitos de acceso al cargo de miembros del Gobierno «disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme».

⁶⁰ Hay autores, sin embargo, que no lo entienden así y que afirman que la condena penal del Presidente del Gobierno no provoca el cese del Gobierno, a pesar de que dicha condena lleve aparejada la de inhabilitación para cargo público. Apunta así F. Reviriego Picón que «nos encontraríamos ante un supuesto de presidencia vacante con consecuencias de suplencia, pero sin activar el procedimiento del artículo 99. No se trata tanto, como se ha llegado a sostener, de que con la ausencia de dicha determinación se llegue a crear una excepción a las previsiones del CP en materia de inhabilitación como de que únicamente no se active, repitamos, un procedimiento constitucionalmente previsto para una serie de supuestos específicamente tasados (...) no se articulan, por tanto, los trámites para la sustitución del órgano gubernamental», *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, cit., pp. 150 y ss. Me parece que mantener esta tesis reproduce los problemas que se han señalado anteriormente respecto de la suplencia del Presidente del Gobierno en los casos en los que la incapacidad de éste se prolonga de forma excesiva. En efecto, si hay una vacante en la Presidencia y ésta se solventa apelando a la suplencia, se producirían los mismos efectos ya comentados respecto de la incapacidad del Presidente.

⁶¹ Véase el artículo 169 del Reglamento del Congreso de los Diputados. En este precepto se regula el procedimiento de acusación a miembros del Gobierno por este tipo de delitos.

⁶² En «Artículo 102. Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. VIII, Ó. Alzaga (dir.), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, p. 377.

Diputados aprueba la iniciativa, además de posibilitarse la actuación del Ministerio Fiscal, pueden personarse en la causa particulares bien como perjudicados o haciendo uso del derecho a la acción popular.

Al igual que en el caso anterior, no hay unanimidad en la doctrina en cuanto a si debe ser o no considerada la aprobación de esta iniciativa como una causa de cese. M. Satrústegui ⁶³ entiende que la aprobación de dicha iniciativa «supone implícitamente la retirada de la confianza parlamentaria y convierte, por tanto, en obligatoria la dimisión del Presidente». En el mismo sentido, Espín Templado ⁶⁴ encuentra un paralelismo entre la mayoría absoluta exigida en este supuesto con la «requerida tanto para obtener la investidura en primera instancia como, sobre todo, para aprobar una moción de censura», por lo que habrá que entender que si se aprueba la incriminación se priva automáticamente de la confianza al Presidente del Gobierno. En contra de esta opinión, Revenga Sánchez ⁶⁵ mantiene que el voto a favor por parte de algunos (o todos) los Diputados no implica la retirada de la confianza, sino «el de reafirmarla mediante el esclarecimiento de la verdad o contumacia de las acusaciones». Además señala que el carácter secreto de esta votación es «incompatible con el principio de publicidad que exige el cuestionamiento de la responsabilidad gubernamental». Me parece que es difícil imaginar que un Presidente imputado por delitos tan graves, presuntamente cometidos además según la propia Constitución «en el ejercicio de sus funciones», goce de la confianza de la Cámara. Entiendo que una aprobación de la iniciativa de acusación indica cuanto menos la duda de que el Presidente «en el ejercicio de sus funciones» ha puesto en peligro la seguridad del Estado, lo cual ha de significar necesariamente la desconfianza en su gestión como Jefe del Gobierno. No obstante, si esto fuera así, siempre le quedaría al Congreso de los Diputados la posibilidad de plantear una moción de censura con el fin de provocar el derrocamiento y, por tanto, el cese del Gobierno. Por ello, creo que, a pesar de que una votación positiva en tal sentido implicaría la pérdida de la confianza parlamentaria, no debe conllevar automáticamente al cese al Gobierno, debido a que la propia Cámara cuenta con un instrumento jurídico para ratificar tal voluntad. Hay que señalar, además, que en la tramitación constitucional se propuso que la aprobación de la iniciativa a la que se refiere el artículo 102 de la Constitución llevara aparejada la incapacitación del Presidente del Gobierno. Sin embargo, tal propuesta no prosperó ⁶⁶.

⁶³ M. Satrústegui, «El cese de Gobierno...», cit., p. 354.

⁶⁴ E. Espín Templado, «Causas de cese del Gobierno», cit., pp. 120-121.

⁶⁵ M. Revenga Sánchez, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, cit., pp. 88 a 92. En el mismo sentido, G. Rodríguez Mourullo, «Artículo 102. Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, cit., p. 378.

⁶⁶ Me refiero a la enmienda número 345 presentada en el Senado por L. Sánchez Agesta —Grupo Independiente— al artículo 95 —en el que entonces se regulaba la responsabilidad criminal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno—. Sin embargo, dicha enmienda fue rechazada en la Comisión de Constitución, pero no porque no se estuviese en disconformidad con su contenido, sino en atención de que, al tratarse de una cuestión obvia, su inclusión no haría sino alargar en exceso el texto constitucional.

En cuanto al resto de los casos, esto es, en los supuestos en los que el Presidente del Gobierno sea imputado o procesado por cualesquiera otros delitos, me parece que no tiene necesariamente que afectar al nexo fiduciario que ha de existir con el órgano que le otorga la confianza. Jurídicamente parece imposible exigir el cese del Presidente hasta que exista una sentencia condenatoria firme⁶⁷. Según J. A. Santamaría Pastor⁶⁸, «aceptar, sin más, el procesamiento como causa de cese supone poner la gobernación del país en manos de un órgano judicial», ya que en los casos en los que el Presidente no goce de la condición de Diputado o Senador no habrá ni tan siquiera una intervención de la Cámara. Obviamente, el Presidente del Gobierno siempre puede hacer una valoración de la situación política y proceder a presentar la dimisión. Siempre que el Presidente del Gobierno sea miembro de las Cortes, que es lo habitual, también es exigible para estos casos un requisito de procedibilidad: la concesión del correspondiente suplicatorio por parte de la Cámara a la que pertenezca.

Todo lo que se ha dicho con respecto a los dos supuestos anteriores, no ha de plantearse de la misma manera en los casos en los que quien resulte inculminado o procesado sea un Ministro, ya que en estos casos el cese del Ministro (si así lo estima conveniente el Presidente) no hace cesar al Gobierno.

III. JUSTIFICACIÓN DEL PERÍODO «EN FUNCIONES» DEL GOBIERNO

Obviamente, el artículo 101.1 de la Constitución cuando establece que «el Gobierno seguirá en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno» no está haciendo otra cosa que evitar la «desaparición temporal» de un órgano constitucional del Estado al que le compete, por mandato constitucional, el desempeño de unas funciones claves para el funcionamiento del sistema. La previsión de esta continuidad en las funciones no sólo se refiere al Gobierno, sino también al resto de los órganos constitucionales⁶⁹. No obstante, a pesar de que la Ley del Gobierno ha introducido límites específicos al *status* competencial del Gobierno en funciones, las posibilidades de actuación del Gobierno cesante en comparación con las de la Diputación Permanente son mucho más amplias. Tal y como ha apuntado M. Revenga Sánchez⁷⁰ «existe una degradación de niveles en la prórroga de ambos poderes (legislativo y ejecutivo)», de lo que parece derivarse que

⁶⁷ Otra cosa es que políticamente sea más que discutible la permanencia en el cargo en los casos en los que el Presidente esté procesado por la comisión de un delito doloso, o de aquellos que se hayan podido cometer en el ejercicio de sus funciones.

⁶⁸ J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit., p. 978.

⁶⁹ Hay que advertir, sin embargo, que la renovación de los diferentes órganos constitucionales no se lleva a cabo de la misma manera, ya que puede ser fragmentada (como en el caso del Tribunal Constitucional) o total (Cortes y Gobierno).

⁷⁰ M. Revenga Sánchez, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, cit., pp. 54 y 55.

«resulta más necesaria la continuidad de la función gubernamental que de la parlamentaria». Esta regulación es acorde con la función actual que desempeña el Gobierno que es, en gran medida, el que dirige la política y el Estado. En efecto, la posición del Gobierno en la actualidad no es equiparable a la que le correspondía en los orígenes del sistema parlamentario. Por el contrario, el Gobierno, es hoy el centro de la actividad política del Estado hasta tal punto que se ha llegado a afirmar por algunos autores⁷¹ el acercamiento de nuestro sistema parlamentario al presidencialista.

Así, es absolutamente impensable que tras el cese del Gobierno éste desaparezca y también todo el haz de facultades que asume este órgano constitucional. Si esto fuera así, es obvio que deberían habilitarse por el constituyente otras fórmulas o técnicas —distintas a la del Gobierno en funciones— para hacer frente al funcionamiento de buena parte del aparato del Estado. De lo anterior se desprende que necesariamente debe existir una respuesta jurídica a la situación de *interin*. Dicha respuesta puede articularse a través de distintas técnicas, ya que podría preverse la existencia de un gabinete específico (distinto en todo o en parte al Gobierno cesante) que asumiera en esta situación de *interin* ciertas competencias. Pues bien, una de las técnicas para dar respuesta a esta situación es el establecimiento de la continuidad del Gobierno cesante hasta la toma de posesión del nuevo. Por tanto, la continuación del Gobierno en funciones, una vez que éste ha cesado, se constituye como una técnica para evitar vacíos de poder. De esto se derivan dos consecuencias importantes. La primera de ellas se refiere a la composición de los miembros que han de integrar del Gobierno en funciones y la segunda al ámbito de actuación positiva —de no abstención— que tiene que llevar a cabo el Gobierno mientras permanezca en funciones. A continuación entraré a analizar más detalladamente cada una de ellas.

3.1. La composición del Gobierno en funciones

Por un lado, se impide al Gobierno que cesa su desaparición. En nuestra Constitución la previsión de continuidad es automática y, por tanto, no requiere de ningún acto formal que autorice al Gobierno saliente a permanecer en funciones. Esta permanencia se da con respecto a la totalidad de los miembros del Gobierno con independencia de la causa de cese. En el Anteproyecto de la Ponencia constitucional, sin embargo, no estaba previsto así, ya que se establecía que en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria o de dimisión del Presidente seguiría en funciones el resto del Gobierno excluyendo explícitamente a aquél. Esta misma regulación ha sido acogida por algunas leyes

⁷¹ Vid., entre otros, M. Aragón Reyes, «Sobre el significado actual del Parlamento y del control parlamentario: información parlamentaria y función de control», en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 281 y ss. J. J. Solozábal, Echavarría, «El régimen parlamentario y sus enemigos (Reflexiones sobre el caso español)», *Estudios de Derecho Público. Homenaje a J. J. Ruiz Rico*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 189 y ss.

reguladoras del Gobierno de las Comunidades Autónomas⁷². Y como ya se expuso anteriormente, parece razonable que la exigencia de continuidad se haga extensiva con carácter general al Presidente del Gobierno en todos los supuestos de cese —salvo en el caso de fallecimiento de éste por razones obvias— debido a que fue a él al que se confió desarrollar su programa político expuesto en la sesión de investidura. Aunque durante este período tal programa no puede verse desarrollado, la gestión que de los asuntos públicos se haga en estos momentos puede ser crucial, por lo que me parece conveniente que el máximo responsable ante la opinión pública de las decisiones que se adopten durante este período sea el Presidente sin que jueguen las reglas de suplencia previstas en el artículo 13 de la Ley del Gobierno. Tal continuidad se considera conveniente con carácter general y en situaciones de normalidad. En efecto, puede haber determinados casos que no lo aconsejen, como, por ejemplo, en el supuesto de que se produzca la condena penal del Presidente del Gobierno por la comisión de determinados delitos especialmente hirientes para la Cámara y para la opinión pública⁷³. Por lo demás, hay que destacar que aunque sí parece derivarse del Texto constitucional una obligación de permanencia del Presidente del Gobierno de la Nación mientras se encuentra en funciones, no ha acontecido así en relación con los Gobiernos autonómicos en los que se han producido dimisiones con el fin de acceder a otros cargos públicos incompatibles con el de seguir manteniéndose en la Presidencia⁷⁴ sin que ello haya supuesto problema alguno, a pesar de que en algunos casos no era tan indiscutible en atención a lo previsto en la normativa aplicable la posibilidad de abandono del cargo de forma inmediata por el Presidente con la consiguiente sustitución por el Vicepresidente o Consejero correspondiente. Y al contrario: también se ha producido recientemente un supuesto un tanto llamativo en el ámbito autonómico. Me refiero a la más que dudosa compatibilidad en el ejercicio simultáneo de los cargos de Alcalde de Madrid y Presidente del Gobierno de la Comunidad de Madrid en funciones⁷⁵. Estos ejemplos no hacen más que poner de manifiesto la dificultad que reviste

⁷² Entre otras, ésta ha sido la opción prevista en las Comunidades Autónomas de Madrid (art. 16 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid), Región de Murcia (art. 12 de la Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). En ambos casos, se prevé la suplencia del Presidente por el Vicepresidente o los Consejeros.

⁷³ Otra vez en el ámbito autonómico, concretamente en Cantabria, nos encontramos con un supuesto en el que un Presidente autonómico —J. Hormaechea— permaneció durante más de ocho meses en funciones a pesar de haber sido condenado a pena de prisión e inhabilitación por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

⁷⁴ Tal fue el caso del Presidente de la Junta de Castilla y León, J. J. Lucas, en febrero de 2001, y más recientemente el del Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, J. Bono.

⁷⁵ A tal extremo llegó esa más que dudosa compatibilidad, que fue el propio Presidente en funciones el que solicitó un informe al respecto a la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. En efecto, el artículo 6 de la Ley de Gobierno de Madrid establece de forma literal: «El cargo de Presidente de la Comunidad de Madrid es incompatible con el ejercicio de cualquier otra función pública que no derive de aquél, salvo la de Diputado de la Asamblea». Según dicho precepto, todo parecía apuntar que en el momento en que D. A. Ruiz-Gallardón tomara posesión del cargo de Alcalde de la Capital dejaría de presidir el Gobierno en funciones de la Comunidad de Madrid.

apostar por una solución de continuidad en todos los casos y, lo que es más grave, articular mecanismos para que de forma efectiva se lleve a efecto la solución que se estime más conveniente.

Menos problemas plantea la necesidad de continuidad del resto de los miembros del Gobierno. En efecto, a pesar de que durante este período se reorienta la legitimidad del Ejecutivo, creo que el Presidente del Gobierno ha de seguir gozando de libertad para reconfigurar su equipo. En este sentido, creo que no debería existir impedimento alguno a la hora de que éste decrete la separación de un Ministro o que acepte la renuncia de algún miembro del Gobierno a seguir manteniéndose en el cargo. Ésta, por otra parte, puede ser la única manera de sancionar o exigir la responsabilidad política a un miembro del Gobierno por una determinada actuación. Asimismo, tampoco considero una extralimitación el hecho de que el Presidente proceda a acometer una remodelación de su Gobierno durante esos períodos. No obstante, tal y como se dijo con respecto a la continuidad del Presidente del Gobierno, esta regla general apuntada consistente en mantener la libertad del Presidente para remodelar tanto la estructura del Gobierno como sus miembros, puede quebrar en el supuesto de que se proceda a acometer una remodelación completa. En el caso de que esto llegara a producirse sería procedente preguntarse hasta qué punto se cumple con el mandato constitucional de «continuidad». La hipótesis que se plantea, aunque podría considerarse «de laboratorio», ha de ser tenida en cuenta por lo acontecido recientemente en algunas Comunidades Autónomas⁷⁶. Se vuelve a poner de manifiesto la dificultad para establecer reglas que resulten válidas en todos los casos. En efecto, creo que no tendría sentido establecer normas que impidieran limitar la capacidad del Presidente del Gobierno en funciones para acometer reformas en este sentido, pero tampoco sería oportuno que, haciendo uso de esa omisión del legislador, se procediera a modificar por completo la estructura y composición del Gobierno. Habrá que estar a la autorrestricción del Presidente y a apelar a los criterios de cortesía y lealtad constitucional. En último extremo y como ha

Pero contra todo pronóstico y avalado por el citado informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Madrid simultaneó el ejercicio de ambos cargos. Un análisis de lo que aconteció en este caso, así como una justificación de la más que dudosa compatibilidad puede verse en F. Reviriego Picón, «Un supuesto de Gobierno en funciones. La ubicuidad de Ruiz-Gallardón, Alcalde-Presidente», *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 13, 2003.

⁷⁶ Sin duda, me estoy refiriendo a los casos de Cantabria y Madrid, acaecidos el primero de ellos en la mitad de los 90, concretamente entre los años 1994 y 1995, y el segundo a finales del año 2003. En el caso cántabro, la peculiaridad que presentó el Gobierno en funciones presidido por Hormaechea fue su extraordinaria reducción. En efecto, de ocho Consejerías con las que contaba al principio del mandato pasó en el último período a estar compuesto sólo por dos Consejeros, además del Presidente, que se hicieron cargo del resto de las Consejerías. Puede verse en relación con este asunto el trabajo de F. Reviriego Picón, «La regulación del Gobierno en funciones en los ordenamientos autonómicos. A propósito del caso Cántabro», *Cuadernos Jurídicos y Económicos Escorialenses*, vol. XXXVII, 2004. El caso de Madrid, sin embargo, no llamó tanto la atención por su reducción, sino por la remodelación a la que fue sometido el Gobierno en funciones como consecuencia de lo que se ha denominado por un sector de la doctrina el «trasvase entre el Gobierno de la Comunidad de Madrid y la Alcaldía de la Capital». Como es de sobra sabido, únicamente permanecieron en su cargo dos Consejeros, procediéndose al cese y nombramiento de otros siete.

señalado la doctrina y la práctica comparada —como ha acontecido recientemente en Perú—, el Estado podrá ejercer su *ius puniendi* incoando los procesos tanto administrativos sancionadores como penales oportunos. Volviendo al ámbito autonómico, hay que reseñar que, al contrario de lo apuntado, la tendencia actual de algunos legisladores autonómicos es limitar el poder del Presidente del Gobierno cuando se encuentra en funciones a la hora tanto de nombrar y separar a los Consejeros como de remodelar la estructura de su Gobierno⁷⁷. Una regulación en este sentido no la considero oportuna por los motivos antes expuestos.

3.2. **Ámbito de actuación positiva del Gobierno en funciones**

En segundo lugar, la continuidad del Gobierno como técnica implica también una afección de su significado y de su haz de competencias. La expresión Gobierno en funciones sugiere limitación, abstención, recorte de atribuciones. Sin embargo, por esta necesidad de continuación y de evitación de vacíos de poder, la misma expresión también debe implicar actuación. Esto es, si el Gobierno saliente sigue en funciones por mandato constitucional hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, significa que ha de acometer también determinadas funciones que implican la toma de decisiones —y no la abstención— cuando concurren determinadas circunstancias. Tres fundamentalmente deben ser las funciones que ha de llevar a cabo. Por un lado, ha de actuar en aquellos asuntos urgentes que requieren seguir atendiendo «al despacho ordinario de asuntos públicos».

En cuanto a la primera —asuntos urgentes que requieren premura—, así se establece en el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno al posibilitar al Ejecutivo en funciones adoptar medidas que vayan más allá de los actos de «ordinaria administración» en los casos de urgencia. En estos supuestos, el Gobierno en funciones podría desenvolverse como en una situación de normalidad. Sin embargo, no podría hacer uso de todos los instrumentos jurídicos y facultades que tiene a su disposición en una situación de normalidad. En efecto, a pesar de la concurrencia de una situación urgente que requiera una actuación inminente, siguen manteniéndose las prohibiciones previstas en los apartados 4 y 5 del artículo 21 de la Ley del Gobierno, a las que me referiré en un momento posterior. El problema fundamental que se plantea en estos casos y al que volveré posteriormente es la valoración que se haga del concepto de urgencia por parte del Gobierno en funciones.

⁷⁷ Así lo establece el artículo 11 de la Ley del Parlamento de La Rioja 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros. Dicho precepto prohíbe que el Presidente del Gobierno mientras permanezca en funciones «proceda al nombramiento y cese de Consejeros así como “a” la creación y supresión de las Consejerías». Asimismo, el artículo 22.2 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, imposibilita a la Junta de Extremadura en funciones «aprobar la estructura orgánica de las Consejerías y la creación, modificación o supresión de los órganos superiores a Sección».

La referencia al término «urgencia» obliga a hacer alguna alusión en este momento —aunque también surgirá más adelante— a la posible utilización del Decreto-Ley por parte del Gobierno en funciones. Como punto de partida hay que señalar que la utilización de este instrumento no está explícitamente prohibida en la Ley reguladora del Gobierno, por lo que el ejercicio de tal potestad puede hacerse valer por el Gobierno en funciones. Sin embargo, según algunos autores⁷⁸, no deben utilizarse los mismos parámetros en cuanto al concepto de necesidad se refiere en la aprobación de un Decreto-Ley por un Gobierno en situación de normalidad y un Gobierno en funciones. Así, según esta corriente doctrinal, no sería admisible que sobre la base de una «necesidad relativa», un Gobierno en funciones, que, por tanto, no cuenta con el apoyo de la Cámara, procediese a aprobar un Decreto Ley con el fin de innovar el ordenamiento jurídico con la consiguiente puesta en práctica de su programa político. Parece evidente que la no exclusión del Decreto-Ley del ámbito competencial del Gobierno en funciones no supone que se esté autorizando un uso abusivo del mismo y que deban existir determinadas modulaciones en el ejercicio de esta potestad cuando el Gobierno ha cesado. Sin embargo, creo que la única modulación que debe tenerse en cuenta es la señalada en el artículo 21 de la Ley del Gobierno. El Gobierno en funciones ya no sólo ha de ceñirse a los presupuestos habilitantes previstos en el artículo 86 de la CE, sino que además deberá argumentar de forma expresa que está habilitado a intervenir debido a que concurre la urgencia a la que se refiere el artículo 21 de la Ley del Gobierno. Atender a esta urgencia supondría el establecimiento de una normación «no partidista» y necesaria. O dicho de otro modo, el Gobierno en funciones debería tratar de poner remedio a esa situación urgente mediante la adopción de las medidas estrictamente necesarias, con el objeto de que las mismas no condicionen de forma gravosa la actuación del futuro Gobierno. Volvemos a encontrarnos ante conceptos flexibles e indeterminados que requerirán un análisis en cada caso concreto. Es evidente que la referencia que aquí se ha hecho al Decreto-Ley no implica que todas las situaciones urgentes deban resolverse mediante la utilización de este instrumento jurídico, sino que el Gobierno podría hacer uso del resto de las potestades que tiene atribuidas y no excluidas de su esfera competencial.

Nuestro ordenamiento también prevé en el artículo 21 de la Ley del Gobierno una habilitación al Gobierno en funciones para actuar más allá de los casos de ordinaria administración, no sólo cuando concurra el presupuesto de la urgencia sino, también «cuando así lo requiera el interés general». En un principio sólo estaba previsto en el Proyecto de Ley⁷⁹ la actuación del Gobierno en casos de urgencia debidamente acreditados, pero el Grupo Parlamentario catalán⁸⁰ presentó enmienda en la que abogaba por

⁷⁸ Vid. en este sentido, M. Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 64 y ss.

⁷⁹ Véase el Proyecto de Ley del Gobierno, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 23 de enero de 1997, Serie A, núm. 27-1.

⁸⁰ Véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 25 de marzo de 1997, Serie A, núm. 27-6, enmienda núm. 28.

ampliar la posibilidad de actuación del Gobierno en funciones cuando concurrieran razones de interés general debidamente justificadas. Esta inclusión en la Ley ha sido objeto de crítica por parte de algunos autores⁸¹ que, sin duda, comparto.

Lo cierto es que si concurre alguno de los dos presupuestos, urgencia e interés general o ambos conjuntamente, el Gobierno en funciones puede adoptar medidas que vayan más allá del despacho ordinario de asuntos públicos. Siempre que concorra una de estas dos notas el Gobierno en funciones ha de actuar, por lo que la abstención supondría una dejación de la función de gobierno que le viene impuesta constitucionalmente. Es más, esta dejación puede incluso provocar una declaración de responsabilidad. Es difícil, y seguro que en ocasiones una tarea imposible, establecer criterios con los que se pueda determinar *a priori* si la actuación del Gobierno en funciones es legítima o no. Y ello por una multitud de factores: primero, porque los presupuestos que habilitan la actuación del Gobierno en funciones (urgencia e interés general) son conceptos jurídicos indeterminados; segundo, debido al amplio haz de facultades que ostenta el Gobierno —tanto de carácter administrativo como político—. Sería deseable, en todo caso, que cuando el Gobierno en funciones tenga dudas acerca de si está habilitado o no para intervenir, se abstenga. Probablemente debido a que el significado de los presupuestos habilitantes no es unívoco el legislador ha hecho especial hincapié en la necesidad de que el Gobierno justifique explícitamente la concurrencia de los mismos. Así, en relación con la urgencia se señala que el citado presupuesto debe ser «debidamente acreditado». Y en relación con el interés general se exige «la acreditación expresa que así lo justifique».

El apartado 3.º del artículo 21 establece el segundo bloque de competencias atribuidas al Gobierno en funciones: facilitar «el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo». Coincido con M. Satrústegui⁸² en que es de agradecer que el legislador haya contemplado de forma expresa esta obligación, ya que, a pesar de que el proceso de formación del Gobierno está regulado de forma muy precisa en el artículo 99 de la Constitución, existe el peligro de que el Gobierno saliente interfiera o dificulte el proceso debido a que aquél «tiene resortes de poder». Es más, esta obligación se refiere también al deber que tienen los titulares de las distintas carteras ministeriales de informar y de poner al corriente de todos los asuntos, o al menos de los más relevantes, a los Ministros entrantes. Este deber de información, que sin duda redun-

⁸¹ L. Parejo considera que dicha premisa habilitante nunca debiera haberse incluido en la Ley, ya que diluye el ámbito de actuación que ha diferenciado a un Gobierno en funciones de un Gobierno en plenitud de atribuciones. Lo anterior en «La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia», *Documentación Administrativa*, núm. 246/247, Madrid, 1998, pp. 37 y 38. En el mismo sentido, F. Reviriego Picón en «Ámbito de actuación de los Gobiernos cesantes en los ordenamientos autonómicos», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 52, Madrid, 2001, p. 127.

⁸² M. Satrústegui, «El cese del Gobierno...», cit., p. 362.

da en el interés público, no siempre ha tenido el nivel deseable, aunque, como también apunta Satrústegui, en muchos casos han sido los nuevos Ministros los que no han deseado o facilitado la recepción de la información por los salientes.

Por último, el Gobierno en funciones ha de seguir atendiendo el despacho ordinario de asuntos públicos. Al igual que señalé en el primer caso, es una tarea delicada trazar la línea divisoria entre lo que ha de considerarse o no despacho ordinario de asuntos públicos. En efecto, tal y como ha señalado la doctrina, es imposible determinar *a priori* y sin tener en cuenta las circunstancias imperantes en un momento determinado qué ha de entenderse por administración ordinaria, ya que lo que en un momento determinado puede considerarse como tal, no será así en otro en el que se haya producido un cambio sustancial. O dicho en palabras de M.A. García Herrera, «no hay lugar, por tanto, para una noción esencial, para actos *per se* de administración ordinaria aplicables a todos los supuestos (...) Habrá que acudir a un criterio existencial para determinar en cada caso la naturaleza del acto concreto»⁸³. En este sentido, me parecen un poco simplistas las teorías que abogan por considerar únicamente legítimo el campo de la ejecución de lo ya iniciado. O aquellas otras que excluyen de dicho ámbito de actuación todo acto político, limitando la actuación del Gobierno en funciones a seguir desarrollando competencias administrativas.

Los Gobiernos en situación de normalidad son los principales impulsores de la política del Estado. Así, el programa de Gobierno expuesto por el candidato a la Presidencia en la sesión de investidura se convierte en un elemento fundamental a la hora de que la Cámara le otorgue a éste su confianza. Más allá de la típica distinción estereotipada entre el acto político y el acto administrativo, lo que debe procurar el Gobierno en funciones es cesar en la puesta en marcha de su programa político. Quedan excluidos los actos de dirección política, sin que ello signifique un abandono o exclusión del acto político. Lo que desde luego no resulta tolerable ni admisible es una actuación del Gobierno en funciones que condicione la puesta en marcha del programa político del nuevo Gobierno. Así, con fundamento en la defensa institucional podrá el Ejecutivo, con la colaboración de las Cortes Generales, proceder a la declaración del estado de alarma, excepción o sitio. E incluso si se dan las circunstancias necesarias, tomar la iniciativa para proceder a la aplicación del artículo 155 de la Constitución. Con estos dos últimos ejemplos se pueden constatar dos ideas centrales. La primera: con base en la defensa de determinados intereses generales y objetivos no puede quedar descartada la utilización del acto político. La segunda: ese tipo de decisiones políticas no vinculadas a intereses partidistas, han de contar con el respaldo de la mayoría parlamentaria.

⁸³ En «La continuidad del Gobierno Vasco», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 11, Guipúzcoa, 1985, p. 102.

A pesar del terreno movedizo en el que nos movemos al tratar estos asuntos, lo cierto es que el establecimiento de cláusulas abiertas que orienten la actuación del Gobierno en funciones no me parece desacertada. Y ello porque el ámbito competencial que ha de mantener el Gobierno en funciones debe verse atemperado por el tiempo de duración de la *prorrogatio*, así como por la posición de primacía que ocupa dicho órgano constitucional en nuestro Estado. En efecto, aunque es posible determinar con certeza en la mayor parte de los casos el momento del inicio del cese del Gobierno, no sucede lo mismo en cuanto a su fin. De ahí que el establecimiento de un sinnúmero de restricciones concretas —que, por cierto, es la tendencia actual en los ordenamientos autonómicos⁸⁴— pueda hacer peligrar la capacidad de actuación del Gobierno en funciones durante un tiempo un tanto dilatado.

Por último, hay que señalar que la concurrencia de estas circunstancias que obligan al Ejecutivo en funciones a adoptar medidas positivas, han de ser objeto de distintos controles, pero a esto me referiré en un momento posterior.

IV. LÍMITES DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

4.1. Consideraciones previas

La Constitución no establece límite explícito alguno al ámbito competencial del Gobierno en funciones⁸⁵. Ha sido la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la que en el artículo 21 ha establecido una serie de restricciones explícitas a las que me referiré más adelante. Lo anterior, cuanto menos

⁸⁴ Un ejemplo lo constituye la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Extremadura, que excluye de la órbita competencial del Gobierno en funciones en sus artículos 18 y 22 más de once atribuciones que corresponde ejercer al Gobierno y a su Presidente en una situación de normalidad. Entre otras se pueden citar las siguientes: aprobar, remitir a la Asamblea y retirar proyectos de ley, aprobar el proyecto de ley de presupuestos y adoptar las medidas necesarias para su ejecución, deliberar sobre la cuestión de confianza que el Presidente se proponga plantear en la Asamblea, así como sobre la intención de aquél de proceder a la disolución de ésta, solicitar a la Asamblea que se reúna en sesión extraordinaria, aprobar o autorizar convenios de cooperación con el Estado y con las demás Administraciones Públicas, crear Comisiones delegadas de gobierno, aprobar la estructura orgánica de las Consejerías así como la creación, modificación y supresión de los órganos superiores a Sección, nombrar y separar los altos cargos de la Administración de la Comunidad y aquellos otros que las leyes establezcan.

⁸⁵ Debido a que la Constitución no establecía ninguna limitación explícita, se suprimió del Proyecto de Ley de 1997 la referencia que contenía el artículo 21.2 a las limitaciones establecidas en la Constitución. La justificación de esa enmienda era la siguiente: «No es correcta la referencia a la Constitución en la medida en que en el artículo 101 de la misma no se establecen limitaciones concretas a la actuación del Gobierno en funciones.» Véase la enmienda núm. 22, *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 25 de marzo de 1997, Serie A, núm. 27-6. La misma sugerencia fue expuesta por M. Aragón Reyes [en L. Parejo Alfonso (coord.), *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, cit., p. 105], ya que el Proyecto de Ley de 1995 también se refería a las limitaciones «establecidas en la Constitución».

me obliga a plantearme si la regulación del Gobierno en funciones prevista en el artículo 21 de la Ley hubiese sido más propia (aunque quizás en términos más generales) del Constituyente. Lo que quiero plantear, en definitiva, es si la regulación prevista en la Ley del Gobierno excede o no de los criterios de oportunidad de que dispone el legislador. Hay que tener en cuenta que el artículo 21 de la Ley del Gobierno está regulando una institución central del Estado en un aspecto sobre el que no existe ni regulación constitucional explícita ni tampoco una habilitación, remisión o mandato al legislador para la regulación de la materia.

Me parece importante, para acometer este problema referirme en primer lugar al estado de la cuestión con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Gobierno.

Tal y como se ha señalado anteriormente, antes de la entrada en vigor de la Ley del Gobierno no existía una juridificación —al menos explícita— de los límites a los que estaba sometido el Gobierno en funciones. En este sentido se apelaba a un uso o costumbre constitucional consistente en limitar la actuación del Gobierno en funciones a la resolución de asuntos urgentes y al despacho ordinario de asuntos públicos, sin que en ningún caso se adoptaran medidas que tuvieran por objeto dar impulso al programa político del Gobierno que había visto roto su vínculo fiduciario con el Parlamento. Pero esto, insisto, era una costumbre constitucional existente también en otros países (aunque en algunos de forma juridificada) de nuestro entorno. La práctica tampoco dio lugar a un gran debate sobre los límites del Gobierno en funciones, ya que los sucesivos gobiernos en funciones que ha habido desde la entrada en vigor de la Constitución no han adoptado decisiones que hayan sido objeto ni de control jurisdiccional por tal motivo ni de un específico debate doctrinal.

Lo que sí se planteó tempranamente la doctrina (antes de la entrada en vigor de la Ley de 1997) fue si existía *de iure* una limitación competencial del Gobierno en funciones. Los autores no han sido unánimes en este punto⁸⁶. Hay un primer grupo que sostiene que, aunque existen motivos más que justificados para limitar el ámbito funcional del Gobierno en funciones, *de iure* no tiene ninguna restricción, ya que «puede ejercer la totalidad de funciones políticas y jurídicas que corresponden al Gobierno»⁸⁷. Esta corriente doctrinal, de seguir manteniendo esos postulados, podría llegar a la conclusión de que el artículo 21 de la Ley del Gobierno es inconstitucional al establecer límites no previstos constitucionalmente, ya que su tesis consiste en afirmar que la Constitución equipara, al menos desde un punto de vista competencial, al Gobierno en situación de normalidad con el Gobierno en funciones. Otro grupo de auto-

⁸⁶ Únicamente voy a referirme en este trabajo a dos posturas doctrinales totalmente opuestas. Un análisis más pormenorizado de las distintas opiniones doctrinales puede verse en M. Revenga Sánchez, «El Gobierno en funciones», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. II, cit.

⁸⁷ Por todos, Ó. Alzaga Villamil, *La Constitución Española de 1978*, Ediciones de Foro, Madrid, 1978, p. 635. Obviamente esta afirmación se realiza cuando la única norma parámetro para juzgar los límites competenciales del Gobierno en funciones era la Constitución.

res⁸⁸ mantiene que la propia configuración del sistema parlamentario obliga *per se* al establecimiento de límites a las competencias del Gobierno en funciones. Según esta segunda tesis, además de las razones de cortesía constitucional, el Gobierno en funciones está limitado por la propia norma constitucional. Esta línea doctrinal no vería problemas de constitucionalidad en la regulación mediante ley de los límites competenciales del Gobierno en funciones. Miguel Satrústegui⁸⁹ se ha encargado de apuntar que sólo desde esta perspectiva, esto es, desde la consideración de que de la Constitución se derivan límites implícitos, puede entenderse que la Ley es el instrumento idóneo para regular esta materia. Esta aceptación de que existen límites implícitos previstos constitucionalmente no implica que la Ley esté habilitada para imponer tales prohibiciones al Gobierno en funciones de tal manera que resulte imposible que éste cumpla con su deber constitucional: mantener el interés general, actuar en los casos de urgencia, así como acometer el resto de las atribuciones antes comentadas.

Por todo lo dicho hasta ahora, no es difícil averiguar mi postura en cuanto a la naturaleza jurídica de los límites. En efecto, el sistema parlamentario se basa en la confianza que el Parlamento deposita en el Gobierno (o más concretamente, en su Presidente) y en que es inadmisibles la ostentación del poder de forma indefinida, por lo que desde el momento en que el Gobierno cesa, bien por pérdida de la confianza parlamentaria o bien porque transcorre el plazo de su mandato y pasa a ser un Gobierno en funciones, desaparece el presupuesto de su legitimidad, lo que sin duda ha de repercutir en su esfera competencial. Es, por tanto, de la configuración y del diseño de nuestro sistema de Gobierno previsto constitucionalmente del que se derivan los límites implícitos. Por ello, aunque desde la doctrina se haya intentado atemperar el mayor o menor ámbito competencial con las distintas causas de cese⁹⁰, éste ha de ser el punto de partida y el criterio general que se debe seguir en todo caso.

Todo lo anterior pone de manifiesto que la regulación del artículo 21 de la Ley del Gobierno, con los matices y observaciones que se expondrán más adelante, no supone una regulación *ex novo* del Gobierno en funciones. A pesar de

⁸⁸ Entre los que cabe destacar a M. Satrústegui, «El cese de Gobierno...», cit., e incluso en la edición anterior de esa obra (1985) cuando aún no se había aprobado la Ley de Gobierno; M.A. García Herrera, «La continuidad del Gobierno vasco», *RVAP*, núm. 11, 1985, pp. 83-110, y M. Revenga Sánchez, *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, cit. En el mismo sentido, L. Aguiar, «La posición del Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español», en A. Garrorena, *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Asamblea Regional de Murcia-Tecnos, Madrid, 1990, pp. 261 y ss. Sin embargo, el referido autor introduce «una sombra de duda en torno al tema», ya que cree que existen también argumentos de peso para entender que *de iure* el Gobierno en funciones no tiene restringido su ámbito de actuación. *Vid.* especialmente pp. 267 y 268.

⁸⁹ M. Satrústegui («El cese de Gobierno...», cit., p. 363), refiriéndose al artículo 21 de la Ley del Gobierno, señala que «todas estas restricciones deben considerarse implícitas en la Constitución porque la Ley del Gobierno no sería obviamente un instrumento suficiente para realizar una regulación innovadora en esta materia».

⁹⁰ Varios autores han mantenido que el haz de competencias del Gobierno en funciones dependerá en buena medida de la causa de cese del Gobierno: no es posible equiparar la situación de un Gobierno que ha cesado por la convocatoria de elecciones generales pero ha que ha visto aumentado su respaldo electoral a la de un Gobierno que ha cesado por la pérdida de una cuestión de confianza. Véase, en este sentido, L. López Guerra en la voz «Gobierno en funciones», *op. cit.*

ello, creo que hubiese sido deseable que en el artículo 101 de la Constitución se contuviera una regulación mínima del ámbito de actuación del Gobierno en funciones con la subsiguiente habilitación o mandato o remisión al legislador para regular con más detalle en la materia su ámbito competencial, aunque como expondré más adelante hay determinadas prohibiciones que, creo, resultan excesivas.

4.2. Las prohibiciones establecidas en el artículo 21 de la Ley del Gobierno

El artículo 21 de la Ley del Gobierno es prácticamente una copia del precepto correspondiente del Proyecto de Ley del Gobierno de 1995, aunque con indudables mejoras en lo que a técnica legislativa se refiere ⁹¹. Son tres tipos de prohibiciones las establecidas en el citado artículo: las previstas con carácter general en el apartado tercero, las referidas al Presidente del Gobierno en el cuarto y al Gobierno en su conjunto en el apartado quinto.

Conviene, antes de entrar a analizar las prohibiciones concretas, resaltar que el apartado tercero del citado precepto prevé que la regla general a la que ha de acomodarse el Gobierno en funciones es la abstención, salvo en aquellos casos anteriormente referidos (despacho ordinario de asuntos públicos, urgencia e interés general). De lo que se trata es de evitar que el Gobierno en funciones siga llevando a cabo su programa político o adopte decisiones que dificulten la toma de posesión y el normal desarrollo del programa político del nuevo Gobierno. De lo anterior se deriva que las prohibiciones previstas en los apartados cuarto y quinto del artículo 21 no son las únicas que limitan la actuación del Gobierno en funciones ⁹², sino que el resto de las competencias expresamente atribuidas al Gobierno y la actuación de éste han de verse impregnadas por esa situación de interinidad y, en consecuencia, han de atemperarse a la regla general prevista en el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno.

4.2.1. Las prohibiciones previstas en la Ley del Gobierno respecto del Presidente del Gobierno

En cuanto a las explícitamente previstas en el apartado cuarto ⁹³, referidas al Presidente del Gobierno, no hay que poner ninguna objeción a las mismas.

⁹¹ En el Proyecto de Ley de 1995, todas las prohibiciones venían referidas al Gobierno, sin tener en cuenta que con respecto a alguna de ellas el destinatario de la prohibición debía ser en todo caso el Presidente del Gobierno y no el Gobierno. Esta incorrección fue expuesta por M. Aragón Reyes («Estatuto de los miembros del Gobierno...», cit., p. 107) y sin duda ha sido tenida en cuenta por el legislador de 1997 que ha doblado las prohibiciones imputándolas a dos sujetos distintos: el Gobierno y su Presidente.

⁹² Aunque al Gobierno en funciones no se le prohíbe expresamente la competencia para dictar reglamentos, sin duda la aprobación de éstos deberá atemperarse a la regla general prevista en el artículo 21.3.

⁹³ El artículo 21.4 establece: «El Presidente del Gobierno no podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.
- b) Plantear la cuestión de confianza.
- c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.»

Así, por lo que respecta a la imposibilidad de que el Presidente proponga al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo es lógica en tanto en cuanto este instrumento está previsto, según el artículo 92.1 CE, para la toma de «decisiones políticas de especial trascendencia». En efecto, de conformidad con lo que se ha apuntado en relación con la función constitucional y el ámbito competencial del Gobierno en funciones, parece obvio que el Presidente no puede adoptar decisiones políticas de especial trascendencia, por lo que entra dentro de la más pura lógica el hecho que se impida al Presidente del Gobierno proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo. Es preciso matizar que el precepto lo que prohíbe únicamente es que el Presidente del Gobierno proponga al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, por lo que podría pensarse que nada impediría ni que se solicitara la autorización previa y preceptiva al Congreso de los Diputados ni su celebración en este período para el caso de que el mismo ya se hubiese convocado y se hubiese fijado la fecha de su celebración. Por lo que se refiere a la primera posibilidad, consistente en que el Presidente del Gobierno en funciones requiera la previa autorización del Congreso de los Diputados exigida por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, parece cuanto menos impensable. Sería absurdo que el Congreso autorizara la convocatoria de un referéndum a sabiendas de que la Ley del Gobierno impide al Presidente la continuación procedimental inmediatamente posterior. Por este motivo, algunos autores⁹⁴ sostienen que, a pesar de que la prohibición prevista en la Ley del Gobierno se refiere a la fase intermedia del procedimiento, ha de extenderse a la primera y previa consistente en solicitar la autorización al Congreso de los Diputados. Puede suceder, sin embargo, que el Gobierno incurra en una causa de cese una vez que la celebración del referéndum ya haya sido autorizado por el Congreso de los Diputados y convocado por el Rey mediante el correspondiente Real Decreto. En este último caso no habría inconveniente en que se celebrara el referéndum por aplicación de lo dispuesto en la Ley del Gobierno, ya que no lo prohíbe expresamente. Sin embargo, sí podría venir obligado a suspender su celebración en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/1980. En efecto, dicho precepto establece que no podrá celebrarse ninguna modalidad de referéndum —salvo los previstos en los arts. 167 y 168 de la Constitución— «en el período comprendido entre los noventa días anteriores y los noventa posteriores a la fecha de celebración, en el territorio a que afecte, de elecciones parlamentarias o locales generales o de otro tipo. Quedará suspendido automáticamente todo referéndum ya convocado, cuando hubiera de celebrarse en el período antes señalado, debiéndose proceder a nueva convocatoria».

Por lo que respecta a la prohibición de que el Presidente del Gobierno plantee cuestión de confianza o proponga al Rey la disolución de las Cámaras, en

⁹⁴ Sobre esta cuestión *vid.* E. Guillén López, *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el Ordenamiento Constitucional Español*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, pp. 115, y F. Reviriego Picón, *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, cit., p. 272.

la mayoría de los supuestos de cese, se desprende del propio Texto constitucional la imposibilidad del ejercicio de estas facultades. Tal como apuntó L. López Guerra ⁹⁵, tanto la posibilidad de que el Presidente del Gobierno disuelva las Cortes como la de que plantee ante el Congreso una cuestión de confianza quedan anuladas, en la mayoría de los supuestos de cese, por la propia regulación constitucional de la materia. A este respecto apunta: «La primera exclusión (posibilidad de disolver las Cámaras) resulta del mandato del artículo 99, en cuanto a la apertura del procedimiento de investidura de un nuevo Presidente del Gobierno. Este procedimiento ha de abrirse una vez realizadas las elecciones generales, así como cuando fracase una cuestión de confianza (...) lo que excluye la posibilidad de disolución gubernamental de las Cámaras.» Lo mismo cabe decir en los supuestos de dimisión o fallecimiento del Presidente del Gobierno, ya que se inicia automáticamente el mecanismo previsto en el artículo 99. Con respecto a la segunda de las facultades, esto es, a la imposibilidad de que el Presidente del Gobierno en funciones plantee una cuestión de confianza, puede decirse lo mismo. En los supuestos de cese del Gobierno por pérdida de la confianza parlamentaria o por dimisión de su Presidente ya se ha roto expresamente el vínculo fiduciario que debe existir entre éste y el Parlamento, por lo que pierde sentido la utilización de este instituto que tiene por objeto ratificar la confianza que el Congreso depositó en su día en el Gobierno. Por lo demás, hay que señalar que el ejercicio de esta facultad tampoco es viable en el caso de fallecimiento del Presidente del Gobierno, ya que se trata de una facultad atribuida expresamente a éste.

4.2.2. *Las prohibiciones previstas en la Ley del Gobierno respecto del Gobierno en su conjunto*

El apartado quinto del artículo 21 de la Ley del Gobierno contiene la relación de aquellas facultades que no puede ejercer el Gobierno en funciones, a saber: aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado y presentar Proyectos de Ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

Con respecto a la prohibición de aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, es más que lógico el establecimiento de esta limitación. Como ya se ha dicho, el Gobierno en funciones ha de abstenerse de realizar cualquier acto que suponga desarrollar su programa político y de ahí el hecho de que se le impida aprobar esta norma. La Ley de Presupuestos Generales del Estado es un instrumento al servicio del Gobierno para dar cobertura económica a su programa político ⁹⁶. No habría razón alguna para justificar que el Gobierno en funciones aprobara un Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, ya que ni éste puede desarrollar su programa político, al menos

⁹⁵ L. López Guerra, voz «Gobierno en funciones», cit., pp. 3265 y ss.

⁹⁶ La STC 76/1992, entre otras, ha señalado que una de las peculiaridades de la Ley de Presupuestos Generales del Estado es precisamente servir al Gobierno de «vehículo de dirección y orientación de la política económica».

hasta que no cuente con la confianza del Parlamento, y para el caso de que ésta nunca llegara a otorgarse no sería admisible que el nuevo Gobierno se viera privado de esta facultad o, más grave aún, que viera mediatizada la puesta en marcha de su programa político por la aprobación de un presupuesto diseñado por un Gobierno en funciones⁹⁷. Hay que tener en cuenta, además, que esta prohibición no produce vacío normativo alguno, ya que el artículo 134.4 CE prevé la prórroga de los Presupuestos del ejercicio anterior en el caso de que el primer día del ejercicio no se hayan aprobado los nuevos.

La prohibición de que el Gobierno en funciones presente Proyectos de Ley al Congreso de los Diputados o al Senado⁹⁸ rige en todo caso, y por ello también en el supuesto de que los mismos hubiesen sido aprobados en Consejo de Ministros antes de que se produjera el cese. Por lo que respecta al establecimiento de esta restricción, creo que es conveniente por razones de oportunidad política, pero no porque se derive de la Constitución una prohibición en tal sentido respecto del Gobierno en funciones. O lo que es lo mismo, no parece deducirse *a priori* de la Constitución que el hecho de que el Gobierno en funciones presente Proyectos de Ley ante cualquiera de las dos Cámaras sea un acto inconstitucional o que el resultado de este acto, esto es, la Ley aprobada por las Cámaras, incurra en inconstitucionalidad por este motivo. Y ello porque, una vez presentado el Proyecto de Ley, serían las Cámaras, en última instancia, las que procederían o no a la aprobación de la norma. En relación con la conveniencia o no de establecer esta medida restrictiva, la doctrina —que se había pronunciado antes de que entrara en vigor la actual Ley regulador del Gobierno— no tenía (ni tiene tras la promulgación de la Ley) una postura unánime, ya que algunos autores⁹⁹ opinan que el establecimiento de esta prohibición se debería haber hecho dependiendo en buena medida de las circunstancias que concurran en cada caso. Así para algunos, la restricción

⁹⁷ En contra de esta tesis está P. Pérez Tremps que no considera acertado el establecimiento de esta prohibición al considerar que son las Cámaras las que en última instancia aprueban los Presupuestos, por lo que le resulta indiferente la situación en la que se encuentre el Gobierno. Señala además que al tratarse de un instrumento esencial no debería nunca prohibirse su aprobación por los perjuicios irreparables que se ocasionarían en el caso de que el tiempo en que permaneciera en funciones el Gobierno fuera muy dilatado. «Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno», *Estudios sobre la Ley Orgánica y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Tomo el dato de F. Reviriego Picón, que así lo cita en su libro *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, cit.

⁹⁸ En el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno de 1995 dicha prohibición sólo se establecía para la presentación de Proyectos de Ley al Congreso de los Diputados «en el caso de que el cese del Gobierno se hubiera debido a la celebración de elecciones generales».

⁹⁹ L. López Guerra (voz «Gobierno en funciones», cit., p. 3266), entiende que este criterio restrictivo deberá ser matizado en cada caso, ya que «la situación del Gobierno cesante será muy distinta en supuestos en que se mantenga la misma mayoría en las Cámaras y se prevea una continuidad de orientación y dirección de aquellas en que el cese deriva de la desconfianza parlamentaria, o del fallecimiento del Presidente». Otros autores, como R. Punset («La iniciativa legislativa en el ordenamiento español», *Revista de Derecho Político*, núm. 14, 1982, pp. 57 y ss.), opinan que esta limitación dependerá de multitud de factores políticos y entre los más relevantes señala el tiempo de duración de interinidad gubernamental. Otros, por el contrario, como L. Aguiar, entienden que prohibir al Gobierno en funciones presentar proyectos de ley supone «un exceso normativo», en L. Parejo, *Estudios sobre el Gobierno*, op. cit., p. 136.

impuesta es más que inadecuada en los casos en los que el Gobierno en funciones ha visto revalidada su confianza en las urnas. Creo, sin embargo, que sí parece razonable el hecho de que el legislador haya optado por establecer esta limitación con carácter general. Vuelvo a reiterar que el Gobierno en funciones no puede proceder a poner en marcha su proyecto político y evidentemente la Ley es el instrumento por excelencia para ello, ya que el ejercicio de la iniciativa legislativa atribuida al Gobierno por el artículo 87.1 CE está íntimamente conectada con la ejecución de su programa político y con la función, atribuida constitucionalmente, de dirigir la política. La única razón que podría justificar que el Gobierno aprobara y presentara un Proyecto de Ley sería la existencia de una situación de urgencia que no pudiera ser solventada con la aprobación de un Decreto-Ley. Piénsese, por ejemplo, en una situación que requiera una normación que afecte a los derechos y deberes contenidos en el Título I de la CE o en cualesquiera otras materias vedadas al Decreto-Ley. Pues bien, aunque el artículo 21.5 de la Ley del Gobierno no establezca ninguna excepción a la prohibición de presentar Proyectos de Ley, entiendo que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con suficientes recursos para poder dar solución a estos casos urgentes. Una salida podría ser la presentación de una Proposición de Ley por cualquiera de los sujetos legitimados para ello ¹⁰⁰.

No conviene, sin embargo, entender de forma amplia la restricción contenida en el artículo 21.5 y extenderla también a la facultad de retirar Proyectos de Ley que el Gobierno hubiera presentado en plenitud de facultades ¹⁰¹. Creo que no sería admisible tal extensión. En primer lugar, porque el artículo 21.5 de la Ley de Gobierno sólo hace referencia a la imposibilidad de presentar proyectos de Ley ante cualquiera de las dos Cámaras y esta facultad es sólo una vertiente de la iniciativa legislativa atribuida al Gobierno *ex constitutione*. En efecto, la posibilidad de retirada de un Proyecto de Ley es también una concreción (en su dimensión negativa) de la iniciativa legislativa, por lo que, al ser ésta una facultad atribuida directamente por la Constitución a un órgano constitucional no parece muy adecuado que, sin estar expresamente prohibida en la Ley el ejercicio de tal facultad por el Gobierno en funciones, se proceda a realizar una interpretación tan extensiva de la Ley. Téngase en cuenta que el poder de retirada tiene una trascendencia similar a ¹⁰². Pero es que, además, la restricción

¹⁰⁰ En el mismo sentido, M. Satrústegui, «El cese del Gobierno...», cit., p. 366.

¹⁰¹ No opina lo mismo P. García-Escudero Márquez (*La iniciativa legislativa del Gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 276-277), que entiende que la Ley del Gobierno prohíbe el ejercicio de la iniciativa legislativa al Gobierno en funciones. Sin embargo, el 21.5, apartado b), se refiere únicamente a la presentación de proyectos de ley. Téngase en cuenta, además, que si el legislador hubiera prohibido al Gobierno en funciones el ejercicio de la iniciativa legislativa no hubiera tenido ningún sentido la distinción prevista en los apartados a) y b) del citado precepto.

¹⁰² Es el caso de la retirada de las proposiciones de ley, ya que, según lo dispuesto en el artículo 129 del Reglamento del Congreso de los Diputados, «sólo tendrá efecto por sí sola si se produce antes del acuerdo de la toma en consideración», porque una vez adoptado éste, esto es, en la fase inicial del procedimiento legislativo, la retirada sólo podrá llevarse a cabo si lo acepta el Pleno de la Cámara. Esta previsión, como es sabido, no es aplicable para los proyectos de ley, ya que el artículo 128 prevé que el Gobierno puede retirar en cualquier momento el proyecto siempre que no hubiere recaído acuerdo final del Pleno del Congreso de los Diputados, es decir, prácticamente en la última fase del procedimiento legislativo.

competencial del Gobierno en funciones tiene por objeto que éste no ponga en marcha su proyecto político y ello no se lleva a cabo con la retirada de Proyectos de Ley, sino más bien con la aprobación de los mismos en Consejo de Ministros y presentación a la Cámara correspondiente. En mi opinión, pueden existir razones para justificar la retirada de un Proyecto de Ley por parte del Gobierno en funciones ¹⁰³.

Por último, conviene hacer referencia a la previsión contenida en el apartado sexto del artículo 21. Este precepto establece que las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales ¹⁰⁴. *A priori* no se entiende muy bien cuál es la voluntad del legislador al establecer la suspensión del citado plazo sólo para los casos en los que la causa de cese se deba a celebración de elecciones generales. En efecto, no parece que haya motivo aparente para establecer la suspensión del plazo en ese caso y no en los demás supuestos de cese. Es más, tras la celebración de elecciones generales el Gobierno en funciones ha podido ver reforzada su posición y haber ganado con más margen que en otras ocasiones las elecciones, lo cual asegura prácticamente su vuelta al Gobierno, mientras que en los casos en los que el Congreso rechaza una cuestión de confianza, queda patente la retirada de ésta por parte de aquél. Parece, por tanto, que está en mejor disposición para dictar el Decreto Legislativo desde el punto de vista del presupuesto que necesita el Gobierno para estar en plenitud de atribuciones, esto es, la confianza parlamentaria, el primer ejemplo de Gobierno en funciones que el segundo.

Y así lo ha hecho constar M. Satrústegui ¹⁰⁵, que no encuentra razón alguna para establecer la suspensión en el supuesto en que el Gobierno cese por la celebración de elecciones generales. Entiende que hubiese sido deseable otro tipo de regulación de tal manera que esta atribución se hubiera atemperado con el criterio general contenido en el artículo 21.3 del «despacho ordinario de asuntos públicos» y «que la competencia del Gobierno en funciones se valorase en cada caso atendiendo a los términos de la habilitación», ya que, según

¹⁰³ Piénsese en aquellos proyectos de ley que, en cualquier caso y a pesar de tratarse de una medida impopular, deberían adoptarse por parte de cualquier Gobierno, por ejemplo, porque se trata de una exigencia derivada de la pertenencia del Estado a una organización supranacional. Pues bien, me parece que en estos casos el Gobierno en funciones no tiene por qué pagar el coste político de la presentación de tal proyecto, cuando en realidad se trata de una medida que, en todo caso, debería ser adoptada por cualquier Gobierno. Obviamente, sólo sería prudente la retirada cuando ello no implicara hacer incurrir al Estado en responsabilidad y siempre que el nuevo Gobierno dispusiera aún de un margen de tiempo holgado para atender tal exigencia. O, por ejemplo, piénsese en aquellos casos en los que el proyecto de ley que se está tramitando no responde por sí solo a los objetivos del Gobierno, sino que ha de acompañarse de otras medidas. De cesar el Gobierno sin que esas otras medidas (además del proyecto de ley) hayan podido llevarse a cabo, entiendo más que justificado que el Gobierno en funciones pueda retirar el proyecto.

¹⁰⁴ Sin embargo, en el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno del año 95 se establecía: «Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedan en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones, precisando la ratificación por aquéllas cuando la causa del cese del Gobierno hubiera sido la celebración de elecciones generales.»

¹⁰⁵ M. Satrústegui, «El cese del Gobierno...», cit., p. 366.

el autor, no habría inconveniente alguno en que el Gobierno en funciones procediera a dictar un Decreto Legislativo cuando el margen de libertad permitido al Gobierno sea mínimo o en los casos en los que esté próxima a caducar la autorización. En principio, comparto la opinión de Satrústegui. O mejor dicho, desde la perspectiva de los criterios de prudencia y abstención que debe tener un Gobierno en funciones y que vienen contenidos en la Ley del Gobierno, sí estoy de acuerdo, ya que en este caso no existen razones para establecer la suspensión del plazo sólo cuando el Gobierno cesa con motivo de la celebración de elecciones generales, sino que, a mi juicio, no existiría inconveniente alguno en que el Gobierno cesante (sin distinción de las causas de cese) dictara un Decreto Legislativo. Es más, en el año 1996 el Gobierno que cesó por la celebración de elecciones generales aprobó un Decreto Legislativo¹⁰⁶, sin que ello supusiera en aquel momento problema de constitucionalidad alguno. Creo, sin embargo, que sí podían haber surgido problemas por lo que se dirá a continuación.

La opinión anterior debe ser matizada. Creo que el artículo 21.6 de la Ley del Gobierno ni responde ni es una concreción de los principios y criterios que han de orientar la actuación de un Gobierno en funciones. Esto es, el artículo 21.6 más que una limitación al Gobierno que cesa como consecuencia de la celebración de elecciones generales establece una garantía a favor de las Cortes en relación con el ejercicio de la delegación legislativa. Efectivamente, dicha delegación puede ser revocada en cualquier momento por las Cortes, de tal manera que si el Gobierno cesa por dimisión o fallecimiento de su Presidente o por la pérdida de la confianza parlamentaria, las Cámaras, que en estos supuestos de cese no están disueltas, podrán derogar de forma inmediata, si lo consideran oportuno, bien la Ley de bases, bien la Ley que autorice la refundición de textos normativos. En el caso de que las Cámaras no procedan a dejar sin efecto la delegación legislativa, implicará que la misma se hizo no a un Gobierno concreto y en una situación concreta, sino al Gobierno como órgano constitucional en abstracto, pero en cualquier caso son las Cortes las que deciden entonces si siguen facultando o no a un Gobierno en funciones para dictar un Decreto Legislativo. Sin embargo, esta posibilidad, consistente en dejar sin efecto la delegación, no podría llevarse a cabo de no existir el artículo 21.6 de la Ley del Gobierno cuando el cese del Ejecutivo se deba a la celebración de elecciones generales, ya que en este supuesto el Congreso de los Diputados, al menos, estaría disuelto. La Diputación Permanente no sería el órgano adecuado para derogar la norma en la que se contiene la delegación legislativa, por lo que el ejercicio de ésta quedaría en manos únicamente del Gobierno.

De lo dicho hasta ahora se desprende con toda claridad que una cosa son los principios que han de orientar la actuación del Gobierno en funciones y otra muy distinta las condiciones que han de concurrir para poder aprobar un

¹⁰⁶ Concretamente el Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Horizontal.

Decreto Legislativo, entre las que podemos destacar que las Cámaras no estén disueltas. Obviamente, tenido en cuenta el precepto desde este último punto de vista, es razonable que se establezca la suspensión de plazo de la delegación para el caso en que el cese se deba a celebración de las elecciones generales, ya que de otra manera las Cortes se verían privadas de la posibilidad de derogar la Ley mediante la cual se llevó a cabo la delegación. Hay que tener en cuenta que la delegación legislativa no supone un desapoderamiento por parte de las Cortes de la materia delegada, sino que, por el contrario, éstas pueden proceder a avocar para sí de nuevo en cualquier momento la materia que delegaron. De ahí que sea un requisito esencial que las Cortes estén constituidas cuando el plazo para dictar el Decreto Legislativo esté vigente.

Todo lo anterior en primer término, pero es que, además, tal y como dispone el artículo 86.2 de la Constitución, las leyes de delegación pueden establecer mecanismos adicionales del control sobre la legislación delegada, de tal manera que si las Cortes están disueltas no podría llevarse a cabo el mismo en los términos establecidos en el artículo 153 del Reglamento del Congreso de los Diputados ¹⁰⁷.

Cuestión distinta es analizar si, a la luz de los principios que han de informar la actuación del Gobierno en funciones, es conveniente que éste dicte Decretos Legislativos o no. Y en este punto y desde esta perspectiva creo (ya no *a priori*) que es donde las apreciaciones de M. Satrústegui a las que antes me he referido son correctas. En efecto, para valorar si es adecuado que el Gobierno en funciones proceda a dictar o no Decretos Legislativos habrá que atender a los términos en los que se produjo la habilitación, de tal manera que no sería lo mismo que el margen de libertad conferido al Gobierno en la norma habilitante sea escaso o considerable ¹⁰⁸. Pero creo que este juicio acerca de si es prudente o no que un Gobierno en funciones proceda a dictar un Decreto Legislativo en atención a las condiciones previstas en la norma habilitante debe realizarse por las Cámaras, que serán las que procedan a dejar sin

¹⁰⁷ Los apartados segundo a quinto del artículo 153 del Reglamento del Congreso de los Diputados establecen el procedimiento que ha de seguirse en aquellos casos en los que las leyes de delegación estableciesen que el control adicional de la legislación delegada se realice por el Congreso de los Diputados. A tal efecto se prevé que tras publicación del texto articulado o refundido se abrirá el período de un mes para que cualquier Diputado o Grupo Parlamentario puedan formular objeciones al texto en cuyo caso será objeto de estudio por la Comisión correspondiente que deberá emitir dictamen al respecto. Asimismo, se prevé que dicho dictamen sea debatido en el Pleno de la Cámara siguiendo las normas generales del procedimiento legislativo.

¹⁰⁸ T. de la Quadra-Salcedo «La delegación legislativa en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, vol. I, p. 373) entiende, a este respecto, que aunque se admita que el Gobierno en funciones (incluso el que cesa por la celebración de las elecciones generales) pueda dictar un Decreto Legislativo, «habrá seguramente que establecer alguna distinción entre los textos articulados o refundidos; en efecto, en estos últimos el componente de opción política puede ser mucho menor —especialmente si se trata de refundición estricta sin aclaración y armonización— de ahí que pudiera resultar más admisible su aprobación por un gobierno en funciones. Otra cosa sucede con los textos articulados, pues éstos sí suponen, con el margen de creación que comportan, el ejercicio de la más alta función política a desarrollar por el gobierno compartiendo la tarea legislativa; no parece que un Gobierno en funciones esté legitimado para acometer esta tarea si no hay unas razones de estricta necesidad difíciles de concebir».

efecto o no la delegación legislativa. Parece que es difícil, por no decir imposible, que en la Ley del Gobierno se proceda a establecer una regulación en este sentido.

Se puede afirmar, para concluir, que es claramente acertado el contenido del apartado 6 del artículo 21 de la Ley del Gobierno por los motivos antes señalados; sin embargo, su ubicación —al incluirse en el precepto que regula el Gobierno en funciones— no parece la más adecuada ya que la interpretación del texto tiende a realizarse teniendo en cuenta los principios que han de informar la actuación del Gobierno en funciones y no las condiciones necesarias para que pueda llevarse a cabo la delegación legislativa. Creo que hubiese sido deseable que tal regulación se contuviese en aquellas normas que se encargan de regular la legislación delegada. Además sería más correcto establecer que las delegaciones legislativas quedaran en suspenso no desde el momento en que el Gobierno cesa por la celebración de las elecciones —que, como hemos dicho, el momento del cese sería al día siguiente de la celebración de las mismas—, sino desde el mismo momento en que se procede a la disolución de las Cámaras. Lo anterior debido a que hay un plazo —entre treinta y sesenta días— en el que tenemos un Gobierno en plenitud de atribuciones —que aún no ha cesado— pero sin Parlamento, por lo que debería evitarse por los motivos antes expuestos que durante este período el Gobierno pudiera dictar Decretos Legislativos.

V. UN APUNTE SOBRE EL CONTROL DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

Parece evidente que la actuación del Gobierno no está sujeta sólo al control que ejercen los ciudadanos a través del voto o al que constitucionalmente corresponde a las Cámaras. Como es de sobra sabido, también está sujeta al control jurisdiccional tanto de los Tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el control que han de realizar estos sujetos sobre la actuación del Gobierno en funciones tiene ciertas peculiaridades, ya que ha de realizarse desde una doble perspectiva. Efectivamente, el control ya no ha de limitarse al que de ordinario ha de realizarse sobre el citado órgano constitucional, sino que, además, el mismo ha de verificarse atendiendo al hecho de que dicho órgano se encuentra en funciones y que está dando respuesta a una situación de *ínterin*. Así, el Gobierno en funciones como órgano limitado ha de ser controlado para que no pueda excederse en su actuación más allá de lo que dispone en artículo 21.3 de la Ley del Gobierno, ya que lo que el Gobierno en plenitud de atribuciones pudiera hacer conforme a la Constitución y las leyes se hace imposible en los casos en los que se encuentra en funciones. El objeto de control irá encaminado a asegurar que el Gobierno en funciones limita su actuación al despacho ordinario de asuntos públicos y a valorar si concurren las premisas de «urgencia» o «interés general» que pueden provocar una actuación del Gobierno en funciones fuera de los asuntos corrientes. Me parece evidente, asimismo, que también debe ampliarse el

objeto de control a una de las exigencias previstas al Gobierno en funciones en el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno. En efecto, el primer mandato que se le encomienda al Gobierno en funciones es facilitar «el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo». Por este motivo, la actividad de control debe ir encaminada también a que la actuación del Gobierno no obstaculice la formación del nuevo Gobierno y que la misma se lleve a cabo con lealtad.

Esta peculiaridad no justifica, sin embargo, un cambio en la posición del Jefe del Estado sobre los actos realizados por el Ejecutivo. Me refiero a que no puede sostenerse la idea apuntada por un sector de la doctrina¹⁰⁹ en relación con la posible negativa del Monarca a refrendar los actos dictados por el Gobierno en funciones cuando éstos supongan una grave extralimitación por no considerarse asuntos corrientes o de ordinaria administración. La posición de un Gobierno cesante con un ámbito competencial reducido no afecta ni modifica la posición constitucional del Jefe del Estado ni el papel que desempeña dentro del mismo. Otorgar al Rey el poder de controlar la actuación del Gobierno en funciones posibilitándole negarse a refrendar un acto gubernamental supone otorgar al Monarca un poder político propio¹¹⁰, lo que es inadmisibles en las Monarquías parlamentarias actuales.

Con respecto al control parlamentario del Gobierno en funciones hay que apuntar que en estos casos pierde sentido, por razones obvias, la exigencia de responsabilidad política, esto es, la sanción y en último caso a la destitución del Gobierno¹¹¹. Sin embargo, que desaparezca esta finalidad —fundamental, por otra parte, cuando el Gobierno está en plenitud de atribuciones— no implica que el Gobierno en funciones no deba estar sometido al control del Parlamento. Este mismo argumento —el que no se pueda pretender la destitución del Gobierno en funciones— ha servido a un sector de la doctrina¹¹², precisamente, para sostener lo contrario: La actividad de control parlamentario carece de sentido porque el Gobierno se encuentra en una situación de provisionalidad. Este sector de la doctrina aboga por paralizar toda actividad de las Cámaras que suponga una colaboración con el Gobierno en funciones, incluyéndose la puesta en marcha de

¹⁰⁹ Vid. en este sentido M. Herrero y Rodríguez de Miñón, «Artículo 64. Refrendo de los actos Reales», Comentarios a la Constitución Española de 1978, t. V, Ó. Alzaga (dir.), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 293.

¹¹⁰ Como apunta J. J. Solozábal: «Otra cosa es que el Monarca disponga de oportunidades, al tiempo del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales de ejercicio informal de influencia, que puede ser de considerable importancia», «Irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey», *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, M. Aragón (dir.), Civitas, Madrid, 2001, t. II, p. 40.

¹¹¹ Creo que no sería posible una vez que el Gobierno está en funciones que el Parlamento procediera a establecer un mecanismo de control tendente a exigir su dimisión. Y ello porque una de las obligaciones del Gobierno que cesa es precisamente la permanencia en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno tal y como establece el artículo 101 CE. No sería admisible, de conformidad con el citado precepto constitucional, un abandono del Gobierno que cesa. En relación con este asunto véase F. Reviriego Picón, «Un breve apunte del control del Gobierno en funciones en las Comunidades Autónomas», en A. Elvira Perales y M. D. González Ayala (coord.), *Nuevos retos del control parlamentario: Comunidades Autónomas y Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

¹¹² Pueden verse, entre otros, F. Santaolalla López, en «Artículo 101», *Comentarios a la Constitución*, Ó. Alzaga (dir.), 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1985, p. 1414.

mecanismos de control específicos tales como las preguntas e interpelaciones. Comparto las tesis mantenidas por aquellos que entienden que durante este período, en el que el Gobierno se encuentra en funciones, ha de seguir fiscalizándose la actuación de éste por el Parlamento. De otra forma no tendría sentido el establecimiento de límites y habría que apelar únicamente a la autorrestricción y a la buena fe del propio Gobierno en funciones o al posible control jurisdiccional de los actos dictados durante este período. Los planteamientos que abogan por una supresión del control cuando el Ejecutivo se halla en funciones ignoran que el Parlamento es el espacio por excelencia para fiscalizar la actuación del Gobierno sin que éste pueda ser suplido o sustituido por el que puedan ejercer los Tribunales de Justicia. En definitiva, el presupuesto para seguir realizando el control —que es la actuación del Gobierno— subsiste aunque el Gobierno se encuentre en funciones.

Es obvio que el Parlamento deberá asegurarse de que ni el Gobierno en funciones ni su Presidente ignoren las prohibiciones previstas en los apartados 4, 5 y 6 de la Ley del Gobierno. Así, las Mesas de las Cámaras no deberán admitir a trámite ni los Proyectos de Ley que el Gobierno presente ni cualesquiera otras de las iniciativas expresamente prohibidas. Sin embargo, el control del Gobierno en funciones no debe limitarse a una aplicación sin más de las prohibiciones previstas en ese precepto, sino que además se ha de verificar que su actuación está justificada bien por razones de urgencia, interés general y/o porque se trata de gestión ordinaria de asuntos públicos. Para llevar a cabo el control en los términos antes expuestos, es obvio que no todos los mecanismos que pueden funcionar y ser eficaces en una situación de normalidad sirven cuando el control se pretende realizar sobre el Gobierno en funciones debido, sobre todo, a que el espacio de tiempo de la *prorrogatio* puede ser muy reducido. Salvo en determinadas excepciones en las que este período se dilata, no tendría sentido recurrir a la constitución de Comisiones de investigación, pero sí a las interpelaciones, preguntas orales, solicitud de comparecencias o peticiones de información. A este respecto, es de interés destacar la propuesta de Luis de la Peña¹¹³ relativa a cómo en la práctica las Mesas de las Cámaras pueden hacer difícil —por no decir imposible— la efectividad de estos controles. Y ello porque las Mesas acuerdan la remisión de la iniciativa al ejecutivo, pero al mismo tiempo acuerdan la suspensión del cómputo de los plazos para su tramitación hasta que se produzca la toma de posesión del nuevo Gobierno. Obviamente, esto hace imposible que el Gobierno en funciones pueda responder a estas iniciativas de control. De la Peña mantiene que deberían diferenciarse aquellas iniciativas que tuvieran como destinatario al Gobierno en funciones de las que tuvieran como destinatario al nuevo Ejecutivo, estableciéndose sólo con respecto a estas últimas la suspensión de los plazos hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Creo que el motivo por el que se procede a suspender los plazos consiste en que la Cámara tiene un asunto prioritario que resolver: elegir al nuevo Presidente del

¹¹³ L. de la Peña Rodríguez, «El control parlamentario del Gobierno en funciones», en F Pau i Vall (coord.), *Parlamento y control del Gobierno. V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 350.

Gobierno. Sin embargo, ello no puede ser óbice en ningún caso para impedir que se lleve a cabo el control del Gobierno en funciones.

Hay que destacar, asimismo, que las Cortes Generales, pueden también ejercer el control del Gobierno en funciones a través de la necesaria participación de éstas en la toma de determinadas decisiones. Un ejemplo de ello puede ser la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio o la puesta en marcha de los mecanismos previstos en el artículo 155 de la CE. O de forma más frecuente la intervención de éstas en la convalidación de los Decretos-Leyes, o mediante la puesta en práctica de los controles a los que se refiere el artículo 82.6 de la CE en relación con el Decreto-Legislativo.

Hay que tener cuenta, sin embargo, que el control que puede ejercer el Parlamento no es el mismo en todas las causas de cese. En efecto, en los casos en los que el cese se debe a la celebración de elecciones generales, las Cortes —o el Congreso al menos— están disueltas, por lo que el control lo ejercen las Diputaciones Permanentes, que, según ha señalado A. Bar Cendón ¹¹⁴, aunque no pueden exigir directamente la responsabilidad política del Gobierno, sí tienen otros instrumentos a su alcance para verificar que la actuación del Gobierno en funciones responde a los criterios que han de orientar su actuación. Estos mecanismos serían las preguntas, las peticiones de información, la solicitud de comparecencia de los miembros del Gobierno, etc. En este mismo sentido L. Aguiar ¹¹⁵ ha apuntado que la ambigua expresión contenida en el artículo 78 de la Constitución «velar por los poderes de la Cámara» ofrece la posibilidad de entender que se le encomienda a la misma el control del Gobierno en estas situaciones de interin.

Por lo que se refiere al control jurisdiccional de los actos del Gobierno en funciones hay que señalar que el mismo ha de producirse al menos en los mismos términos que cuando el Gobierno se encuentra en plenitud de atribuciones. Y digo al menos, porque los Tribunales han de atender también al hecho de que el acto se ha dictado por un Gobierno en funciones, esto es, por un Gobierno limitado al despacho ordinario de asuntos públicos y que ha de actuar sólo en casos de urgencia y cuando así lo requiera el interés general. En estos dos últimos supuestos, y según dispone el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno, el Gobierno tendrá que acreditar que concurren esas circunstancias y justificar por qué se adopta una medida determinada. *A priori*, por tanto, será el propio Gobierno en funciones el que tendrá que valorar qué conlleva el despacho ordinario de asuntos públicos, así como si concurren o no las circunstancias de urgencia e interés general que justificarían determinadas actuaciones. El Juez —tanto constitucional como ordinario, cada uno en el ejercicio de sus competencias— tendrá que comprobar en primer lugar si la exigencia de motivación de la adopción de la medida por la concurrencia de determinados presupuestos —urgencia o interés general— se ha cumplido o no. Tén-

¹¹⁴ A. Bar Cendón, «La disolución de las Cámaras legislativas en el ordenamiento constitucional español», cit., pp. 259-260.

¹¹⁵ L. Aguiar, «La posición del Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español», cit., p. 270. Señala asimismo que la práctica no ha hecho sino confirmar este extremo.

gase en cuenta que el artículo 21.3 requiere una motivación explícita en ambos casos. Una vez verificado el cumplimiento de tal obligación, el control judicial pasa por interpretar criterios jurídicos indeterminados (urgencia, interés general, administración ordinaria) que requieren un análisis pormenorizado y concreto en cada caso con el fin de determinar si el acto impugnado está justificado o no. Sin duda esta operación supone llevar al juez un sinnúmero de apreciaciones políticas que en ocasiones se hacen difícilmente conciliables con lo que debe ser el control jurisdiccional. Por ello, como ha señalado la mayoría de la doctrina¹¹⁶, es más que improbable que, salvo en casos extremos, se proceda a decretar la nulidad de un acto con base en una extralimitación competencial del Gobierno en funciones. Esta apreciación doctrinal, por otra parte, no niega que no haya sido así en otros momentos y en otros lugares¹¹⁷. Lo cierto es que, desde la entrada en vigor de la Constitución y hasta la fecha, no ha habido ningún pronunciamiento judicial relativo a este asunto. Quizás se deba al escaso tiempo de vigencia de la Ley reguladora del Gobierno y a que desde la aprobación de la misma sólo han existido dos cambios de Gobierno.

Un elemento importante que el Juez puede tomar en consideración a la hora de enjuiciar estos supuestos es el Informe que haya emitido el Consejo de Estado. En efecto, dicho órgano como órgano consultivo del Gobierno está obligado por lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, a tener en cuenta «los aspectos de oportunidad» de la medida que se pretende adoptar, lo que sin duda va a tener gran importancia en estas situaciones de ínterin. A pesar de ser un informe preceptivo pero no vinculante y que tiene como destinatario prioritario al propio Gobierno, podrá ser utilizado como un argumento de peso por los Tribunales a la hora de enjuiciar la legalidad del acto.

¹¹⁶ Son de esta opinión A. Gallego Anabitarte y A. Menéndez Rexach, «Comentarios al artículo 97. Funciones del Gobierno», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, cit., p. 111; L. Aguiar de Luque, «La posición del Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español», cit., p. 270. Este último autor, consciente de la ambigüedad que supone el control judicial, aboga por profundizar, precisamente por lo anterior, en fortalecer el control parlamentario del Gobierno en funciones.

¹¹⁷ El control jurisdiccional de la actuación del Gobierno en funciones tuvo gran importancia en Francia. Como ha recordado M. A. García Herrera («La continuidad del Gobierno Vasco», cit., p. 107) «corresponde a la jurisprudencia francesa haber sentado una doctrina aprovechable en este tema reafirmando con todo vigor la juricidad de los límites y la realidad actuante de un ordenamiento que responde con sanciones al desconocimiento de los límites jurídicos que les afectan por los poderes públicos. Ya en la Cuarta República la magistratura, realizando un desarrollo de los principios parlamentarios, censuraba la extralimitación del gabinete dimisionario y reclamaba, junto a posibles intervenciones políticas e iniciativas de la Cámara, la virtualidad de un control jurisdiccional de los actos del gobierno en precario, dando plena validez jurídica a los límites ínsitos en el sistema basado en la relación de confianza. Con la decisión de 4 de abril de 1952 el Consejo de Estado anulaba un Decreto de 1946 en cuanto que consideraba que el Gobierno se tenía que reducir a la Administración ordinaria. Siguiendo la última línea, en la Quinta República la Sentencia del Consejo de Estado de 19 de octubre de 1962 reafirma la invalidez de los actos que excedan de la capacidad del Gobierno que se resume una vez más en al gestión de asuntos corrientes».

VI. CONCLUSIONES

Sin ánimo de hacer de estas conclusiones un extracto o resumen de todo lo que se ha dicho en las páginas anteriores, me gustaría comenzar por señalar el acierto que supuso dedicar el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al Gobierno en funciones. Y lo anterior a pesar de que no existía una necesidad imperiosa derivada de los acontecimientos que exigiera la regulación inmediata de este órgano constitucional cuando el mismo se encuentra en funciones. La práctica constitucional desde la entrada en vigor de la Constitución y hasta la aprobación de la Ley reguladora del Gobierno se ha caracterizado por la autorrestricción de los sucesivos Gobiernos mientras han permanecido en funciones. De ahí que se pueda afirmar, sin ningún género de dudas, que, aunque tarde, dicha regulación ha llegado a tiempo por lo que pudiera pasar y no para poner remedio o para tratar de que no se volviera a repetir lo que ya había pasado. El estimar lo anterior como un acierto del legislador debe partir de un presupuesto no compartido por un sector —aunque minoritario— de la doctrina: la regulación que ha acometido el legislador acerca del Gobierno en funciones no es inconstitucional. O dicho de otro modo, la Ley es el instrumento idóneo para el establecimiento de límites competenciales al Gobierno en funciones, ya que, a pesar de no preverse éstos en la Constitución de forma explícita, sí puede derivarse la existencia de los mismos de forma implícita.

La expresión «Gobierno en funciones» sugiere necesariamente limitación, abstención, cautela. Sin duda, esta restricción a la que se apela y que supone un recorte en su ámbito competencial, se produce debido al doble significado que el cese del Gobierno tiene en un sistema parlamentario. Por un lado, el cese del Gobierno supone la terminación de su mandato con la consiguiente puesta en marcha de los mecanismos para proceder a una nueva elección, primero de su Presidente y después del resto de sus miembros. Pero desde que se produce el hecho que desencadena el cese hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno transcurre un plazo de tiempo que, dependiendo de la causa de cese, podrá ser más o menos dilatado. Pues bien, con el fin de dar respuesta a esas situaciones de *interin*, se prevé en el artículo 101 de la Constitución la continuación del Gobierno cesante hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Es obvio que en los Estados constitucionales actuales el Gobierno ocupa un lugar central, sobre todo por el desarrollo de la cláusula del Estado social. En este sentido, resulta inimaginable el hecho de que todo el aparato gubernamental desapareciera durante estos períodos. El objetivo y el fin último que prescribe nuestra Constitución al establecer la continuidad del Gobierno es evitar precisamente la paralización de todo el aparato gubernamental y, por ende, las consecuencias catastróficas que ello acarrearía. Insisto, éste ha de ser objetivo último del Gobierno en funciones. Por otro lado, el cese del Gobierno supone una quiebra, o cuanto menos una modificación o afección del vínculo que éste ha de mantener necesariamente con el Parlamento. El Gobierno que cesa, en unos casos de forma más explícita que en otros, ve rota esa relación fiduciaria. La conjunción de ambas premisas —la finalidad y el fun-

damento de la *prorrogatio* es asegurar la continuidad y la ruptura del vínculo fiduciario con el Parlamento— sirven para explicar la restricción que sufre el citado órgano constitucional en el ámbito de sus competencias. Puede afirmarse, por tanto, que legitimidad del Gobierno en estos momentos se ve modificada cualitativamente. Y ello en nuestro Derecho positivo con independencia de la causa desencadenante del cese. Efectivamente, la Ley del Gobierno da un tratamiento idéntico a todos los Gobiernos cesantes, con la salvedad referida a una específica limitación competencial prevista en el apartado 6 del artículo 21 de la Ley del Gobierno¹¹⁸. No obstante, se puede afirmar que el tratamiento es prácticamente homogéneo. Sin embargo, parece que no es lo mismo desde el punto de vista del vínculo fiduciario al que me he referido anteriormente, un Gobierno que cesa como consecuencia de la celebración de elecciones generales —en las que ha podido ver aumentado el respaldo electoral— que otro que cesa como consecuencia de la aprobación de una moción de censura o el rechazo de una cuestión de confianza. El tratamiento generalizado que se hace en la Ley, sin embargo, no me parece desacertado, ya que las diversas circunstancias en las que se encuentre el Gobierno en funciones pueden resultar de interés a la hora de analizar y controlar *a posteriori* la actuación del mismo.

Una vez reconocida la necesaria limitación del ámbito competencial del Gobierno en funciones, justificada por esa reorientación de su legitimidad, queda pendiente una tarea ardua y difícil, cual es la normación de esos límites. Me parece que son tres las opciones que puede barajar el legislador. Bien establecer criterios generales tendentes a orientar la actuación del Gobierno en funciones. O prohibir de forma expresa el ejercicio de determinadas atribuciones que le corresponderían en una situación de normalidad. La tercera opción, que es por la que se ha decidido el legislador de 1997, es proceder a la combinación de las dos anteriores. Así, con carácter general se ha dispuesto que el Gobierno en funciones deberá actuar en los supuestos de ordinaria administración o, más allá de los mismos, sólo cuando así lo requiera la urgencia o el interés general. En estos dos últimos casos y por mandato legal, el Gobierno deberá acreditar de forma explícita la concurrencia de los mismos. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados imposibles de determinar *a priori* y que requerirán de análisis caso por caso. A pesar del terreno movedizo en el que nos movemos, lo cierto es que el establecimiento de cláusulas abiertas que orienten la actuación del Gobierno en funciones no me parece desacertada. Y ello porque el ámbito competencial que ha de mantener el Gobierno en funciones debe verse atemperado por el tiempo de duración de la *prorrogatio* así como por la posición de primacía que ocupa dicho órgano constitucional en nuestro Estado. Asimismo se ha elaborado una lista —entendiendo que cerra-

¹¹⁸ Se trata de la suspensión de las delegaciones legislativas concedidas en el caso de que el cese se produzca como consecuencia de la celebración de elecciones generales. Sin embargo, la introducción de tal limitación ni responde ni es una concreción de los principios y criterios que han de orientar la actuación del Gobierno en funciones cuando cesa como consecuencia de la celebración de elecciones generales. Así, más que una limitación al Gobierno en funciones se trata de una garantía a favor de las Cortes Generales en relación con el ejercicio de la delegación legislativa.

da— de facultades expresamente prohibidas al Presidente del Gobierno en funciones y al Gobierno en funciones que no creo conveniente repetir a estas alturas (apartados 4 y 5 de la Ley del Gobierno). Me parece que con el establecimiento de esta regulación se ha pretendido por el legislador la consecución de varios objetivos. Por un lado, procurar que el Gobierno en funciones deje de poner en marcha su proyecto político partidista. Por otro, evitar que una extralimitación en la actuación del Gobierno en funciones pueda condicionar e hipotecar la política del futuro Gobierno. También resulta interesante el hecho de que se haya previsto de forma expresa en la Ley que uno de los cometidos fundamentales del Gobierno en funciones sea facilitar el traspaso de poderes al nuevo Gobierno.

No puedo dejar de referirme al efecto mimético que el establecimiento de límites así como de criterios generales de actuación operada con respecto al Gobierno en funciones en el ordenamiento estatal ha tenido en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Efectivamente, la aprobación de la Ley 50/1997, del Gobierno, tuvo como consecuencia una proliferación en el ámbito autonómico de normas reguladoras del ámbito de actuación del Gobierno en funciones. Sin embargo, esa tendencia en los primeros años del nuevo siglo ha ido claramente en aumento en cuanto al establecimiento de límites se refiere, que incluso afectan a la libertad del Presidente para configurar la estructura y composición de su Gobierno. Me parece que este tipo de regulaciones tan exhaustivas y limitadoras pueden obstaculizar la necesaria capacidad de un Gobierno en funciones para dar respuesta a la multitud de situaciones que se le pueden presentar en los casos en los que el período de *interin* se prorrogue en exceso. En este sentido, lo que valoré como un acierto del legislador estatal en el inicio de estas conclusiones se convierte en crítica en relación con lo acaecido en algunas Comunidades Autónomas. Sólo falta desear que esta tendencia no vaya en aumento.

Sólo una cuestión quisiera resaltar en este momento en relación con las causas de cese previstas constitucionalmente —celebración de elecciones generales, pérdida de la confianza parlamentaria y dimisión o fallecimiento del Presidente del Gobierno—. Y es que se echa de menos otra, que, de ocurrir, pondría en serios apuros a los Servicios Jurídicos del Estado. Me refiero sin duda a los casos de desaparición o de incapacidad permanente física o mental del Presidente del Gobierno. En ambos casos parece que la solución que se apunta es la suplencia del Presidente del Gobierno en los términos previstos en el artículo 13 de la Ley reguladora del Gobierno. Pero una suplencia *sine die* supone aceptar que se posibilitan en la Constitución las investiduras implícitas, tesis ésta que no comparto. Para evitar lo anterior, un sector de la doctrina aboga por iniciar los mecanismos de exigencia de responsabilidad al ejecutivo, esto es, al planteamiento de una moción de censura o una cuestión de confianza, con la finalidad de provocar el cese del Gobierno por una de las causas previstas en el artículo 101. Pero, ¿a partir de qué momento se llevaría a cabo?, ¿al mes de iniciarse la suplencia, al año, a los dos años? Dicha tesis tampoco puede mantenerse. Además de que sería difícil llegar a un acuerdo sobre el momento en el que resultaría adecuado o necesario tal planteamiento, hay que

señalar que los citados mecanismos están previstos para exigir la responsabilidad del Gobierno, desnaturalizándose su sentido al pretenderse su utilización para otros fines. Otros autores entienden que lo más adecuado sería la dimisión del Presidente del Gobierno. Pero ¿y si ello no es posible por la situación en que se encuentra el Presidente? En fin, la conclusión es que ninguno de los instrumentos previstos en la Constitución y en la Ley podrían dar respuesta en determinados casos. Por ello considero que sería adecuada una reforma que diera una solución al grave problema que se plantea y que pasa necesariamente por considerar la incapacidad permanente o total como un supuesto de cese del Gobierno. Otra cosa bien distinta es cómo y quién debe decretar la incapacidad del Presidente. Pero ése es otro tema.

Por último y con respecto al control del Gobierno en funciones, creo que debe seguirse ejerciendo el que de ordinario corresponde a las Cortes Generales. No comparto la opinión de aquellos que abogan por que las Cortes Generales abandonen toda cooperación y colaboración con el Gobierno en funciones. Y mucho menos con los que afirman que carece de sentido poner en marcha mecanismos de control con el argumento de que no es posible durante estos períodos poner en marcha los mecanismos para intentar derrocar al Gobierno. Muy al contrario, creo que la ambigüedad de los criterios que han de orientar la actuación y abstención del Gobierno en funciones, así como las diversas circunstancias que pueden concurrir en cada caso, hacen más interesante el control político que el jurisdiccional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L., «La posición del Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español», *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, A. Garrorena Morales, (ed.), Asamblea Regional de Murcia/Tecnos, Madrid, 1990, pp. 261 a 270.
- ÁLVAREZ CONDE, E., «El Gobierno en funciones», *Documentación Administrativa*, núm. 246/247, 1996-1997, pp. 191 a 218.
- ARAGÓN REYES, M., «Sobre el significado actual del Parlamento y del control parlamentario: información parlamentaria y función de control», en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 275 a 297.
- «Estatuto de los miembros del Gobierno: acceso y permanencia», *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, L. Parejo (ed.), Universidad Carlos III-«BOE», Madrid, 1996.
- BAR CEDÓN, A., «Sobre una hipotética reforma del Título IV (Del Gobierno y la administración) de la Constitución de 1978», *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, pp. 11-33.
- «La disolución de las Cámaras en el ordenamiento constitucional español», Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.
- *El Presidente del Gobierno en España. Encuadre constitucional y práctica política*, Civitas, Madrid, 1983.

- DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, L., «El control parlamentario del Gobierno en funciones a la luz de la Constitución», *Parlamento y control del Gobierno. V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, F. Pau i Vall (coord.), Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 345-350.
- ESPÍN TEMPLADO, E., «Estatuto de los miembros del Gobierno: Acceso y permanencia», *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, L. Parejo (ed.), Universidad Carlos III-«BOE», Madrid, 1996.
- GALLEGO ANABITARTE, A., *Conceptos y Principios fundamentales del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- GALLEGO ANABITARTE, A., y MENÉNDEZ REXACH, A., «Comentarios al artículo 97. Funciones del Gobierno», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. VIII, Ó. Alzaga (dir.), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, pp. 41-208.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- GARCÍA HERRERA, M. A., «La continuidad del Gobierno vasco», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 11, 1985, pp. 83 a 110.
- GUILLÉN LÓPEZ, E., *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el Ordenamiento Constitucional Español*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., «Artículo 64. Refrendo de los actos reales», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. V. Ó. Alzaga (dir.), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, pp. 279 a 308.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Gobierno en funciones», *Temas básicos de Derecho Constitucional* (t. II), M. Aragón Reyes (coord.), Civitas, Madrid, 2001, pp. 206-208.
- «Gobierno en funciones», *Enciclopedia Jurídica Básica* (vol. II), Civitas, Madrid, 1995, pp. 3264-3266.
- PAJEJO ALFONSO, L. (ed.), *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el Proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, Universidad Carlos III-«BOE», Madrid, 1996.
- PAU I VALL, F. (coord.), *Parlamento y control del Gobierno*, Aranzadi, Madrid, 1998.
- PÉREZ TREMP, P., «Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno», *Estudios sobre la Ley Orgánica y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- PUNSET BLANCO, R., «La iniciativa legislativa en el ordenamiento español», *Revista de Derecho Político*, núm. 14, 1982.
- QUADRA SALCEDO, T., «La delegación legislativa en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (t. I), Civitas, Madrid, 1991, pp. 327-405.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., «El Gobierno en funciones», *Gobierno y Administración en la Constitución* (vol. II), VV.AA., Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pp. 1501-1523.
- *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- REVIRIEGO PICÓN, F., *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2003.

- «La regulación del Gobierno en funciones en los Ordenamientos Autonómicos. A propósito del caso Cántabro», *Cuadernos Jurídicos y Económicos Escorialenses*, vol. XXXVII, 2004.
- «Un supuesto de Gobierno en funciones. La ubicuidad de Ruiz-Gallardón, Alcalde-Presidente», *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 13, 2003.
- «Ámbito de actuación de los Gobiernos cesantes en los ordenamientos autonómicos», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 54, Madrid, 2001, pp. 123-144.
- «Comunicación: un breve apunte del control del Gobierno en funciones en las Comunidades Autónomas», en A. Elvira Perales y M.D. González Ayala (coord.), *Nuevos retos del control parlamentario: Comunidades Autónomas y Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 102. Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Ó. Alzaga (dir.), Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, pp. 369-379.
- RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 101 CE», *Comentarios a la Constitución*, F. Garrido Falla (dir.) (3.^a edición), Civitas, Madrid, 2001, pp. 1569-1579. (También se hacen referencias a la edición anterior).
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988.
- SATRÚSTEGUI, M., «El cese del Gobierno y el Gobierno cesante», en Ó. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. VIII, Editorial Revisita de Derecho Privado, Madrid, 1998, pp. 345-367.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey», *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, M. Aragón (dir.), Civitas, Madrid, 2001, t. II, pp. 39-42.
- «El régimen parlamentario y sus enemigos (Reflexiones sobre el caso español)», *Estudios de Derecho Público. Homenaje a J.J. Ruiz Rico*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 178 a 193.

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.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Obligación de respetar los derechos humanos.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 1

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

El ejercicio de jurisdicción es condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser declarado responsable por la violación de los derechos y libertades contemplados en el Convenio.

★ Sylvia Martí Sánchez, Secretaria General de la Asamblea de Madrid; Javier Sánchez Sánchez y Tatiana Recoder Vallina, Letrados de la Asamblea de Madrid.

De la jurisprudencia se infiere que el concepto de «jurisdicción» a que se refiere el artículo 1 del Convenio debe interpretarse a la luz de lo que por tal se entiende en el Derecho Internacional Público. En este sentido hay que entender que la jurisdicción es fundamentalmente territorial y que el ejercicio 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.

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.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Issa y otros c. Turquía.
16/11/2004.
31821/96.

4.2. Antecedentes

Los demandantes invocan la detención ilegal, malos tratos y ulterior asesinato de sus familiares por el ejército turco en el transcurso de una operación militar realizada en el norte de Irak. Según los demandantes, que viven del pastoreo en una zona montañosa próxima a la frontera con Turquía, el 1 de abril de 1995 presenciaron el despliegue del ejército turco en esa zona, topándose con soldados turcos, que maltrataron a los familiares mandando a las muje-

res de vuelta a la aldea. Algunos vecinos, acompañados por miembros del Partido Democrático del Kurdistán (en adelante KDP), se trasladaron a la base militar turca de Anshki para pedir la liberación de los pastores retenidos. El oficial al que se dirigieron les contestó que no tenía conocimiento, pero que de ser cierta la detención, los pastores serían liberados. El 3 de abril de 1995, los demandantes, acompañados de vecinos, se trasladaron al área donde habían sido vistos los pastores, área ya abandonada por el ejército turco, y donde encontraron los cuerpos mutilados y con heridas de bala. Los demandantes presentaron peticiones ante el Gobernador de Dohuk para que se investigaran los hechos, pero no han sido ulteriormente informados.

El Gobierno de Turquía confirma que entre el 19 de marzo y el 16 de abril de 1995 tuvo lugar una operación militar en el norte de Irak y que contingentes turcos avanzaron hacia Monte Medina, pero los archivos del ejército no registran presencia militar alguna en el área indicada por los demandantes. Tampoco hay constancia de la petición formulada a las autoridades militares.

4.3. Fallo

El Tribunal señala que no se dan las circunstancias del artículo 1, ya que los demandantes no dependen de la jurisdicción del Estado demandado.

V. COMENTARIO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue en la línea jurisprudencial mantenida hasta ahora, por la que la cuestión decisiva a analizar en este caso es si los familiares de los demandantes se encontraban bajo el control efectivo de las autoridades turcas. El Tribunal no excluye que como consecuencia de una operación militar de las características de la realizada por Turquía, un Estado pueda ejercer de forma temporal un control efectivo sobre el territorio de otro. Pero en este caso no solamente no ha sido probado «más allá de cualquier duda razonable» el que el ejército turco se encontrara en la zona que dicen los demandantes, sino que además por el número de tropa implicado no puede deducirse que Turquía ejerciese un control efectivo sobre la zona en la que se desarrollaron las operaciones militares. Este dato contrasta con el puesto de manifiesto en los casos *Loizidou c. Turquía* y *Chipre c. Turquía*, en los que se constató que más de 30.000 soldados turcos ejercían un control permanente y efectivo del norte de Chipre. El Tribunal, por lo tanto, no se aparta de la doctrina mantenida hasta ahora, ya que se limita a constatar que no concurren las circunstancias para entender que Turquía está desplegando su jurisdicción fuera de su territorio.

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. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a la vida.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 2. Convenio europeo

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 (Sentencia 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. También se aplica a la situación de un detenido que padecía una enfermedad mental con signos que indicaban que podía atentar contra su vida (Sentencia 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 (Sentencia 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 el 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** (Sentencia 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 jui-

cio de proporcionalidad, sino un «juicio de indispensabilidad» (Sentencia McCannan contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995).

3.2. Titulares

En STEDH de 29 de octubre de 1992, el Tribunal no se pronuncia sobre si el derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del Convenio es igualmente aplicable para el feto. Previamente el Informe de la Comisión núm. 1315/1980, en relación con el Asunto 8416/1979, había señalado que la expresión «todos» del artículo 2 se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus*.

3.3. Lesiones

Se declara la violación del artículo 2 del Convenio ante la ausencia de explicación razonable por las autoridades del Estado acerca de las heridas sufridas por la víctima durante su detención (Sentencia 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

4.1 Título e identificación oficial

Khachiev c. Rusia.

Sección 1.^a 24/02/05.

Demandas núms. 57942/2000 y 57945/2000.

4.2. Antecedentes

El asunto tiene su origen en dos demandas dirigidas contra el Gobierno ruso interpuestas por dos ciudadanos rusos, habitantes de Chechenia, en donde se alega que en febrero de 2000 unos miembros de su familia (en concreto el hermano, la hermana, el sobrino y la sobrina del primer demandante; y el hermano de la segunda demandante) fueron torturados y asesinados en Chechenia por miembros del ejército federal ruso.

Los demandantes observaron numerosas heridas de: bala, arma blanca, arma cortante, fracturas en brazos y piernas, falta de dientes, rotura de mandíbula, contusiones en el cuerpo, fractura de huesos, mutilaciones y demás en los cuerpos de sus familiares, y que, a pesar de haber denunciado los hechos y solicitado una investigación que llevase a la identificación y sanción de los responsables de infligir las torturas y la muerte a sus familiares, al no pro-

ducirse y recibir exclusivamente una mera indemnización, en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales presentan ante el tribunal una demanda por incumplimiento de los artículo 2, 3 y 13 del Convenio.

4.3. Fallo

1. Hubo violación del artículo 2 del Convenio en relación a las muertes de los familiares de los demandantes.

2. Hubo violación del artículo 2 del Convenio debido a que las autoridades no llevaron a cabo una investigación adecuada y efectiva sobre las circunstancias de las muertes de los familiares de los demandantes.

V. COMENTARIO

El Tribunal, siguiendo su línea jurisprudencial, vuelve a decir que se produce violación del artículo 2 de la Convención cuando las autoridades nacionales no llevan a cabo una investigación adecuada y efectiva sobre las causas de unas muertes ocurridas bajo su jurisdicción. En concreto, en esta sentencia el Tribunal profundiza en la idea de que, cuando los acontecimientos en cuestión son conocidos exclusivamente por las autoridades, como puede ser el caso de una detención, cualquier lesión o fallecimiento ocurrido durante el período en el que la víctima se encuentra bajo el control de las autoridades, da lugar a serias presunciones de hecho. La carga de la prueba corresponde a las autoridades, que deben dar una explicación satisfactoria. Esto es, el principio de la prueba debe ir «más allá de toda duda razonable».

Es más, añade el Tribunal que, si el Estado demandado, como en la sentencia que nos ocupa, no niega que las víctimas pueden imputarse al propio Estado sin que tenga cabida excepción alguna de las previstas en el segundo párrafo del artículo 2 del Convenio, las investigaciones de los hechos deben de obrar de oficio por parte del Estado responsable desde el momento en que se tiene conocimiento de ello. No puede dejarse a iniciativa de los demandantes la presentación de una DENUNCIA FORMAL o la responsabilidad de entablar un proceso judicial.

Por otro lado, de la sentencia se deduce que ante la importancia del artículo 2 del Convenio, el hecho de que un Gobierno se abstenga ante el Tribunal, sin dar explicación satisfactoria, de facilitar las informaciones que obran en su poder, induce al Tribunal a entender que el Estado en cuestión incumple con las obligaciones que le corresponden en otros artículos del Convenio, en concreto el artículo 38.1.a), que exige a todo Estado interesado el proporcionar todas las facilidades para el esclarecimiento de los hechos.

Tal ha sido la actitud del Gobierno ruso en la sentencia analizada, que, ante la solicitud por parte del Tribunal de que presente una copia de la totalidad

del sumario correspondiente a la investigación penal llevada a cabo en esta causa, sólo ha presentado dos tercios, afirmando que los documentos restantes son ajenos a la misma. No da ninguna otra explicación para justificar la no presentación de las piezas que faltan.

Finalmente, el Tribunal recuerda que las obligaciones que derivan para un Estado del artículo 2 no se cumplen por la mera concesión de una indemnización por daños y perjuicios. La investigación que exige esta disposición debe poder conducir a la identificación y el castigo de los responsables. En estas condiciones no cabe sólo el proceso de naturaleza civil, sino que es necesario también el proceso penal, porque lo contrario supone una violación no sólo del artículo 2, sino también de otro artículo del Convenio, en este caso el artículo 13. La gravedad de la violación del artículo 2 permite conceder una indemnización en concepto de daño moral, y que se pueda tramitar por una vía distinta a la jurisdicción penal, como sería la civil, pero siempre complementaria a la penal y como consecuencia de la misma.

La sentencia analizada llega a esta conclusión al decir el Tribunal que los investigadores gubernamentales rusos no trataron de averiguar el nombre de la unidad militar, o de contactar con sus jefes o de identificar a los soldados que ciertos testigos habían designado por sus nombres como responsables de las muertes de los familiares de los demandantes. Cerrando el caso con la mera indemnización por la vía jurisdicción civil de uno de los demandantes.

Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II- 4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 3

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

2.3. Constitución española

Artículo 15

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

Aunque la redacción del artículo 3 omite el sujeto agente de la oración, la prohibición compromete la responsabilidad de los Estados parte, pudiendo afirmarse que surgen para ellos dos obligaciones genéricas que consisten en no cometer ninguno de los actos prohibidos y en no consentir que éstos se lleven a cabo. Así, este derecho impone al Estado un deber de investigar las denuncias de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando han sido infligidos por particulares (STEDH *Indelicato c. Italia*, de 18 de octubre de 2001). Desde un punto de vista territorial, bastará decir que el Tribunal ha afirmado que las obligaciones del Estado únicamente existen en relación con las acciones cometidas dentro de su jurisdicción (*Al-Ádsani c. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001).

Con los términos «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» no se hace referencia a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de nociones graduadas dentro de una misma escala (STEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978). La conducta contemplada consiste, en todo caso, en infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente bien a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos). Así, en esta perspectiva gradualista, la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes.

También se reputa tortura toda forma de expulsión —incluidas la extradición así como la denegación de asilo— a un país donde el expulsado corra el riesgo de ser condenado a la pena de muerte (STEDH *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989).

No se estima prohibida en sí misma la cadena perpetua, salvo que provoque un grave deterioro del estado de salud del reo, ni se establecen límites para la tipificación interna de las penas privativas de libertad. En este sentido, se ha considerado compatible con el artículo 3 la tipificación de una pena de privación de libertad de duración indeterminada, durante el tiempo que plazca a Su Majestad (during Her Majesty's Pleasure), así como el sistema de 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 Selmounic c. Turquía, de 28 de julio de 1999). Cuando hay indicios de malos tratos policiales (heridas, contusiones...) pesa sobre la policía la carga de demostrar la corrección de su actuación (STEDH Ribitsch c. Austria, de 4 de diciembre de 1995).

El artículo 3 comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. En este contexto se enmarca la exigencia de cuidados médicos, con especial atención a las personas con problemas mentales (STEDH Slimani c. Francia, de 27 de julio de 2004).

El derecho del artículo 3 también puede ponerse en conexión con el artículo 2 del Convenio, que impone a los Estados contratantes no solamente la obligación de no matar, sino también la de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas en el ámbito de su jurisdicción (L.C.B. c. Reino Unido, de 9 de junio de 1998). Esta obligación de los Estados contratantes adquiere una dimensión particular cuando se trata de personas detenidas que, por estar bajo el completo control de las autoridades, son especialmente vulnerables. De ahí que las autoridades tengan el deber de ofrecer explicaciones convincentes en cuanto al origen de las lesiones de los detenidos, obligación especialmente estricta cuando se trata del fallecimiento del detenido. El artículo 3 exige de los Estados la protección de la salud e integridad física de las personas privadas de libertad, especialmente en lo que a la obtención de cuidados médicos respecta. Por eso, el fallecimiento de un detenido en condiciones sospechosas exige la realización de una investigación efectiva. La efectividad requiere, en primer lugar, que las personas responsables de la investigación sean independientes de las implicadas en los hechos, lo que implica que aquéllas no estén subordinadas jerárquicamente a las últimas. En segundo lugar, se contribuye a la efectividad cuando las autoridades toman todas las medidas razonables para la obtención de pruebas, ya se trate de testimonios testificales o informes periciales, incluso la realización de autopsias (STEDH Slimani c. Francia, de 27 de junio de 2004).

Al amparo de este precepto el TEDH también excluyó que los castigos corporales pudieran ser empleados como sanción penal (STEDH Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978).

Asimismo queda proscrita toda norma que permita el castigo físico en las escuelas (STEDH Campbell c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1993).

Las conductas contempladas en este precepto no son exclusivamente castigos corporales, ya que el Tribunal también ha considerado trato inhumano prender fuego a la vivienda de una persona, en presencia de su familia y obligándola a abandonar su hogar (STEDH Altun c. Turquía, de 1 de junio de 2004).

El Tribunal ha estimado que la desaparición de una persona, aun cuando en sí misma no llegue a constituir violación del artículo 3, puede considerarse trato inhumano y degradante en relación con su madre (STEDH Kurt, de 25 de mayo de 1998). Que un familiar de un desaparecido sea o no víctima de un tratamiento contrario al artículo 3 dependerá de factores específicos, como la proximidad del parentesco, las circunstancias particulares de la relación, el grado de participación en los hechos y en la búsqueda de información y, sobre todo, la manera en que las autoridades reaccionan ante la angustia e incertidumbre del demandante (STEDH Akdeniz y otros, de 31 de mayo de 2001).

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Martínez Sala y otros c. España.
58438/00.
2 de noviembre de 2004.

4.2. Antecedentes

Los demandantes fueron detenidos por la Guardia Civil en Barcelona el día 29 de junio de 1992. De las instalaciones de la Guardia Civil en Barcelona se les trasladó en automóvil a las dependencias de la Guardia Civil en Madrid. Fueron procesados ante la Audiencia Nacional por delitos de pertenencia y colaboración con banda armada, posesión de explosivos, posesión ilícita de armas y terrorismo.

Como consecuencia de las denuncias por malos tratos formuladas por los demandantes, el 14 de julio de 1992, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 solicitó del médico forense la emisión de un informe que describiese de manera exhaustiva las causas y las circunstancias en que habían tenido lugar los exámenes médicos realizados a los demandantes durante la detención. El médico forense presentó su informe el 21 de julio de 1992 explicando que las visitas médicas se habían producido en presencia de terceros, primero en las dependencias de la Guardia Civil y más tarde en las de la Audiencia Nacional. Después de identificarse, el médico siempre había preguntado al sospechoso por el trato recibido. Desde su llegada a Madrid, los detenidos fueron examinados diariamente, como consta en los informes.

El 1 de agosto de 1992 los demandantes presentaron una querrela ante el Juzgado de Instrucción, el cual dictó auto de sobreseimiento provisional al considerar que, según los informes forenses, no había quedado probado que los detenidos hubieran padecido malos tratos. El recurso de reforma fue rechazado añadiéndose al argumento anterior la dificultad de identificar a los presuntos responsables de malos tratos. La Audiencia Provincial de Madrid rechazó el recurso de apelación invocando el artículo 641.1.º de la ley de Enjuiciamiento

Criminal, según el cual procederá el sobreseimiento provisional cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. Frente a la resolución de la Audiencia Provincial se presentó recurso de amparo por vulneración del artículo 24 de la Constitución. El Tribunal Constitucional inadmitió dicho recurso por considerar que las resoluciones judiciales recurridas estaban suficientemente motivadas y que el desacuerdo con la apreciación de las pruebas por el Tribunal de Instancia no podía por sí solo constituir una violación del artículo 24 de la Constitución.

Por sentencia de 10 de julio de 1995, la Audiencia Nacional condenó a los ahora demandantes a penas de prisión por los delitos inicialmente referidos de pertenencia y colaboración con banda armada, posesión de explosivos, posesión ilícita de armas y terrorismo. En cuanto a las torturas y malos tratos alegados, la Audiencia Nacional estimó que esta cuestión no podía tratarse en el seno del procedimiento anterior, por lo que opta por remitir las alegaciones sobre malos tratos a los Tribunales competentes. Dos años después se abre un segundo procedimiento por malos tratos y torturas ante el Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid.

A partir de aquí se va a repetir el esquema de querrela por malos tratos, auto de sobreseimiento por los mismos motivos que los invocados en el auto de 22 de abril de 1993, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que confirma la resolución anterior y amparo ante el Tribunal Constitucional rechazado por los motivos anteriormente referidos.

Los demandantes recurren al TEDH alegando padecimiento de torturas físicas y psicológicas y tratos inhumanos y degradantes durante su detención en Cataluña y en la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid. Asimismo alegan que las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades como consecuencia de las denuncias de malos tratos no han sido profundas ni efectivas.

4.3. Fallo

Condena al Reino de España por violación del artículo 3 del Convenio.

V. COMENTARIO

En este punto es preciso distinguir la acusación de malos tratos y torturas del incumplimiento por parte del Estado de la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva.

En cuanto al primer aspecto, el Tribunal desestima el recurso. Reitera una muy consolidada doctrina según la cual los malos tratos tienen que revestir un mínimo de gravedad para quedar comprendidos en el marco del artículo 3, y además, las pruebas aportadas por los demandantes tienen que poder demostrar *más allá de cualquier duda razonable* el acaecimiento de los hechos alegados. En este caso, según las detalladas declaraciones, aquéllos revisten indudablemente

la suficiente importancia como para caer en el ámbito de aplicación del artículo 3. Sin embargo, el segundo requisito, el de la superación del test de la duda razonable, no se cumple, ya que las pruebas son fundamentalmente los informes de los médicos forenses y demás certificados médicos, y éstos no reflejan que los demandantes sufrieran malos tratos.

Sin embargo, como ya apuntábamos, la sentencia condena al Reino de España por vulneración del artículo 3 al haber incumplido la obligación de realizar una investigación seria y efectiva. Según los demandantes, el Ministerio Fiscal debería haber abierto una investigación, como es costumbre en casos similares. Asimismo alegan que en ningún momento fueron citados ante el Juzgado de Instrucción, a lo que hay que añadir la queja de la insuficiencia de los exámenes médicos. Después de las denuncias presentadas ante el Juzgado de Instrucción núm. 5, los detenidos deberían haber sido sometidos a un examen médico en profundidad, sobre todo teniendo en cuenta que el médico que emitió el informe, el médico forense, es un funcionario de la Administración de Justicia y, por lo tanto, no independiente. A esto hay que añadir, siempre según los demandantes, la falta de una investigación efectiva para el esclarecimiento de los hechos, tanto por parte del Ministerio Fiscal como del propio Juez de Instrucción. El Tribunal estima la demanda en este punto siguiendo la doctrina establecida en sentencias precedentes y de conformidad con la cual cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido malos tratos por parte de la policía, el Estado tiene la obligación, impuesta por los artículos 3 y 1 del Convenio, de iniciar una investigación efectiva tendente a la identificación de los presuntos responsables. El Juzgado de Instrucción se limitó a solicitar informe del médico forense sin requerir la audiencia de los demandantes, todo lo cual lleva a la conclusión de una investigación insuficiente desde la perspectiva del artículo 3 del Convenio.

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio de Roma

Artículo 4

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. No se considerará como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo:
 - a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio o durante su libertad condicional.
 - b) Todo trabajo de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.
 - c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.

- d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

2.2. Constitución española

Artículo 25.2

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

2.3. Constitución europea

Artículo II-5

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. Se prohíbe la trata de seres humanos.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha ocupado con frecuencia del análisis detallado del artículo 4 del Convenio, por lo que no se ha generado una jurisprudencia que haya precisado los diferentes ámbitos de su contenido. No obstante, sí ha establecido al respecto que no es contraria al Convenio la exigencia impuesta a los abogados para prestar asistencia jurídica obligatoria o de oficio en los supuestos previstos en las leyes procesales nacionales (Sentencia de 26 y 27 de octubre de 1983 en el asunto Van der Musselle 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.—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 esclarecimiento 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).

Por lo que respecta al artículo 5.1.e), la jurisprudencia del TEDH entiende que el término «alcohólico» no puede interpretarse en el sentido estricto y técnico del término, por lo que este precepto también ampara las detenciones de personas que, aunque no hayan sido diagnosticadas como «alcohólicas», con su conducta y comportamiento bajo la influencia del alcohol, pueden representar una amenaza para el orden público o para ellas mismas. Lo que no permite este precepto es la detención por la mera ingestión de alcohol, por lo que la conducta del detenido se constituye en el aspecto decisivo. Para que la detención se ajuste al Convenio no solamente es necesario que no sea arbitraria, sino que se requiere además que no haya sido posible la adopción de medidas menos severas (STEDH *Hilda Hofsteindottir c. Islandia*, de 8 de junio de 2004).

En cuanto al internamiento por razones psiquiátricas, el TEDH exige que las órdenes de internamiento sean revisadas periódicamente (STEDH *Matter c. Eslovaquia*, de 5 de julio de 1999). Recuerda que el cumplimiento del art. 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).

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).

La ausencia de datos registrados, tales como la fecha, la hora y el lugar de la detención, el nombre del detenido, así como los motivos de la privación de libertad y el nombre de la persona que la realizó muestran la naturaleza imprecisa y poco fiable de los registros de detención preventiva, lo que debe considerarse incompatible con el fin mismo del artículo 5 del Convenio (STEDH *Ipek c. Turquía*, de 17 de febrero de 2004).

La duración de la detención preventiva no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos (STEDH *Günay c. Turquía*, de 27 de septiembre de 2001).

El párrafo tercero garantiza el control judicial de la detención al señalar que la persona detenida «deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales». La «dilación» ha de valorarse en cada caso, a pesar de lo cual los Estados apenas tienen margen de interpretación. En algunos casos, como en materia terrorista, el Tribunal ha sido comprensivo con las dificultades que plantea la investigación, pero siempre subrayando que los Estados no tienen carta blanca (**STEDH Murray c. Reino Unido, de 28 de octubre de 1994**).

Por otro lado, el TEDH señala que el hecho de que el detenido no sea conducido a disposición judicial no significa que se haya vulnerado el artículo 5.3, ya que no puede haber violación de dicho precepto si el detenido ha sido liberado con celeridad. El Tribunal ha considerado que la liberación después de tres días de detención sin control judicial no infringe el artículo 5.3 (**STEDH Ikincisoy c. Turquía, de 24 de julio de 2004**), mientras que cuatro días y seis horas de detención sin control judicial sí que supone la vulneración del artículo 5.3 (**STEDH Brogan y otros c. Reino Unido, de 29 de noviembre de 1998**). En general, lo razonable del período de detención no puede afirmarse *in abstracto*, ya que depende de las circunstancias del caso, de la motivación de las decisiones de las autoridades domésticas y de la prueba de los hechos alegados por el recurrente. La detención continuada únicamente puede justificarse por razones de interés público y buscando el equilibrio con el respeto de la libertad individual (**STEDH Cevizovic c. Alemania, de 29 de julio de 2004**).

En cuanto a la prisión provisional, cualquier opción legislativa en cuanto a su duración habrá de superar el principio de proporcionalidad y, en concreto, deberá tomar en consideración la gravedad del delito imputado y, probablemente, graduar la duración máxima según la gravedad de los distintos delitos (**STEDH Neumeister c. Austria, de 27 de junio de 1968**). La gravedad del delito debe ser, por lo tanto, un elemento modulador de la prisión provisional, pero no puede ser el factor determinante de la misma. En la sentencia **Ilijkov c. Bulgaria, de 26 de julio de 2001**, el Tribunal declaró contrarias al Convenio la legislación y práctica forense estableciendo la necesidad de acordar la prisión provisional siempre que la pena superase una cierta gravedad, salvo circunstancias muy excepcionales cuya concurrencia había de ser probada por el reo. Así ha vuelto a apreciarlo el TEDH en la sentencia **Nikolova c. Bulgaria de 30 de septiembre de 2004**, en la que además el Tribunal subraya que el arresto domiciliario está sometido a las condiciones del artículo 5.3 del Convenio.

Aunque no siempre es necesario que el procedimiento a que se refiere el artículo 5.4 del Convenio vaya acompañado de las mismas garantías que el procedimiento enmarcable en el artículo 6, sí que es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia (**STEDH Frommelt c. Liechtenstein, de 24 de junio de 2004**), la cual es especialmente necesaria cuando el motivo de revisión es el

mal estado de salud del detenido (STEDH M.B. c. Polonia, de 27 de abril de 2004). Además, el procedimiento en cuestión tiene que tener un carácter judicial, ser contradictorio y garantizar la igualdad de armas.

El artículo 5.4 ampara asimismo la revisión de condena (Hill c. Reino Unido, de 27 de abril de 2004).

Este precepto guarda además relación con el artículo 5.3, ya que, si no se constata vulneración de este último por haber sido liberado el detenido en un plazo razonable, tampoco será de aplicación el artículo 5.4 (STEDH İkinci-soy 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

Enhorn c. Suecia.
25/01/05.
56529/00.

4.2. Antecedentes

El demandante, homosexual, descubre en 1994 estar infectado con el virus del SIDA y haberlo transmitido a un joven de 19 años con el que tuvo contactos sexuales por primera vez en 1990. El 1 de septiembre de 1994 un funcionario médico impartió al demandante las siguientes instrucciones basándose en la Ley de Enfermedades Contagiosas de 1988: informar primero de su infección a la persona con la que se vaya a mantener contactos sexuales; usar preservativo; abstenerse de consumir alcohol en cantidades que puedan afectar su juicio y poner a otras personas en peligro; en caso de intervención médica, informar a los profesionales de la infección y en especial a su dentista; abstenerse de donar sangre, órganos o espermatozoides y visitar al médico en las fechas establecidas por las autoridades sanitarias. A las mencionadas citas faltó cinco veces entre octubre y noviembre de 1994. El 2 de febrero de 1995 las autoridades médicas solicitaron del Tribunal administrativo una orden para mantener al demandante en situación de aislamiento durante tres meses en base al artículo 38 de la Ley de 1988. Pocos días después, el 16 de febrero de 1995, legó al Tribunal el infor-

me de un médico psiquiatra en el que se hacía constar la tendencia del demandante a consumir alcohol y la posibilidad de que, dado su estado de ansiedad, mantuviese relaciones sexuales destructivas. Ese mismo día el Tribunal accede a la petición de aislamiento formulada por las autoridades sanitarias. Esta situación, tras las correspondientes resoluciones judiciales, apoyadas por informes médicos, se prolonga en sucesivas ocasiones por períodos de seis meses, durante los cuales el demandante se escapó del hospital en diversas ocasiones. Los informes médicos reflejaban de manera constante el abuso de alcohol y la resistencia a asumir el tratamiento, hasta que el 12 de diciembre de 2002 las autoridades judiciales consideraron que no era necesaria la prolongación del aislamiento.

El ahora demandante recurre ante el TEDH por considerar la situación de aislamiento contraria a lo dispuesto en el artículo 5.1 del Convenio.

4.3. Fallo

Condena al Reino de Suecia por violación del artículo 5.1 del Convenio.

V. COMENTARIO

La sentencia se centra en analizar si concurren las circunstancias que justifiquen la aplicación del art. 5.1.e) del Convenio. A estos efectos el Tribunal recuerda que para que concurra el requisito de que la privación de libertad sea «conforme a Derecho», según la expresión del citado precepto, no solamente es necesario que se satisfaga el principio de legalidad, sino que la detención también sea necesaria atendiendo a las circunstancias y acorde con el principio de proporcionalidad. En este caso el Tribunal constata que la legislación sueca es suficientemente previsible y precisa, por lo que procede a analizar las otras dos condiciones. En el caso de enfermedades contagiosas es claro que la privación de libertad tiene su fundamento en el peligro que para la salud pública entrañan dichas enfermedades, lo que en el caso del virus del SIDA resulta evidente. Queda por analizar si la privación de libertad responde al principio de proporcionalidad en el sentido de ser el último recurso para evitar la propagación de la enfermedad. Si bien es verdad que, tal y como se ha expuesto en los antecedentes, el demandante no tuvo una actitud de colaboración con las autoridades sanitarias, ya que no asistió a algunas citas médicas y en repetidas ocasiones se escapó del centro hospitalario en el que había sido internado. No obstante, el Tribunal considera en primer lugar que el Gobierno sueco no aporta ejemplos de medidas menos severas adoptadas sin éxito y en segundo lugar queda probado que el demandante cumplió con el deber de informar a los médicos de su infección, incluido a su dentista, pero lo que no queda probado es que el demandante ingiriese cantidades de alcohol que le afectasen al juicio o que mantuviera relaciones sexuales sin informar

a su pareja, ni siquiera queda probado que las mantuviese. En definitiva, el Tribunal concluye que la privación de libertad no puede reputarse en este caso último recurso.

En conjunto podemos decir que se trata de una sentencia en la línea de la jurisprudencia del TEDH, pues aunque éste apenas se ha pronunciado acerca del supuesto de las enfermedades contagiosas, se ha basado en una consolidada jurisprudencia sobre la privación de libertad de enajenados mentales y alcohólicos, supuestos a los que también hace referencia el artículo 5.1.e) del Convenio.

Derecho al proceso equitativo

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho al proceso equitativo.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo

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 impar-

cial, 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 (Sentencia 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 (Sentencia 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 (Sentencia 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 con-

tratantes a crear tribunales de apelación o de casación: si existen, son aplicables las garantías del artículo 6. El derecho de acceso a un Tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, sobre todo en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso: exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado. Se produce vulneración del artículo 6 cuando se exige consignación previa de la cantidad de la condena a quien había solicitado el beneficio de justicia gratuita, no otorgado en tiempo útil por negligencia judicial, inadmitiéndole el recurso (Sentencia García Manibardo contra España, de 15 de febrero de 2000). No se produce violación del Convenio cuando se deniega la asistencia jurídica para recurrir en casación debido a la ausencia de un motivo de casación serio (Sentencia de 26 de febrero de 2002, en asunto núm. 49384/1999). **Intangibilidad de las resoluciones judiciales:** La intangibilidad del fallo judicial es un elemento esencial de la preeminencia del derecho y exige que la solución dada de forma definitiva a todos los litigios por los Tribunales no sea puesta en discusión. Se produce violación del artículo 6 con la anulación de una sentencia con efecto de cosa juzgada que restituía la propiedad de una vivienda previamente nacionalizada (Sentencia de 28 de octubre de 1999, en asunto núm. 28342/1995 contra República de Rumanía).

II. *Garantías genéricas de todo proceso*

Imparcialidad del Tribunal: Un Tribunal se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional (...) y también debe reunir otra serie de condiciones —independencia, concretamente respecto del ejecutivo, la imparcialidad, duración del mandato de los miembros, garantías del procedimiento— que muchas de ellas figuran en el propio texto del artículo 6.1 (Sentencia de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli contra Malta). Para establecer si un Tribunal puede ser considerado independiente, la Sentencia Thaler contra Austria, de 3 de febrero de 2005, establece que se deben tener en cuenta, entre otras cosas, la forma en que se designan sus miembros, la duración del cargo, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el organismo tiene una apariencia de independencia. Se produce violación del Convenio por falta de imparcialidad del Tribunal, dado el importante papel jugado por un juez militar al juzgar a un civil por un delito de difusión de propaganda tendente a perjudicar la integridad del Estado (Sentencia de 8 de julio de 1999, en asunto núm. 26682/1995 en demanda de un ciudadano turco contra Turquía). La noción de imparcialidad tiene una doble vertiente: *subjetiva*, que trata de averiguar la relación personal de un juez concreto en una determinada circunstancia y *objetiva*, tendente a asegurar que el Tribunal ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable (Sentencia de 4 de abril de 2000, asunto núm. 30342/1996, en demanda de empresa, 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 propagan-

da 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 litigio en el que el Estado es parte (Sentencia de 28 de marzo de 2000, asunto Georgiadis contra Grecia). La *teoría de las apariencias* ha de ser tenida en cuenta: al expresarse públicamente sobre el rechazo o admisión de los medios presentados por una de las partes, podría legítimamente considerarse que... (un juez)... ha tomado partido por una de las partes (Sentencia de 21 de marzo de 2002, asunto APBP contra Francia). No es imparcial el juez que participa en la elaboración de normas, incluso de rango reglamentario (Sentencia Mc Gonnell contra Reino Unido, de 8 de febrero de 2000). No es imparcial un juez que ha sido nombrado por una autoridad militar que puede rehusar su sentencia (Sentencia Wilkinson y Allen contra Reino Unido, de 6 de febrero de 2001). Se vulnera la imparcialidad e independencia cuando los miembros de un Consejo Regional eran nombrados por órganos a los que estaban estrechamente vinculados, órganos que habían llegado a un acuerdo sobre las orientaciones impugnadas en aquel asunto (Sentencia Thaler contra Austria).

Derecho a la publicidad del proceso: El legislador sólo podrá permitir que ciertas actuaciones judiciales sean secretas en la medida en que así lo exijan otros derechos fundamentales o valores constitucionales relevantes (Sentencia Guisset contra Francia, de 26 de septiembre de 2000).

Derecho a la asistencia de abogado: El nombramiento de un abogado no garantiza, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado (Sentencia de 21 de abril de 1998, asunto núm. 22600/1993, en demanda de un ciudadano argentino contra Portugal). Cuando está en juego la privación de libertad, el interés de la justicia exige en principio la representación letrada (Sentencia Beet y otros contra Reino Unido, de 1 de marzo de 2005). Incluso los que se hallan en rebeldía tienen derecho a la asistencia letrada (Sentencia Karatas y Sari contra Francia, de 16 de mayo de 2002). No hay violación del artículo 6 cuando el demandante contribuyó en gran medida a crear la situación que le impidió comparecer ante el Tribunal que le condenó en rebeldía, estando representado por sus abogados (Sentencia Medenica contra Suiza, de 14 de julio de 2001).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Sobre la apreciación de un plazo razonable en la duración del proceso es necesario tomar en consideración tres factores: complejidad del asunto, comportamiento del litigante y de los órganos judiciales (Sentencia de 8 de febrero de 2000 contra República Eslovena, en demanda núm. 28400/1995). En materia penal, el período a considerar desde el punto de vista del «plazo razonable» del artículo 6.1 se inicia en el instante en que una persona es «acusada»; se puede tratar de una fecha anterior a la de la interposición de un asunto ante el Tribunal sentencian-

dor, principalmente la de arresto, la de la acusación o la de la apertura de diligencias previas. La «acusación» en el sentido del artículo 6.1 puede definirse «como la notificación oficial, que emana de una autoridad competente, del reproche de haber llevado a cabo una infracción penal», idea que corresponde también a la noción de «repercusiones importantes sobre la situación» del sospechoso (Sentencia de 27 de noviembre de 2003, en asunto Slimane-Kaïd contra Francia). Especial importancia tiene el retraso provocado por el Tribunal de Vigilancia Penitenciaria a la hora de resolver un recurso interpuesto por un sujeto que se encuentra en régimen de prisión especial, pues incide sobre los derechos del preso y afecta a la validez limitada en el tiempo de la decisión recurrida (Sentencia Bifulco contra Italia, de 8 de febrero de 2005). Los períodos de inactividad de las autoridades pueden repercutir de forma considerable en la duración del procedimiento y, por tanto, violar el artículo 6.1 (Sentencia Beller contra Polonia, de 1 de febrero de 2005). En todo caso, el derecho amparado por el artículo 6.1 del Convenio exige que los Estados introduzcan en su legislación un «recurso efectivo» frente a las dilaciones indebidas (Sentencia de 26 de octubre de 2000, en asunto Kudla contra Polonia). **Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa:** La admisibilidad de las pruebas depende, en primer lugar, de las reglas del derecho interno: la tarea del Tribunal consiste en averiguar si el procedimiento examinado en su conjunto, teniendo también en cuenta el modo de presentación de los medios de prueba, ha revestido un carácter equitativo (Sentencia núm. 828/1997, de 9 de junio, contra Portugal, en demanda núm. 25829/1994). Existe violación del Convenio en una condena basada en declaraciones de la denunciante recogidas por la policía y no por el juez, que ni el acusado ni su abogado tuvieron ocasión de rebatir (Sentencia de 19 de diciembre de 1990, contra Francia, en demanda núm. 11444/1985).

III. *Garantías específicas del proceso penal*

Medios de prueba obtenidos ilícitamente: Mientras que el derecho a permanecer en silencio frente a la acusación está en principio destinado a proteger contra la coacción incorrecta por parte de las autoridades y la obtención de pruebas mediante métodos de coacción o de opresión en contra de la voluntad del acusado, el ámbito del derecho no está limitado a los casos en que se ha ejercido coacción 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 natura-

leza inculpativa 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 15 de febrero de 2005, contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en el asunto *STEEL y MORRIS*.

Demanda núm. 68416/2001.

4.1. Los hechos

El origen del asunto se encuentra en una demanda dirigida contra el Reino Unido, incoada por dos de sus nacionales, la Sra. Steel y el Sr. Morris, sometida a consideración del Tribunal el 20 de septiembre de 2000, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Los demandantes alegaron que el procedimiento por difamación incoado contra ellos vulneró su derecho a un juicio justo, en virtud del artículo 6.1 del Convenio (aspecto en el que centremos el análisis) y también su derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 de la citada norma.

A mediados de la década de 1980, el grupo London Greenpeace, del que formaban parte los Sres. Steel y Morris, emprendió una campaña contra McDonald's. Parte de dicha campaña fue la publicación y difusión de un panfleto titulado «Lo que no funciona en McDonald's», en el que se calificaba en la primera página a la citada empresa con términos tales como McDollar's,

McGlotón, McCáncer, McCrimen, McEnfermedad y otros similares, dedicándose el resto del folleto a explicar el porqué de dichas expresiones.

Al no poderse entablar directamente una acción judicial contra el grupo London Greenpeace, por ser una persona moral, McDonalds contrató a dos despachos de detectives para que se infiltrasen en el grupo. De las actuaciones de éstos, McDonald's derivó que los Sres. Steel y Morris tenían vínculos estrechos con el grupo cuando se concibió y distribuyó el panfleto. El 20 de septiembre de 1990, McDonald's emplazó judicialmente a los Sres. Steel y Morris y a otras tres personas, y reclamó 100.000 libras de daños y perjuicios por difamación. La multinacional retiró su querella contra las otras tres personas a cambio de sus excusas.

La Sra. Steel y el Sr. Morris, perceptores en aquel momento de una renta de inserción, solicitaron asistencia jurídica gratuita, que les fue denegada, al estar legalmente excluida en Gran Bretaña en los «procedimientos relativos en todo o en parte a una cuestión de difamación». Los entonces demandados optaron por defenderse a sí mismos, si bien se recaudaron 40.000 libras para ayudarles y tuvieron abogados y *solicitors* que actuaron *pro bono*, y que les asistieron en cinco vistas preliminares, en tres ocasiones durante el proceso, e incluso ante el Tribunal de apelación. No obstante, Morris y Steel alegaron que se vieron en seria desventaja por la falta de recursos.

En 1994, McDonald's Reino Unido publicó un comunicado de prensa y difundió un folleto titulado «Por qué McDonald's recurre a la justicia» y, posteriormente elaboró otro documento titulado «Demanda por difamación-informaciones generales». Los Sres. Morris y Steel presentaron una demanda reconventional en reclamación de daños y perjuicios por difamación contra la citada compañía.

El juicio, el más largo de la historia judicial británica, se desarrolló del 28 de junio de 1994 al 13 de diciembre de 1996.

Los demandantes carecían de medios para pagar las actas diarias de los debates, asumiendo McDonald's esos gastos y facilitándoselas a la parte contraria gratuitamente hasta el 3 de julio de 1995, fecha en que dejó de hacerlo porque los interesados se negaron a comprometerse a no hacer uso de las actas más que a efectos del juicio y a no hacer público lo que se había dicho ante el Tribunal. El juez se negó a ordenar a McDonald's que proporcionase las actas. Posteriormente, gracias a unas donaciones, los demandantes pudieron comprarlas.

Durante la sustanciación del juicio, se interpuso contra el Sr. Morris una demanda distinta en relación con una propiedad. En el seno de este nuevo procedimiento, el Sr. Morris firmó bajo juramento una declaración en la que pedía la suspensión del procedimiento en tanto finalizaba el juicio por difamación, el cual había sido provocado por «unos panfletos que [él y otros habían] redactado en relación concretamente a la calidad nutricional de la alimentación que proponía McDonald's». En contra de lo pretendido por el Sr. Morris, el juez del caso de difamación admitió la solicitud de McDonald's de que dicha confesión se admitiese como prueba. El Tribunal de apelación desestimó, el 25 de marzo de 1996, el recurso interpuesto contra esta decisión. El juez autorizó a McDonald's

a adaptar su defensa a la vista de la confesión de Morris. Dicha adaptación en fase avanzada del procedimiento era considerada perjudicial para sus intereses por Steel y Morris.

El 20 de noviembre de 1995, el juez del caso se pronunció sobre el significado de un párrafo concreto del panfleto cuestionado. La Sra. Steel y el Sr. Morris presentaron un recurso ante el Tribunal de apelación contra esta decisión. No obstante, este Tribunal desestimó el recurso al estimar que el sentido dado por el juez a dicho párrafo era menos grave que el presentado por McDonald's.

Tras deliberar seis meses, el 19 de junio de 1997, el juez Bell dictó sentencia en la que concedía 60.000 libras en concepto de daños y perjuicios a McDonald's. El Sr. Morris era responsable de la totalidad de dicha cantidad y él y la Sra. Steel eran responsables solidariamente de un total de 55.000 libras (27.000 libras cada uno). Tras la sustanciación del correspondiente proceso en apelación, este último Tribunal redujo la cuantía de los daños y perjuicios y no autorizó a los demandantes a presentar recurso ante la Cámara de los Lores.

4.2. Fundamentos de Derecho

I. Alegaciones de las partes

Los demandantes señalan la interdependencia entre los artículos 6 y 10 del Convenio y sostienen que el procedimiento interno y su resultado fueron desproporcionados debido, concretamente, a que tenían la carga de probar, sin asistencia jurídica, la veracidad de las informaciones expresadas en el panfleto. Por su lado, el Gobierno señala que la Sra. Steel y el Sr. Morris no han tratado en absoluto de plasmar una imagen objetiva, dando, por ejemplo, a McDonald's la ocasión de defenderse, y aparentemente no han efectuado investigaciones antes de publicar el folleto. Que la legislación interna imponga al demandado la carga de establecer que las acusaciones estaban justificadas no es arbitrario, pues traduce el principio que exige que la parte que afirma un hecho lo demuestre. Asimismo, el Gobierno justifica en la existencia de un precepto legal expreso el no conceder en este caso el beneficio de justicia gratuita.

II. Apreciaciones del Tribunal

Parte el Tribunal en la resolución estudiada de la noción del proceso justo, en la medida en que es esencial que se ofrezca a un litigante la posibilidad de defender útilmente su causa ante el Tribunal, así como que goce de una igualdad de armas con su adversario. La cuestión de si la concesión de asistencia jurídica gratuita es necesaria para que el procedimiento sea equitativo debe resolverse teniendo en cuenta los hechos y circunstancias particulares de cada caso, y depende concretamente de la gravedad de lo que

en el litigio arriesga el demandante, de la complejidad de la legislación y del procedimiento aplicables, así como de la capacidad del demandante para defender efectivamente su causa. Reconoce el Tribunal que puede aceptarse la imposición de limitaciones a la concesión de una asistencia jurídica, por ejemplo, en función de la situación económica del litigante o de sus probabilidades de éxito. Además, dice, no es obligación del Estado tratar de garantizar, a través de los fondos públicos, una igualdad de armas total entre la persona asistida y su adversario, desde el momento en que se ofrece a cada parte una posibilidad razonable de presentar su causa en unas condiciones que no le coloquen en una situación de clara desventaja respecto a su adversario. No obstante, a la vista de la complejidad de las circunstancias del presente caso, el Tribunal consideró que ni la ayuda ocasional de letrados benévolo ni la importante ayuda y la gran libertad de acción que el juez concedió a los demandantes, que se defendían a sí mismos, no puede reemplazar la representación competente garantizada y seguida por un letrado experimentado que no conoce el caso y el derecho de difamación. Asimismo, entiende el Tribunal que la duración del propio procedimiento y la pérdida de alguno de los incidentes que se sustanciaron atestiguan la falta de conocimientos jurídicos y la inexperiencia de los demandantes. Finalmente, señala el Tribunal que la diferencia entre los grados de asistencia de que dispusieron los demandantes y McDonald's por parte de los letrados fue tal que no pudo sino implicar, en este asunto extremadamente exigente, una falta de equidad pese a los grandes esfuerzos desplegados por los jueces en primera instancia y apelación.

4.3. Fallo

El Tribunal concluye que hubo violación del artículo 6.1 del Convenio, motivada por el hecho de que los demandantes no gozaran de una asistencia jurídica gratuita, lo que les privó de la posibilidad de defender efectivamente su causa ante la justicia e implicó una desigualdad de armas inaceptable con McDonald's.

V. COMENTARIO

En la sentencia analizada el Tribunal mantiene la línea seguida en otros pronunciamientos en torno a los requisitos que ha de reunir un proceso para ser considerado justo, entre los que se incluye la posibilidad de tener acceso a la asistencia letrada gratuita. No obstante, concurren determinadas circunstancias que dan cierto relieve a este pronunciamiento del Tribunal. En efecto, vuelve el Tribunal a recoger los planteamientos que ya hiciera en la Sentencia Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979, en la que sostuvo que el artículo 6.1 del Convenio puede a veces obligar a los Estados a facilitar la asistencia de un abogado cuando la misma sea indispensable para el acceso efectivo a un Tribunal,

ya sea porque la representación legal sea efectiva, o por razón de la complejidad del procedimiento o del caso así lo requiera. La asistencia letrada es imprescindible en los procesos en los que están implicados derechos o relaciones familiares importantes, lo que no era el presente caso. Sin embargo, la complejidad jurídica y procedimental del asunto, obligaba al juez a tener que solucionar importantes cuestiones de Derecho y procedimentales antes de entrar en el fondo (sentido de ciertas palabras del panfleto; si los demandados eran o no responsables de su publicación; distinción de hechos y comentarios; modificación del procedimiento, etc.). Ello es lo que determina que sea necesario conceder la asistencia letrada gratuita en este supuesto. Por otro lado, frente a lo previsto en el caso *McVicar*, de 7 de mayo de 2002, en el que también se juzgaba un caso de difamación presuntamente realizado por un periodista cultivado y experimentado, y sin desdeñar en el presente asunto la capacidad de expresión e ingeniosidad de los demandantes, el Tribunal ha tenido en cuenta la escasa formación de los sujetos afectados. Si bien éstos contaron con asistencia letrada benévola en determinados momentos del proceso, en los momentos cruciales carecieron de ella, lo que motivó una situación de indefensión.

Principio de legalidad penal

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Principio de legalidad penal.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II- 49

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a la infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.

2. El presente artículo se aplicará sin perjuicio de que se juzgue y castigue a una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 7

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Protocolo núm. 7, artículo 4

Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2.3. Constitución española

Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. (...)

3. (...)

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

3.1. Delimitación del contenido

La garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la preeminencia del Derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección del Convenio, como atestigua el hecho de que el artículo 15 no autoriza ninguna derogación del mismo en tiempo de guerra u otro peligro público. Como se deriva de su objeto y de su finalidad, debe ser interpretado y aplicado de manera que se garantice una protección efectiva contra las diligencias, las condenas y las sanciones arbitrarias.

No se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal con desventaja para el acusado, sino que consagra de manera más general el principio de la legalidad de los delitos y las penas («*nullum crimen, nulla poena sine lege*») y el que ordena no aplicar la Ley penal de manera extensiva en desventaja del acusado, principalmente por analogía. De ello resulta que un delito debe estar claramente definido por la Ley. Esta condición se encuentra cumplida cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de su interpretación por parte de los Tribunales, qué actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal. El Tribunal ha indicado que la noción de «Derecho» (law) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de «Ley» que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba el derecho escrito y el no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y previsibilidad. Por otro lado, está sólidamente establecido en la tradición jurídica de los Estados partes del Convenio que la jurisprudencia, en tanto que fuente del Derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del Derecho penal, por lo que no se puede interpretar el artículo 7 del Convenio como proscribiendo la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un asunto a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible. Esta noción se aplica en principio a la evolución progresiva de la jurisprudencia en un mismo Estado de Derecho y bajo un mismo régimen democrático, pero conserva todo su valor cuando hay sucesión de Estados. En este sentido el Tribunal considera que es legítimo para un Estado iniciar diligencias penales contra personas que han sido culpables de crímenes bajo un régimen anterior; así mismo, no se podría reprochar a los Tribunales del Estado que sucedieron a los existentes anteriormente, aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes en la época de los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de Derecho (STEDH *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, de 22 de marzo de 2001).

Admitiendo que la jurisprudencia puede integrar las deficiencias de taxatividad de la Ley penal, habrá que concluir que será exigible de los cambios jurisprudenciales idéntica irretroactividad que de la propia Ley penal (STEDH *S.W c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995).

El principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 4 del Protocolo núm. 7, no excluye que hechos que ya han sido objeto de una sanción administrativa puedan ser perseguidos en vía penal (STEDH *W.F. c. Austria*, de 30 de mayo de 2002, y *Saider c. Austria*, de 6 de junio de 2002). Según el Tribunal, el texto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 («*Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los Tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado*») no se refiere al «mismo delito», sino más bien a ser castigado y juzgado otra vez por un delito por el que el demandante ya había sido firmemente declarado inocente o culpable.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Achour c. Francia.

67335/01.

10 de noviembre de 2004.

4.2. Antecedentes

El 16 de octubre de 1984, el Tribunal correccional de Lyon condenó al ahora demandante, el nacional argelino M. Couider Achour, a tres años de prisión por tráfico de drogas. Por sentencia de 14 de abril de 1997, el Tribunal correccional de Lyon condenó de nuevo al demandante por infracción de la legislación sobre estupefacientes a ocho años de prisión y expulsión del territorio francés por un período de diez años. El 25 de noviembre de 1997, el Tribunal de apelación de Lyon elevó la pena a doce años de prisión confirmando la expulsión del territorio francés. Para la determinación de la gravedad de la pena, el Tribunal se basó en el artículo 139-2 del Código Penal, que contemplaba la reincidencia como circunstancia agravante de la pena en el caso de que se hubiese cometido un delito con una pena asignada de hasta diez años y dentro de los diez años siguientes a la expiración de la pena o la prescripción se cometiese otro al que también correspondiese una pena de hasta diez años. El demandante recurre en casación por infracción del principio de irretroactividad de la pena al considerar que le ha sido de aplicación una norma sobre reincidencia más desfavorable que la existente en el momento de la comisión del primer delito. El primer delito se comete en el año 83, año en el que todavía regía un régimen de reincidencia según el cual se procedía al agravamiento de la pena si entre la expiración o prescripción de la pena correspondiente al primer delito y la comisión del segundo ha transcurrido un plazo máximo de cinco años. Este régimen dejó de regir a la entrada en vigor el 1 de marzo de 1994 del artículo 139.2 del Código Penal ya referido. El Tribunal de casación rechazó el recurso por resolución de 29 de febrero de 2000.

4.3. Fallo

El TEDH condena al Estado francés por incumplimiento del artículo 7 del Convenio.

V. COMENTARIO

Se trata sin duda de una sentencia muy interesante al abordar el estudio de la reincidencia y su conexión con el principio de legalidad penal.

Si analizamos la regulación de la reincidencia nos vamos a encontrar con un primer delito, el establecimiento de un plazo entre el primer delito y el segundo y la comisión de este segundo delito al que se le asigna una pena más grave por haber reincidido.

Lo que en este caso se planteaba es qué sucede cuando el autor de un primer delito comete un segundo delito fuera del período 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. Precisamente por esta ampliación del plazo al demandante se le aplicó una pena más grave por haber reincidido. Resumiendo, según una norma el reo no sería reincidente, pero de conformidad con una nueva disposición que sustituye a la anterior sí que lo sería. El cambio de normativa se produce antes de la comisión del segundo delito y habiendo expirado el plazo para considerarle reincidente según la norma derogada.

De conformidad con el argumento del Gobierno francés la reincidencia es una circunstancia agravante de la pena correspondiente al segundo delito, por lo que lo importante para el respeto del principio de irretroactividad de la Ley penal más favorable es que la nueva normativa sobre reincidencia haya entrado en vigor con anterioridad a la comisión del segundo delito. El nuevo régimen entró en vigor el 1 de marzo y la segunda infracción se cometió en 1995, por lo que el demandante sabía perfectamente a lo que atenerse.

Por su parte, el demandante argumenta que el régimen de la reincidencia viene constituido por tres elementos, primer delito, segundo delito y plazo mediando entre ambos, por lo que los Tribunales no pueden sin más centrarse en el segundo de los elementos obviando el primero.

El TEDH procede en primer lugar a recordar su doctrina general sobre el artículo 7. El principio *nullum crimen nulla poena* prohíbe la aplicación retroactiva de la Ley penal en detrimento del reo, por lo que es función del TEDH asegurar la existencia de una disposición clara sobre el acto punible y la pena en el momento de la comisión del delito. Aplicado este principio a la reincidencia, el TEDH llega a la conclusión de que la reincidencia como causa de agravación de la sanción está formada por dos elementos que integran un conjunto indivisible. El primer término es una condena penal y el segundo consiste en una nueva infracción. La Ley fija el plazo dentro del cual se puede considerar que una segunda infracción implica una reincidencia. Pues bien, los dos términos de la reincidencia no pueden separarse y esto es lo que han hecho los Tribunales franceses al aplicar una nueva Ley que hace revivir una situación que quedó extinta transcurrido el período de cinco años que fijaba la normativa originaria. Dicho de otra forma, el régimen legal que entra en vigor el 1 de marzo de 1994 se proyecta sobre una infracción por la que el demandante fue condenado el 16 de octubre de 1984. Por lo tanto, hay conculcación del artículo 7 del Convenio.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio de Roma.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—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 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 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

I. Intimidad

El derecho a la intimidad comprende y ampara el derecho a la libre elección y práctica de la orientación sexual, resultando inadmisibles cualesquiera normas que la repriman (*STEDH Dudgeon contra Reino Unido, de 23 de octubre de 1981*). Así, se reputa contraria al derecho a la intimidad la exclusión de los homosexuales de las Fuerzas Armadas (*STEDH Smith y Grady contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999*). La protección del derecho a la 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). Vulnere el derecho a la intimidad la prohibición de que los transexuales no puedan cambiar de nombre y de mención en el Registro Civil, así como la prohibición de que los mismos puedan contraer matrimonio (*SETDH B. contra Francia*, de 25 de marzo de 1992).

II. Vida familiar

La protección de la vida familiar garantizada en el artículo 8 del Convenio no puede limitarse a la familia basada en el matrimonio, sino que debe extenderse a un reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extra-matrimonial, que incluirá no sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de aquélla (*STEDH Marchx contra Bélgica*, de 13 de junio de 1979). Del derecho a la intimidad familiar se deriva el derecho de visita y contacto de los progenitores con sus hijos, aun cuando éstos sean extra-matrimoniales (*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 Venna contra Países Bajos*, de 17 de diciembre de 2002).

III. Protección del domicilio

La protección de la morada se extiende a la protección de las personas que la habitan frente a molestias externas de extraordinaria necesidad que la hagan difícilmente habitable (*STEDH López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994), molestias entre las que cabe incluir a los ruidos excesivos (*STEDH Hatton contra Reino Unido*, de 2 de diciembre de 2001). En virtud del artículo 8 del Convenio, los Estados asumen la obligación positiva de proteger la forma de vida y asentamiento tradicional de determinados colectivos raciales y culturales, sin que de ello pueda derivarse para éstos el derecho de establecer excepciones en las reglas urbanísticas y medioambientales generales (*STEDH Coster contra Reino Unido*, de 18 de enero de 2001). Por otra parte, el Tribunal ha establecido que las personas jurídicas no pueden oponer la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución del Derecho comunitario (*STEDH Hoecsht contra Comisión*, de 21 de septiembre de 1989).

IV. Secreto de las comunicaciones

La interceptación de las comunicaciones por parte de las autoridades estatales exige, en aplicación del Convenio, además de que se realice con auto-

rización 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 Rinziwillo 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*).

V. Protección de datos personales

La limitación impuesta a los Estados sobre el tratamiento informatizado de datos de carácter personal tiene dos facetas: negativamente impone topes a la recogida de datos por parte de los poderes públicos; 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

4.1. Los hechos

El origen del asunto se encuentra en una demanda dirigida contra la República de Francia por uno de sus nacionales, el señor Matheron, que fue presentada ante el Tribunal el 18 de febrero de 2000, en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos del Hombre. Se invoca la violación del artículo 8 del Convenio en materia de escuchas telefónicas.

A finales de 1993, los funcionarios de policía establecieron un servicio de vigilancia sobre el demandante y otra persona, cuyas iniciales eran G.B., de quienes sospechaban que se dedicaban al tráfico internacional de estupefacientes desde 1990. En virtud de una requisitoria dictada por el Procurador de la República, el demandante y otras seis personas, entre la que se encontraba G.B., fueron procesados por un juez de instrucción de Marsella, por varias infracciones a la legislación sobre estupefacientes. Mediante comisión rogatoria de 20 de diciembre de 1994, el juez de instrucción ordena la transcripción de las escuchas telefónicas intervenidas de acuerdo con la orden de dos jueces de instrucción de Nancy en el curso de la investigación de otro asunto en el que se encontraba implicado G.B.

Mediante demanda de 17 de julio de 1998, el ahora demandante solicita la nulidad de la citada comisión rogatoria y del procedimiento subsiguiente, alegando especialmente que las escuchas litigiosas constituían la clave de las pruebas de cargo dirigidas contra el mismo. La Corte de Apelación de Aix-en-Provence rechaza la demanda el 30 de septiembre de 1998, y el mismo Tribunal formaliza su acusación contra el demandante el 30 de junio de 1999. En el procedimiento de los recursos interpuestos contra las dos decisiones judiciales citadas, el demandante señala que la Corte de Apelación de Aix-en-Provence no podía declararse incompetente para enjuiciar la regularidad de la intervención de las escuchas telefónicas y que había sido privado de toda posibilidad de rebatirlas y que habían sido realizadas en un procedimiento al que él era ajeno.

Por decisión de 6 de octubre de 1999, la Corte de Casación rechaza el recurso interpuesto por el demandante afirmado que *«la decisión de la Cámara de acusación señala que la regularidad formal de la comisión rogatoria no ha sido contestada y que al solicitar regularmente la intervención de las escuchas telefónica y ordenar su transcripción el juez de instrucción no ha hecho más que utilizar las prerrogativas que le confiere el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal. De otro lado, no corresponde a la Cámara de acusación apreciar la regularidad de las decisiones adoptadas en otro proceso ajeno a su jurisdicción, decisiones, por lo demás, no susceptibles de ser recurridas en aplicación del artículo 100 del Código precitado, por lo que, al pronunciarse así, la Cámara de acusación ha justificado adecuadamente su decisión...»*.

El 23 de junio de 2000, la Corte de Apelación de Aix-en-Provence declara al demandante culpable y le condena a una pena de quince años de reclusión. El demandante formuló un recurso de casación frente a esta decisión, pero desistió del mismo el 12 de julio de 2000.

4.2. Fundamentos de Derecho

4.2.1. Alegaciones de las partes

Tras exponer las disposiciones de Derecho interno francés aplicadas en este proceso, el Tribunal resume las posiciones de las partes. Se afirma por

parte del Gobierno francés que, aunque se reconoce que la intervención de unas escuchas telefónicas constituye una injerencia en la vida privada del demandante, la misma se ha realizado de acuerdo a las exigencias del párrafo 2 del artículo 8 del Convenio, al haber sido necesaria en el marco de una sociedad democrática, indicando que tres circunstancias habían tenido un peso relevante en la decisión adoptada por la Corte de Apelación: las escuchas habían sido diligenciadas en el mismo procedimiento en el que el demandante se encontraba procesado, las mismas habían precedido al auto de procesamiento, y por último, las escuchas habían sido acordadas por un juez de instrucción. Manifiesta también el Gobierno que las escuchas han tenido un papel secundario en el proceso dirigido contra el demandante y que el mismo ha podido debatirlas contradictoriamente ante los jueces que analizaron el fondo del asunto.

Por el contrario, el demandante afirma que no ha gozado de la posibilidad de controlar la validez de las escuchas, señalando que el hecho de que las escuchas hayan sido ordenadas por diversos magistrados le ha privado, en la práctica, de la posibilidad de interponer un recurso efectivo. La decisión de las autoridades francesas ha supuesto una injerencia en el derecho a la vida privada, al haber dado validez a unas escuchas obtenidas en un procedimiento en el que él no era parte, afirmando que el mero hecho de que las escuchas hayan sido ordenadas por un magistrado no es suficiente para privarle del ejercicio de sus derechos de defensa.

4.2.2. *Apreciaciones del Tribunal*

El Tribunal inicia sus reflexiones recordando que las comunicaciones telefónicas se encuentran comprendidas en el concepto de «vida privada» y de «correspondencia», en el sentido establecido por el artículo 8 del Convenio, y que su intervención constituye una «ingerencia de una autoridad pública» en el ejercicio del derecho del particular, tal como reconoce el propio Gobierno francés. Se pasa seguidamente a enjuiciar la justificación de la injerencia en el presente caso, señalando que:

- A) La injerencia estaba «prevista por la ley», en concreto por los artículos 100 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, aunque nada se dice en los mismos respecto a la situación de las personas escuchadas que sean ajenas al procedimiento en el que la intervención se ha ordenado.
- B) El Tribunal estima que la injerencia se orientaba a la búsqueda de la verdad en el marco de un procedimiento criminal que se sustanciaba para la defensa del orden público, apreciando también que la misma era «necesaria en una sociedad democrática» en atención al margen de apreciación que, respecto a tal circunstancia, tienen los Estados reconocido por el propio Convenio, como ya se indicó en la Sentencia *Klass y otros contra Alemania*, de 6 de septiembre de 1978.

- C) Por último, el Tribunal procede a analizar si en el asunto en cuestión el señor Matheron ha dispuesto de un «recurso eficaz» para rebatir las escuchas telefónicas de las que fue objeto. En este sentido se constata que, al rechazar los recursos interpuestos por el demandante, la Cámara de acusación fundó su decisión en la imposibilidad que tenía de controlar la regularidad de unas escuchas ordenadas por un juez sobre el que no tenía jurisdicción por haberse practicado en un procedimiento distinto del que dimanaba el recurso. En la misma línea, el Gobierno francés manifiesta que, al haberse acordado en todo caso las escuchas por un magistrado, el recurso ante la Cámara de acusación devenía inútil, al ajustarse la intervención a las exigencias del artículo 8 de Convenio. El Tribunal declara que no puede compartir esta tesis, pues tal razonamiento conduciría a considerar que la mera condición de magistrado de quien ordena las escuchas implicaría, *ipso facto*, la regularidad de las escuchas y su conformidad con el artículo 8 del Convenio, haciendo inútil todo recurso por parte de los afectados.

En consecuencia, se desprende que el razonamiento de los Tribunales franceses privarían de la protección de sus derechos a un determinado número de personas: todas aquellas que se vieran sujetas a escuchas telefónicas acordadas judicialmente en un proceso del que no fueran parte; lo que conduciría, en la práctica, a invalidar el mecanismo de protección del artículo 8 del Convenio.

4.3. Fallo

Se concluye que, en el presente caso, el demandante no ha gozado de la protección eficaz de la Ley nacional, que no distingue a la hora de regular las escuchas telefónicas entre las personas que sean objeto de la investigación criminal y las que sean ajenas a la misma, y que el demandante no ha gozado del beneficio de un recurso eficaz que le haya permitido rebatir adecuadamente en Derecho si la injerencia de la que fue objeto era «necesaria en una sociedad democrática».

Por lo tanto, se declara que ha existido violación del artículo 8 del Convenio.

V. COMENTARIO

En la presente sentencia, el Tribunal afirma que la privación de la posibilidad de interponer un recurso eficaz para controlar la regularidad de una intervención telefónica, supone una violación del artículo 8 del Convenio, aunque la misma se adopte con el fundamento de que la Ley nacional no otorga la posibilidad de recurrir a quien no haya sido parte en el proceso. Siempre que un individuo haya sufrido una injerencia de este tipo, aunque la misma se haya acordado judicialmente y en otro proceso del que no forme parte, ha de

garantizársele la posibilidad de controlar la regularidad de las escuchas y su carácter necesario en una sociedad democrática mediante la posibilidad de interponer recursos efectivos ante los Tribunales nacionales, sin que sean admisibles limitaciones al recurso basadas en formalismos procesales, incluso aunque los mismo tengan base legal en la legislación interna.

Libertad de pensamiento, conciencia y religión

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Constitución europea.—2.2. Convenio de Roma.—2.3. Constitución española.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—3.1. Delimitación del contenido.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Título e identificación oficial.—4.2. Antecedentes.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Libertad de pensamiento, conciencia y religión.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Constitución europea

Artículo II-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

2.2. Convenio de Roma

Artículo 9

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión

o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia 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 manifestaciones 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 cla-

ramente 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. Por lo tanto, 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 más que en la medida en que se dirija a asegurar un control ministerial sobre la concurrencia de condiciones formales (STEDH Manoussakis y otros c. Grecia, de 26 de septiembre de 1996). No estamos ante un sistema autorizatorio en los casos en los que el demandante exige la derogación de una norma neutra, como una norma urbanística, al amparo de la libertad religiosa. En estos supuestos la libertad religiosa ha de ser confrontada con el interés público en la ordenación racional del territorio, a cuyo efecto el criterio cuantitativo es válido para verificar si efectivamente concurre la necesidad social de modificar el planeamiento (STEDH Vergos c. Grecia, de 24 de junio de 2004).

Desde el punto de vista del Convenio no se cuestiona la válida existencia de una religión oficial, pero lo que no es aceptable es establecer para su sustento un impuesto que grave a todos los ciudadanos (STEDH Darby c. Suecia, de 23 de octubre de 1990).

Cualquiera que sea el régimen de relación del Estado con las confesiones religiosas, el respeto por la libertad religiosa en sentido estricto excluye las intervenciones estatales desproporcionadas en la vida interna de las confesiones religiosas. Así, la STEDH Serif c. Grecia, de 14 de diciembre de 1999, consideró excesiva la pretensión de las autoridades griegas de utilizar sus potestades de

participación en el nombramiento de dignatarios musulmanes a fin de lograr una dirección unificada de dicha confesión en territorio helénico.

Aunque el Convenio no impone la cooperación con las confesiones religiosas, el Estado que las prevea no puede discriminar entre ellas. En este sentido no procede la denegación de reconocimiento de una confesión religiosa basada en que favorece el secesionismo de una parte del territorio (STEDH Iglesia Metropolitana de Bessarabia c. Moldavia, de 13 de diciembre de 2001). No hay discriminación cuando la diferencia de trato tiene una justificación objetiva y razonable.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Alto Consejo Espiritual de la Comunidad Musulmana c. Bulgaria.
STEDH de 16 de diciembre de 2004.
39023/97.

4.2. Antecedentes

En 1989 comienza el proceso de democratización en Bulgaria. Poco después, algunos creyentes miembros del Alto Consejo Espiritual de la Comunidad Musulmana creen llegado el momento de relevar al Sr. Gendzhev, Muf-ti supremo, entre otras cosas por considerar que había colaborado con el régimen comunista.

En 1991, tras la celebración de elecciones, obtiene la mayoría la Unión de Fuerzas Democráticas y el Movimiento por los Derechos y las Libertades. En febrero de 1992 el Directorio de Denominaciones Religiosas, agencia gubernamental dependiente del Consejo de Ministros, declara nula la elección en 1988 del Sr. Gendzhev como Jefe de la Comunidad Musulmana en Bulgaria. Una Conferencia Nacional musulmana elige en 1992 al Sr. Hasan.

En noviembre de 1994 los seguidores del Sr. Gendzhev organizan otra conferencia de la que sale elegido aquél y en la que se adoptan nuevos estatutos. Los nuevos líderes solicitan su registro al Directorio.

A finales de 1994 se celebraron elecciones parlamentarias de las que salió ganador el Partido Socialista búlgaro. En febrero de 1995 el Vicepresidente procede al registro de la elección del Sr. Gendzhev removiendo al Sr. Hasan, cuyos seguidores organizan su propia asamblea reeligiendo al Sr. Hasan jefe de su comunidad y solicitando su registro, el cual les fue denegado por el Vicepresidente.

Se suceden los recursos judiciales, pero el Gobierno se niega a proceder al registro.

Después de las elecciones parlamentarias de abril de 1997, de las que sale ganadora la Unión de Fuerzas Democráticas, el nuevo Vicepresidente y el Di-

rectorio urgen a los dos líderes rivales, Sr. Hasan y Sr. Gendzhev, a negociar la unificación de la comunidad musulmana. Con el acuerdo de las dos partes y del Gobierno se organiza una Conferencia Nacional cuyas condiciones y resultados serán ulteriormente impugnados por el Sr. Gendzhev. El Vicepresidente asume la función de garante del correcto desarrollo de la conferencia, mientras que el Directorio proporciona los modelos de actas y el alcalde de cada comunidad certifica la elección de los compromisarios. Antes de la celebración de la conferencia, el Sr. Gendzhev denuncia por carta la manipulación en la organización de la conferencia, retirándose, por lo tanto, del acuerdo. A pesar de todo, la conferencia se celebra y se procede a la elección de los nuevos líderes, que serán registrados en octubre de 1997.

Tras los correspondientes e infructuosos recursos internos el Sr. Gendzhev recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar que la intromisión del Gobierno de Bulgaria en los asuntos internos de la comunidad musulmana implica la vulneración del artículo 9 del Convenio.

4.3. Fallo

Condena a Bulgaria por vulneración del artículo 9.

V. COMENTARIO

Aunque el resultado de la sentencia es perfectamente predecible, resulta conveniente hacer una breve referencia a los fundamentos jurídicos de la misma, los cuales ponen de relieve lo fácil que es sobrepasar el límite de los intentos de conciliación por parte del Estado para adentrarse en el ámbito de la intromisión ilegítima.

El análisis por parte del TEDH se estructura en cuatro puntos fundamentales: aplicabilidad del artículo 9, análisis de la existencia de interferencia, prescripción por la Ley de dicha interferencia, persecución de un fin legítimo y decisión sobre la necesidad de la interferencia en una sociedad democrática.

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 9, el TEDH recuerda su doctrina según la cual el derecho de libertad religiosa, interpretado a la luz del artículo 11, protege a las asociaciones religiosas frente a interferencias injustificadas del Estado. La organización del demandante representó oficialmente a la comunidad musulmana en Bulgaria entre febrero de 1995 y octubre de 1997, a lo que hay que añadir que, según jurisprudencia del Tribunal, un organismo religioso puede ejercer en nombre de sus miembros los derechos garantizados por el artículo 9 del Convenio.

Partiendo, por lo tanto, de la aplicabilidad del artículo 9, el Tribunal recuerda que el intento gubernamental de primar a un líder religioso sobre otro, o incluso la promoción de la unificación dentro de una determinada asociación, puede suponer una vulneración de la libertad religiosa. La mediación neutral no tendría por qué conllevar dicha vulneración, pero es que en este caso hay

que tener presente el transcurso de los hechos acaecidos entre 1992 y 1995, años durante los cuales el cambio de líder religioso se producía al son de los cambios políticos. A esto hay que añadir los repetidos intentos de promover la unificación de liderazgo, fin último de la conferencia celebrada en 1997 y que el Directorio da por válida a pesar de la retirada del acuerdo del Sr. Gendzhev, cuando aquel órgano gubernamental podría haber proseguido los intentos de mediación. Se constata, por lo tanto, la existencia de intromisión, si bien el Tribunal apenas incide en determinar si la interferencia venía respaldada por la Ley, pasando directamente al análisis de su justificación en base a la persecución de un fin legítimo. La conclusión es que, si se parte de que la preocupación del Gobierno era la de reparar la arbitraria remoción del Sr. Hasan en 1995, la interferencia en los asuntos de la comunidad musulmana se justificaba por el deseo de defender el orden público y los derechos y libertades de los ciudadanos.

En cuanto a si la interferencia resulta necesaria en una sociedad democrática, la sentencia llega a una conclusión bastante evidente: en una sociedad democrática el Estado no tiene por qué hacer esfuerzos para conseguir el liderazgo unitario de una comunidad religiosa. Por ello, constata una vulneración del artículo 9.

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.—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. Libertad de expresión

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 o 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 prevención 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, *Ortüz contra Turquía* de 28 de septiembre de 1999, *Jerusalem contra Austria*, de 27 de febrero de 2001, y *Colombani contra Francia*, de 25 de junio de 2002). Respecto a la intimidad de los personajes de relevancia pública, el Tribunal concede prioridad a la libertad de expresión e información sobre los mismos cuando las noticias y opiniones incidan sobre aquellos aspectos de su actividad por los que tienen notoriedad y que, en consecuencia, son de interés para la opinión pública (*STEDH Bergens contra Noruega*, de 2 de mayo de 2000).

3.3. Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo

Los secretos oficiales dejan de ser tal cuando han sido descubiertos, aunque haya sido indebidamente y, cuando esto sucede, vuelve a quedar bajo la protección de la libertad de expresión (*STEDH Vereniging Weekblad Bluf contra Austria*, de 9 de febrero de 1995). El Tribunal reconoce la libertad de expresión de los funcionarios respecto a las políticas de la Administración cuando ya tienen la condición de funcionarios, pero no cuando sólo aspiran a entrar en la función pública, por lo que es admisible el establecimiento de controles de acceso a la función pública para evitar reclutamiento de extremistas (*STEDH Vogt contra Alemania*, de 26 de septiembre de 1995).

3.4. Colisión con la Administración de Justicia

Hay una plena libertad de información sobre los procesos en curso siempre que se respete el requisito de la veracidad y, en su caso, la presunción de inocencia (*STEDH Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, y *Du Roy contra Francia*, de 3 de octubre de 2000). La crítica a cualesquiera actuaciones judiciales está cubierta por la libertad de expresión, sin otro límite que el genérico de no insultar (*STEDH Prager y Oberrschlick contra Austria*, de 26 de abril de 1995).

3.5. Colisión con las «expresiones de odio»

Un escrito de naturaleza académica no puede considerarse como un acto de instigación a la violencia (*STEDH Baskaya contra Turquía*, de 8 de julio de 1999). Un escrito secesionista no implica, por sí mismo, incitación a la violencia (*STEDH E.K. contra Turquía*, de 7 de febrero de 2002).

3.6. Marco institucional de los medios de comunicación

Se considera contrario a la libertad de expresión y comunicación el monopolio estatal sobre la televisión (*STEDH Informationsverein Lentia contra Austria*, de 24 de noviembre de 1993, y *Télé 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

Turhan contra Turquía.
Demanda número 48176/99.
19 de mayo de 1995.

4.2. Los hechos

El demandante nació en 1924 y vive en Estambul. Es autor de un libro titulado «*Guerra extraordinaria, terror y contraguerrilla*». El 6 de enero de 1993, el entonces Ministro de Estado de Turquía dirige una acción civil contra el ahora demandante, alegando que en su libro se contienen notables alegatos difamatorios contra su reputación. La acción se formula ante el Tribunal civil de primera instancia de Ankara, reclamando una compensación cifrada en 100.000.000 de liras turcas.

El escritor alegó ante el Tribunal civil que los pasajes de su libro donde se afirmaba por el Ministro que se contenían las alegaciones difamatorias hacia el mismo, habían sido extraídos de una entrevista publicada por una revista, llamando la atención del Tribunal sobre el hecho de que el Ministro nunca había ejercido su derecho de rectificación ante ese medio de comunicación; concluyendo que él lo único que había hecho era ejercer su derecho a la libertad de expresión al incluir en su libro esos recortes de prensa.

El Tribunal civil de Ankara rechazó la demanda interpuesta por el Ministro al entender que las afirmaciones contenidas en el libro eran meras críticas a su actuación política y no constituían un ataque a su reputación. El Ministro formuló recurso de apelación y la Corte de Casación anuló la sentencia de instancia el 1 de diciembre de 1994, considerando que excedían los límites del derecho a la libertad de expresión y constituían un ataque a la reputación del Ministro el siguiente párrafo:

«... él ha admitido haber pertenecido a la junta...» ... su presencia en la corriente fascista, la cual se dedicaba a proteger los intereses de los círculos económicos». «Después de su cese, él estaba preparado para prestar sus servicios a esos círculos. Pregunto: ¿Cómo seremos capaces de luchar contra la corrupción y el comercio ilegal si se está fluctuando entre los holding empresariales y sillas ministeriales?»

La Corte de Casación entiende que las afirmaciones señaladas deben generar la correspondiente compensación en concepto de daños no pecuniarios según lo dispuesto en el artículo 49 del Código de Obligaciones. El 5 de junio de 1995 la misma Corte rechaza una demanda de rectificación del condenado. El 14 de septiembre de 1995, en atención a la sentencia de la Corte de Casación, el Tribunal civil de primera instancia de Ankara acuerda compensar al Ministro por daño no pecuniario con la cantidad de 100.000.000 de liras turcas, incrementadas con un interés del 30% anual desde el 4 de diciembre de 1992. Tras varios incidente de ejecución, la suma indemnizatoria se fija el 8 de octubre de 1997 en 60.000.000 de liras turcas, junto con el interés ya señalado. El 19 de febrero de 1999, el ahora demandante pagó un total de 231.500.000 liras turcas al ex-Ministro, como compensación.

El 1 de abril de 1999 presentó su demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, que la admitió parcialmente a trámite el 28 de septiembre de 2004.

4.3. Fundamentos de Derecho

El demandante afirma que su condena por difamación viola el artículo 10 del Convenio. El Tribunal aprecia que no hay discusión entre las partes sobre el hecho de que la sentencia cuestionada constituye una «interferencia» en el derecho a la libertad de expresión del demandante protegida por el artículo 10. La disputa se centra en decidir si la citada injerencia era «necesaria en una sociedad democrática».

El Tribunal recuerda su doctrina de que el *test* de necesidad en una sociedad democrática exige que el Tribunal verifique hasta dónde se corresponde la interferencia con la real «necesidad social», si era proporcional para conseguir la finalidad perseguida y analice las razones dadas por las autoridades nacionales para justificar su relevancia y suficiencia (*Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979).

Un hecho de particular relevancia para la determinación del Tribunal en este caso será la distinción entre los hechos establecidos y los juicios de valor

sobre los mismos. Mientras que la existencia de los hechos puede ser demostrada, la corrección de los juicios de valor no puede ser objeto de prueba. La proporcionalidad de una interferencia puede depender del hecho de que la sentencia impugnada se apoye o no sobre una base fáctica suficiente, toda vez que un juicio de valor sin ningún soporte fáctico puede, por este solo hecho, convertirse en excesivo y, por ello, no amparado por el artículo 10 del Convenio. (*Jerusalem contra Austria, demanda núm. 26958/95*).

En el presente caso, el Tribunal constata que las referencias que el demandante efectuaba sobre la actuación del señor Ministro habían sido publicadas en una entrevista por una revista; las mismas constituían materia de relevancia pública y afectaban a un Ministro, figura de proyección pública respecto de quien los límites de crítica aceptable son más amplias que en los particulares. El Tribunal considera que los juicios de valor realizados por el demandante en su libro estaban basados en una información que era ya de general conocimiento público, tanto por la relevancia pública de la vida del Ministro como por el hecho de que ya habían sido objeto de publicación en una revista.

La Corte de Casación turca no ha señalado convincentemente ninguna necesidad social que obligue a dar prioridad a los derechos de la personalidad del Ministro sobre el derecho a la libertad de expresión del demandante para informar sobre esta materia de interés general; en particular, no aparece en la decisión del Tribunal nacional ninguna evidencia de que la actuación del demandante afecte bien a la carrera profesional o bien a la vida personal del señor Ministro.

En resumen, el Tribunal entiende que las razones aducidas por los tribunales turcos no pueden ser aceptadas como justificación suficiente y relevante para la interferencia efectuada en el derecho del demandante a la libertad de expresión. Las autoridades nacionales se equivocaron al realizar el adecuado balance entre los intereses relevantes en juego.

Por lo tanto, la interferencia efectuada no fue «necesaria en una sociedad democrática» en el sentido del artículo 10.2 del Convenio. La reducida suma a la que fue condenado el demandante como compensación no puede afectar a esta convicción.

4.4. Fallo

El Tribunal de Estrasburgo declara que ha existido violación del artículo 10 del Convenio.

V. COMENTARIO

El Tribunal 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, distinguiendo adecuadamente si la misma ampara la difusión de hechos (que pueden

ser probados) o meros juicios de valor (no susceptibles de prueba). Si éstos están suficientemente basados en los primeros quedan bajo la protección del artículo 10 del Convenio, sobre todo cuando se refieren a personas y asuntos de relevancia pública. En estos casos, si se da prioridad a la protección de la personalidad de los afectados sobre la libertad de expresión, las autoridades nacionales han de justificar suficientemente tal decisión, produciéndose una vulneración del artículo 10 del Convenio en caso contrario.

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.—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).

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 status 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).

Las propias asociaciones también pueden ser titulares del derecho de asociación (STEDH Otto Preminger Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994).

El artículo 11 no ofrece protección a los asociados frente a actos de la asociación.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

4.1. Título e identificación oficial

Partido Comunista c. Rumanía.
STEDH de 3 de febrero de 2005.
46626/99.

4.2. Antecedentes

El 4 de abril de 1996, el demandante, en su calidad de presidente y, por lo tanto, representante del Partido Comunista Rumano, fundado el 23 de marzo de ese mismo año, solicita del Tribunal Departamental de Bucarest la ins-

cripción en el registro especial de partidos políticos. Por decisión de 19 de abril de 1996, el Tribunal rechaza la solicitud al entender que de los Estatutos y del programa político del partido se desprende la intención de instaurar un estado comunista, lo que significa necesariamente el derrocamiento del orden constitucional democrático existente después de 1989. Acceder a la petición supondría, según el Tribunal, desconocer las disposiciones del Decreto-ley núm. 8/1989, que prevé la necesidad de que los fines de los partidos políticos se basen en el respeto a la soberanía nacional y que los medios empleados sean conformes con el orden constitucional y jurídico de Rumanía.

La decisión fue recurrida ante el Tribunal de apelación de Bucarest, que desestimó el recurso al considerar correctos los fundamentos del Tribunal de instancia.

4.3. Fallo

Condena a Rumanía por vulneración del artículo 11.

V. COMENTARIO

La lectura de la sentencia que comentamos resulta muy recomendable no tanto porque el caso sea excepcional y novedoso, que no lo es, sino por su carácter altamente didáctico en la medida en que retoma prácticamente toda la doctrina relacionada con los partidos políticos y su encaje en el artículo 11.

Todas las partes coinciden en que el conflicto es reconducible al artículo 11 y por lo tanto, la adaptación de la injerencia a dicho precepto 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 ley, en la medida en que el Decreto-ley núm. 8/1989 contempla la posibilidad de que la solicitud sea rechazada, el Tribunal entiende que el requisito se cumple, pues la norma es, además, clara y previsible, como se viene exigiendo desde la conocida STEDH *Sunday Times* c. Reino Unido, de 26 de abril de 1979.

El Tribunal también considera que se cumple la finalidad legítima de la medida, pues a la vista de la experiencia totalitaria de Rumanía se ha querido proteger la seguridad nacional y los derechos y libertades de los ciudadanos.

El meollo de la sentencia es sin duda alguna la verificación del cumplimiento del tercer requisito: la necesidad de la medida restrictiva en una sociedad democrática.

En primer lugar, se nos recuerda que el artículo 11 debe ser interpretado a la luz del artículo 10, que garantiza la libertad de expresión, también aplicable a las ideas que pueden chocar o inquietar (STEDH *Handyside* c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976). En este sentido, es legítimo que los partidos políticos defiendan un cambio en la legislación, en las estructuras lega-

les o constitucionales de un país, siempre y cuando concurren las dos condiciones siguientes: *a)* los medios utilizados han de ser legales y democráticos; *b)* el cambio propuesto ha de ser compatible con los principios democráticos fundamentales, lo que implica que un partido político cuyos representantes inciten a la violencia o que propongan un proyecto político que no respete alguna de las reglas de la democracia no puede beneficiarse de la protección de la Convención.

Además, para que la injerencia pueda ser considerada «necesaria», es preciso que la misma responda a una necesidad social imperiosa. Para determinar si la denegación de la solicitud de una inscripción registral responde a una necesidad social imperiosa 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. En nuestro caso, los Tribunales rumanos rechazaron la solicitud de inscripción basándose exclusivamente en el programa político y en los estatutos del partido, por lo que el Gobierno rumano no puede invocar con posterioridad el carácter subversivo de los escritos publicados por el presidente del partido en cuestión, que por lo demás el Tribunal tampoco considera que contengan una llamada a la violencia. Pues bien, analizando el programa y los estatutos, el TEDH concluye que estos textos insisten en el respeto a la soberanía nacional, integridad territorial, orden jurídico y constitucional del país y principios democráticos, entre los cuales está el del pluralismo político, sufragio universal y libre participación en la vida política, por todo lo cual no es aceptable que Rumanía prohíba la aparición de este partido comunista. No concurren, por lo tanto, los requisitos para considerar que existe una necesidad social imperiosa que justifique la inadmisión de la solicitud de inscripción registral.

Derecho a contraer matrimonio

Sumario: I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO.—II. REFERENCIAS NORMATIVAS.—2.1. Convenio europeo.—2.2. Constitución española.—2.3. Constitución europea.—III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA.—IV. SENTENCIA ANALIZADA.—4.1. Los hechos.—4.2. Fundamentos de Derecho.—4.2.1. El Derecho interno.—4.2.2. Las alegaciones de las partes.—4.2.3. Las consideraciones del Tribunal.—4.3. Fallo.—V. COMENTARIO.

I. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Derecho a contraer matrimonio.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

2.1. Convenio europeo

Artículo 12

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

2.2. Constitución española

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

2.3. Constitución europea

Artículo II-9

Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Si bien en un principio el Tribunal había afirmado que el artículo 12 del Convenio no protegía el matrimonio de los transexuales porque en el mismo queda absolutamente excluida la procreación (*STEDH Ress contra Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, y *Sheffield y Horshman contra Reino Unido*, de 30 de julio de 1998), posteriormente ha cambiado de línea doctrinal, considerando que es atentatorio contra la intimidad el que se prohíba el matrimonio a los transexuales (*STEDH I. contra Reino Unido*, de 11 de julio de 2002). Respecto a la disolución del matrimonio, el Tribunal sostiene que no existe un derecho fundamental al divorcio vincular (*STEDH Johnston contra Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986), quedando el legislador nacional en libertad de introducirlo o no.

IV. SENTENCIA ANALIZADA

Christine Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002, dictada en Sentencia núm. 28957/95.

4.1. Los hechos

La demandante es una ciudadana británica, nacida en 1937 y transexual que, mediante operación quirúrgica, pasa del sexo masculino al femenino. Tras una terapia de rechazo seguida en los años 1963-1964, los médicos concluyeron que era transexual. Ello no fue impedimento para que se casase con una mujer y tuviese con ella cuatro hijos, pero tenía la convicción de que su «sexo cerebral» no se correspondía con el físico. Siguió un programa de tratamiento hormonal en el Charing Cross Hospital, especializado en problemas de identidad sexual. En 1987 fue admitida en una lista de espera para una operación de conversión sexual y en 1990 es sometida a esta intervención en un hospital del Servicio Nacional de Salud británico, siendo abonada la operación y el tratamiento por dicho servicio nacional. La demandante se divorció de su antigua esposa, y sus hijos continuaron testimoniándole su amor y afecto.

Denunció ser víctima de acoso sexual por parte de sus compañeros de trabajo entre 1990 y 1992, aunque no obtuvo una resolución judicial favorable

al respeto. En 1996 comienza un nuevo trabajo y solicita un nuevo número de la Seguridad Social sin revelar el antiguo a su empresario. La Seguridad Social le deniega un nuevo número y se ve obligada a comunicar el antiguo a su empresa, asegurando que, a partir de ese momento, sus compañeros dejan de dirigirle la palabra y cuchichean sobre ella en corrillos.

Los servicios de cotización de la Seguridad Social le comunican que no puede ser beneficiaria de una pensión de jubilación a los sesenta años, edad en la que está establecido el derecho de pensión para las mujeres en el Reino Unido. En 1997 el mismo servicio le comunica que debe seguir cotizando hasta la edad de sesenta y cinco años, edad de inicio de la jubilación de los hombres, es decir, hasta abril de 2002. El 23 de abril de 1997, ella se compromete ante la Seguridad Social de pagar directamente sus cotizaciones, que normalmente habrían de haber sido abonadas por su empresario, como en todos los trabajadores del sexo masculino, en atención a lo cual el servicio de cotización de la Seguridad Social expide una certificación de excepción de edad.

El expediente de la demandante en la Seguridad Social fue declarado confidencial, de forma que sólo tendrían acceso al mismo los funcionarios de un cierto nivel y antigüedad. Ello se traducía en que la solicitante siempre debía comparecer personalmente ante el departamento correspondiente y no podía solucionar ni las cuestiones más nimias en los servicios locales o mediante consulta telefónica. En su expediente se consignaba siempre que era de sexo masculino, incluida dentro de los «procedimientos especiales», y había recibido dos cartas en su domicilio con el nombre masculino que había tenido en su nacimiento.

La demandante afirma que, en innumerables ocasiones, se ha visto obligada a exhibir su acta de nacimiento si quería beneficiarse de prestaciones condicionadas a la exhibición de este documento. En concreto, prefirió no contratar un seguro de decesos, se abstuvo de firmar un préstamo hipotecario y renunció a solicitar durante el invierno a una subvención de la Seguridad Social para calefacción, a la que habría tenido derecho. Asimismo, debe de continuar pagando las primas del seguro de su automóvil, más elevadas, como si fuera un hombre.

4.2. Fundamentos de Derecho

Al ser varios los artículos del Convenio cuya vulneración se alega por la demandante, nos centraremos aquí en las consideraciones relativas al artículo 12.

4.2.1. *El Derecho interno*

En Derecho inglés, el matrimonio se define como la unión voluntaria entre un hombre y una mujer. En el asunto *Corbett contra Corbett* (*Law Reports*:

probate, 1971, p. 83), el juez Ormrod declara que, a estos efectos, el sexo debe ser determinado utilizando criterios cromosómicos, gonadales y genitales, apreciando una concordancia entre ellos, sin que una intervención quirúrgica pueda ser tenida en cuenta. Esta utilización de criterios biológicos para determinar el sexo fue aceptada por la Corte de Apelación en el asunto *R versus Tan* (*Law Reports: Queen's Bench Division*, 1983, p. 1953), donde se confiere una aplicación más general, de tal forma que se considera conforme a Derecho que una persona que había nacido con sexo masculino fuese condenada en base a una legislación que castigaba a los hombres que obtenían provecho de la prostitución, a pesar de que el acusado había sufrido un tratamiento de conversión sexual.

El artículo 11.b) de la Ley de 1973 sobre asuntos matrimoniales (*Matrimonial Causes Act 1973*) reputa nulo todo matrimonio en el que los contrayentes no sean, respectivamente, del sexo masculino y del sexo femenino. El criterio aplicado para la determinación del sexo de los contrayentes en un matrimonio es aquel que fue citado en el asunto *Corbett* antes citado. De esta forma, un matrimonio celebrado entre una persona que ha pasado del sexo masculino al sexo femenino y un hombre, podría ser anulado por causa de incapacidad de la persona transexual de consumir su matrimonio en el marco de las relaciones sexuales normales y completas (*obiter dicta* del juez Ormrod).

Esta decisión se encuentra sustentada por el artículo 12.a) de la Ley de 1973 sobre asuntos matrimoniales, que permite anular un matrimonio no consumado por razón de la incapacidad de una u otra parte. El artículo 13.1 de la Ley establece que el Tribunal no debe dictar una sentencia de anulación hasta que no esté completamente convencido de que la parte demandante sabía que el matrimonio podría ser anulado pero ha hecho creer a la demandada que no instaría un juicio de anulación.

4.2.2. Las alegaciones de las partes

Ante el Tribunal de Estrasburgo la demandante alega la incapacidad en la que se encuentra, toda vez que la Ley le considera un hombre, para contraer matrimonio con su compañero, con el que puede mantener una relación física normal. Afirma que el reciente asunto *Bellinger contra Bellinger*, fallado por los Tribunales británicos, demuestra que el sexo de una persona, a los fines del matrimonio, establecido en el asunto *Corbett*, no son satisfactorios y que, si bien puede ser aceptable utilizar criterios biológicos, es contrario al artículo 12 del Convenio no utilizar más que algunos de ellos para determinar el sexo y excluir a las personas que no se ajustan a los mismos.

El Gobierno británico alega que el artículo 12 del Convenio, según la jurisprudencia del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no obliga a un Estado a autorizar a una persona transexual a contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo de origen.

4.2.3. *Las consideraciones del Tribunal*

El Tribunal, aceptando la veracidad de las invocaciones jurisprudenciales anteriores efectuadas por el Gobierno británico, procede a reconsiderar la situación en 2002. Consta, en primer lugar, que en el artículo 12 del Convenio se encuentra la garantía del derecho fundamental, para un hombre y una mujer, de casarse y fundar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero, y la incapacidad de una pareja de concebir o de educar a un niño no sería en sí misma suficiente para privar del derecho asegurado por la primera parte del artículo en cuestión.

El ejercicio del derecho al matrimonio conlleva consecuencias sociales, personales y jurídicas, y corresponde a las Leyes nacionales de los Estados contratantes regularlas, pero las limitaciones resultantes no pueden restringir o reducir el ejercicio del derecho de una manera o de un grado tal que afecten a su propia sustancia (*STEDH Fc. contra Suiza, de 18 de diciembre de 1987*).

La primera parte de la frase autoriza expresamente a un hombre y a una mujer a contraer matrimonio. El Tribunal no considera conveniente, hoy en día, continuar admitiendo que estos términos implican que el sexo deba ser establecido según criterios puramente biológicos. Desde la adopción del Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos la institución del matrimonio se ha transformado profundamente como consecuencia de la propia evolución social, y los progresos de la medicina y de la ciencia han producido cambios radicales en el ámbito de la transexualidad. El Tribunal ha constatado estos cambios en el análisis de casos enjuiciados a la luz del artículo 8 del Convenio. Otros factores deben ser tomados en cuenta: el reconocimiento por la comunidad científica y las autoridades sanitarias en el Estado contratante del estado médico de los problemas de identidad sexual, la oferta de tratamientos, incluidas las operaciones jurídicas, la convicción de la persona afectada de ser del sexo del que se siente pertenecer, la adopción por ella del papel social del nuevo sexo. El Tribunal constata igualmente que el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recientemente adoptada y que se refiere al matrimonio, excluye cualquier referencia al hombre y a la mujer.

El derecho al respeto a la vida privada, garantizado por el artículo 8, no engloba todos los aspectos que pueden ser materia del artículo 12. El Tribunal ha de examinar expresamente si el hecho de que las Leyes nacionales se refieran, a los fines del matrimonio, al sexo registrado al momento del nacimiento, constituye una especial limitación que atente contra la sustancia del derecho a contraer matrimonio.

El Tribunal viene a concluir que, en el uso de las opciones abiertas a un Estado contratante para legislar al respecto, éste puede llegar a prohibir, en la práctica, el ejercicio del derecho al matrimonio. El margen de apreciación no debe ser muy amplio. Ha de corresponder al Estado contratante la determinación de las condiciones que debe reunir una persona transexual, que reclama el reconocimiento jurídico de su nueva identidad, para acordar que su conversión sexual se ha producido adecuadamente y permitirle por ello anular su

matrimonio anterior, así como el establecimiento de las formalidades exigibles para el nuevo matrimonio, pero el Tribunal no ve razones suficientes para que de ello se derive que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias de su derecho a contraer matrimonio.

4.3. Fallo

Por el ello, el Tribunal concluye que, en el presente caso, ha habido violación del artículo 12 del Convenio y comunica al Reino Unido que ponga en marcha, en un tiempo razonable, las medidas que estime oportunas para cumplir, de conformidad con la Sentencia, las obligaciones que le incumben de asegurar a la demandante y a otras personas transexuales el derecho al respeto a su vida privada y el derecho a contraer matrimonio.

V. COMENTARIO

En esta Sentencia el Tribunal profundiza en el cambio jurisprudencial operado en el sentido de que el derecho a contraer matrimonio no se puede ver condicionado por la capacidad para engendrar hijos o fundar una familia, sino que tiene sustancia propia e independiente y por ello ha de reconocerse también a los transexuales, debiendo aplicarse a la hora de reconocimiento del sexo otros factores además de los puramente biológicos. Se 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 impedir, en la práctica, y en toda circunstancia, el ejercicio del derecho a contraer matrimonio por parte de estas personas.

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 reco-

gidos 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

Ramírez Sánchez c. Francia.
59450/00.
27/01/2005.

4.2. Antecedentes

El recurrente, Ilich Ramírez Sánchez, ciudadano venezolano que se considera a sí mismo revolucionario de profesión, fue condenado en Francia por la perpetración de diversos atentados terroristas a la pena de prisión perpetua. Desde su encarcelamiento en agosto de 1994 hasta el 17 de octubre de 2002, el recurrente fue mantenido en la situación de aislamiento. Las decisiones administrativas de prolongación de esta situación se dictaban cada tres meses y previo certificado médico que, en todos los casos, atestiguaba el satisfactorio estado de salud del recluso.

El 14 de septiembre de 1996, el preso recurre la decisión de prolongación de aislamiento de 11 de julio de 1996 ante el Tribunal administrativo de París solicitando la anulación por exceso de poder. Por decisión de 25 de noviembre de 1998, el Tribunal desestima el recurso argumentando que una medida de orden interior como es la de aislamiento no puede ser controlable por el Tribunal administrativo vía recurso por exceso de poder.

El recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se fundamenta en la vulneración del artículo 3, por considerar la situación prolongada de aislamiento trato inhumano, así como la infracción del artículo 13.

4.3. Fallo

Condena a la República Francesa por vulneración del artículo 13 del Convenio.

V. COMENTARIO

En cuanto a la vulneración del artículo 3, el TEDH desestima el recurso por considerar que las condiciones de detención y las características del preso —uno de los terroristas más peligrosos— justifican el aislamiento.

Aquí nos corresponde centrarnos en la vulneración del artículo 13. La jurisprudencia del TEDH es claramente continuista. Recuerda el Tribunal que el artículo 13 traslada a los Estados la carga de configurar un recurso que permita proteger los derechos del Convenio y que ese recurso sea efectivo. Dicha efectividad no concurre cuando los Tribunales administrativos —siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado— desestiman los recursos frente a las decisiones de aislamiento por considerar que no procede invocar el exceso de poder al tratarse de medidas de orden interno. Es preciso destacar que antes de la sentencia que comentamos, por decisión de 30 de julio de 2003, el Consejo de Estado cambió su jurisprudencia al respecto pasando a admitir en estos casos el recurso por exceso de poder.

V

**CRÓNICA
DE ACTIVIDAD
PARLAMENTARIA**

La actividad parlamentaria de julio a diciembre de 2004 (VII Legislatura)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid.—3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid.—3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid.—3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid.—3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid.—IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA.—4.1. Relación de Leyes aprobadas.—V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA (JULIO/DICIEMBRE 2004).—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 tercer período de sesiones de la VII Legislatura, que comprende los meses de julio a diciembre de 2004.

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 tercer período de sesiones de la VII Legislatura se han producido las modificaciones siguientes en cuanto a pérdida y adquisición de la condición de Diputado.

* Jefa de la Sección de Archivo y Administrativo dependiente del Negociado de Archivo Parlamentario, respectivamente, de la Asamblea de Madrid.

El Ilmo. Sr. **D. Carlos Westendorp Cabeza**, del Grupo Parlamentario Socialista, causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 10 de agosto de 2004 (BOAM, núm. 51, de 09-09-2004) y fue sustituido por la Ilma. Sra. **D^a Felisa Sánchez Ocaña**, del Grupo Parlamentario Socialista, que tomó posesión de su cargo en la sesión plenaria de 22 y 23 de septiembre de 2004 (BOAM número 56, de 30-09-2004).

El Ilmo. Sr. **D. Jesús Adriano Valverde Bocanegra**, del Grupo Parlamentario Popular, causó baja por renuncia a su condición de Diputado el 27 de septiembre de 2004 (BOAM, núm. 56, de 30-09-2004) y fue sustituido por el Ilmo. Sr. **D. Álvaro González López**, del Grupo Parlamentario Popular, que tomó posesión de su cargo en la sesión plenaria de 07 de octubre de 2004 (BOAM, núm. 58, de 14-10-2004).

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

Se han celebrado 12 sesiones plenarias ordinarias en el período de septiembre/diciembre de 2004. Las sesiones celebradas los días 23 y 24 de septiembre de 2004 corresponden al debate de Política General del Consejo de Gobierno. Las sesiones celebradas los días 22 y 23 de diciembre de 2004 corresponden al debate de los dictámenes del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2005 y del Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas.

A continuación se reseñan las fechas concretas de las sesiones, el número del Diario de Sesiones y de Acta.

Sesiones Plenarias

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
	1	22 y 23-09-2004	213	17/2004
	Total Sesiones mes de septiembre 2004 1			
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
	1	07-10-2004	216	18/2004
	2	14-10-2004	224	19/2004
	3	21-10-2004	238	20/2004
	Total Sesiones mes de octubre 2004 3			
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
	1	04-11-2004	252	21/2004
	2	11-11-2004	257	22/2004
	3	18-11-2004	270	23/2004
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 3			
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.	N.º de Acta
	1	02-12-2004	285	24/2004
	2	09-12-2004	290	25/2004
	3	16-12-2004	302	26/2004
	4	22 y 23-12-2004	311	27/2004
	5	23-12-2004	312	28/2004
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....5			
Total Sesiones septiembre/diciembre 2004.....12				

3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid

El número total es de 88 sesiones celebradas por las Comisiones de la Asamblea de Madrid en el presente período de sesiones, 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., núm. 3, de 03-12-03)*

3.2.1.2. *Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Ruiz Castillo	Ilmo. Sr. D. Francisco Cabaco López	—	BOAM 53, de 23-09-2004

3.2.1.3. *Sesiones de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado*

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA, REGLAMENTO Y ESTATUTO DEL DIPUTADO

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	11-11-2004	s/n.º
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 1			

3.2.2. *Comisión de Presidencia*

3.2.2.1. *Constitución: 3 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 4, de 03-12-2003)*

3.2.2.2. *Composición: No se han producido modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

3.2.2.3. *Sesiones de la Comisión de Presidencia*

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESIDENCIA

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	19-10-2004	231
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-11-2004	246
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-12-2004	288
	2	21-12-2004	309
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....2		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 4			

3.2.3. *Comisión de Justicia e Interior*3.2.3.1. *Constitución: 3 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 5, de 03-12-2003)*

3.2.3.2. *Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Ilma. Sra. D ^a María Antonia García Fernández	Ilma. Sra. D ^a María Paz Martín Lozano	—	BOAM 53, de 23/09/2004
GPS	Ilma. Sra. D ^a Virginia Aranda Pizarro	Ilma. Sra. D ^a Carmen García Rojas	—	BOAM 53, de 23/09//2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira	Ilmo. Sr. D. Álvaro González López	—	BOAM 58, de 14/10/2004
GPS	Designación de la Ilma. Sra. D ^a María Paz Martín Lozano como Vicepresidenta de la Comisión, en sustitución del Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Ruiz Castillo		13-10-2004	D. SS. 220, de 13/10/2004 BOAM 59, de 21/10/2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Álvaro González López	Ilmo. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira	—	BOAM 62, de 29/10/2004

3.2.3.3. *Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior*

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE JUSTICIA E INTERIOR

Julio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	22-07-2004	212
	Total Sesiones mes de julio 2004.....1		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-10-2004	220
	Total Sesiones mes de octubre 2004.....1		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-11-2004	248
	2	17-11-2004	266
	Total Sesiones mes de noviembre 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-12-2004	281
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 10			

3.2.4. *Comisión de Presupuestos y Hacienda*3.2.4.1. *Constitución: 3 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 7 de 03-12-2003)*3.2.4.2. *Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Ignacio González Velayos como Portavoz Adjunto en la Comisión en sustitución de la Ilma. Sra. D ^a Sonsoles Trinidad Aboín Aboín		03/02/2004	BOAM 53, de 23/09/2004

3.2.4.3. Sesiones de la Comisión de Presupuestos y Hacienda

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESUPUESTOS Y HACIENDA

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	19-10-2004	230
	2	19-10-2004	232
	3	20-10-2004	233
	4	20-10-2004	235
	5	22-10-2004	240
	6	25-10-2004	241
	7	25-10-2004	242
	8	26-10-2004	243
	9	26-10-2004	244
	10	27-10-2004	245
	Total Sesiones mes de octubre 2004 10		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	16-11-2004	262
	2	16-11-2004	263
	3	17-11-2004	265
	4	17-11-2004	267
	5	18-11-2004	269
	6	19-11-2004	272
	7	22-11-2004	273
	8	22-11-2004	275
	9	23-11-2004	276
	10	23-11-2004	277
	11	24-11-2004	279
Total Sesiones mes de noviembre 2004 11			
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-12-2004	292
	2	13-12-2004	293
	3	14-12-2004	294
	4	14-12-2004	295
	5	15-12-2004	297
	6	15-12-2004	298
	7	16-12-2004	301
	8	17-12-2004	304
	9	20-12-2004	306
Total Sesiones mes de diciembre 2004.....9			
Total Sesiones julio/diciembre 2004 30			

3.2.5. Comisión de Economía e Innovación Tecnológica

3.2.5.1. Constitución: 3 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 8 de 03-12-2003)

3.2.5.2. Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Designación del Ilmo. Sr. D. Enrique Echegoyen Vera como Portavoz en la Comisión, en sustitución del Ilmo. Sr. D. Carlos Westendorp Cabeza		—	BOAM 53, de 23/09/2004
GPS	Designación de la Ilma. Sra. D ^a María Paz Martín Lozano como Portavoz Adjunta en la Comisión, en sustitución del Ilmo. Sr. D. Enrique Echegoyen Vera		—	BOAM 53, de 23/09/2004
GPS	Ilmo. Sr. D. Carlos Westendorp Cabeza	Ilmo. Sr. D. Adolfo Piñedo Simal	—	BOAM 53, de 23/09/2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Rodríguez Rodríguez		BOAM 62, de 29/10//2004

3.2.5.3. Sesiones de la Comisión de Economía e Innovación Tecnológica

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-10-2004	215
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	16-11-2004	264
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-12-2004	289
	2	14-12-2004	296
	Total Sesiones mes de diciembre 2004 2		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 4			

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 tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Ilmo. Sr. D. Carlos Westendorp Cabeza	Ilmo. Sr. D. Manuel Sánchez Cifuentes	—	BOAM 53, de 23/09/2004
GPP	Ilma. Sra. D ^a Mónica García Molina	Ilma. Sra. D ^a Sonsoles Trinidad Aboín Aboín	—	BOAM 53, de 23/09/2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Jesús Adriano Valverde Bocanegra	Ilmo. Sr. D. Alfonso Bosch Tejedor	—	BOAM 58, de 14/10/2004

3.2.6.3. Sesiones de la Comisión de Transportes e Infraestructuras

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	15-10-2004	226
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Noviembre	1	12-11-2004	258
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	03-12-2004	286
	Total Sesiones mes de mayo 2004.....2		
	Total Sesiones julio/diciembre 2004 3		

3.2.7. Comisión de Educación

3.2.7.1. Constitución: 4 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 11, de 04-12-2004)

3.2.7.2. Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Ilma. Sra. D ^a María Isabel Manzano Martínez	Ilma. Sra. D ^a María Antonia García Fernández	—	BOAM 53, de 23/09/2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Jesús Adriano Valverde Bocanegra	Ilmo. Sr. D. José Ignacio Fernández Rubio	—	BOAM 58, de 14/10/2004
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. José Ignacio Fernández Rubio como Presidente de la Comisión en sustitución del Ilmo. Sr. D. Jesús Adriano Valverde Bocanegra		13-10-2004	D. SS. 219, de 13/10/2004 BOAM 59, de 21/10/2004
GPS	Ilma. Sra. D ^a María Paz Martín Lozano	Ilma. Sra. D ^a Felisa Sánchez Ocaña	—	BOAM 59, de 21/10/2004
GPS	Designación de la Ilma. Sra. D ^a María Antonia García Fernández como Vicepresidenta de la Comisión en sustitución de la Ilma. Sra. D ^a María Paz Martín Lozano		20-10-2004	D. SS. 234, de 20/10/2004 BOAM 62, de 29/10/2004

3.2.7.3. Sesiones de la Comisión de Educación

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE EDUCACIÓN

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-10-2004	219
	2	20-10-2004	234
	Total Sesiones mes de octubre 2004 2		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-11-2004	249
	2	10-11-2004	254
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-12-2004	280
	Total Sesiones mes de diciembre 2004 1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004			5

3.2.8. Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

3.2.8.1. Constitución: 4 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 12, de 04-12-2003)

3.2.8.2. Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. José Ignacio Fernández Rubio	Ilmo. Sr. D. Álvaro González López	—	BOAM 58, de 14/10/2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Rodríguez Rodríguez	Ilmo. Sr. D. José Ignacio Fernández Rubio	—	BOAM 62, de 29/10/2004
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Álvaro González López como Secretario de la Comisión en sustitución del Ilmo. Sr. D. José Ignacio Fernández Rubio		02-11-2004	D. SS. 247, de 02/11/2004 BOAM 65, de 11/11/2004

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**

Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-11-2004	247
	2	23-11-2004	278
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	21-12-2004	310
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004			3

3.2.9. *Comisión de Sanidad y Consumo*3.2.9.1. *Constitución: 4 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 13, de 13-12-2003)*3.2.9.2. *Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Ilma. Sra. D ^a María Ángeles Martínez Herrando	Ilmo. Sr. D. Manuel Sánchez Cifuentes	—	BOAM 62, de 29/10/2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Carlos Zori Molla	Ilmo. Sr. D. Pablo Morillo Casals	—	BOAM 62, de 29/10/2004
GPS	Designación del Ilmo. Sr. D. Manuel Sánchez Cifuentes como Vicepresidente de la Comisión en sustitución de la Ilma. Sra. D ^a María Ángeles Martínez Herrando		—	BOAM 40, de 10/06/2004

3.2.9.3. *Sesiones de la Comisión de Sanidad y Consumo*

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE SANIDAD Y CONSUMO

Julio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	22-07-2004	211
	Total Sesiones mes de julio 2004.....1		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	13-10-2004	221
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-11-2004	250
	2	10-11-2004	255
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	01-12-2004	282
	2	15-12-2004	299
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....2		
Total Sesiones julio/septiembre 2004..... 6			

3.2.10. *Comisión de Cultura y Deportes*3.2.10.1. *Constitución: 4 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 14, de 04-12-2003)*3.2.10.2. *Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Ilmo. Sr. D. Francisco Cabaco López	Ilma. Sra. D ^a María Dolores Rodríguez Gabucio	—	BOAM 53, de 23/09/2004
GPS	Ilma. Sra. D ^a María Maravillas Martínez Doncel	Ilma. Sra. D ^a María Isabel Manzano Martínez	—	BOAM 53, de 29/09//2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Ignacio González Velayos	Ilmo. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira	—	BOAM 53, de 29/09//2004

3.2.10.3. *Sesiones de la Comisión de Cultura y Deportes***Sesiones de las Comisiones****COMISIÓN DE CULTURA Y DEPORTES**

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	11-10-2004	218
	2	18-10-2004	229
	Total Sesiones mes de octubre 2004 2		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	15-11-2004	261
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	20-12-2004	308
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 3			

3.2.11. *Comisión de Familia y Asuntos Sociales*3.2.11.1. *Constitución: 4 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 15, de 04-12-2003)*3.2.11.2. *Composición: No se han producido modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) 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**

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	04-10-2044	214
	2	11-10-2004	217
	3	18-10-2004	227
	Total Sesiones mes de octubre 2004 3		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	15-11-2004	260
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 4			

3.2.12. *Comisión de Empleo*

3.2.12.1. *Constitución: 4 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 16, de 04-12-2003)*

3.2.12.2. *Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Designación de la Ilma. Sra. D ^a María Ángeles Martínez Herrando como Vicepresidenta de la Comisión en sustitución del Ilmo. Sr. D. Enrique Echegoyen Vera		18-10-2004	D. SS. 228, de 18/10/2004 BOAM 62, de 29/10/2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Pablo Morillo Casals	Ilmo. Sr. D. Álvaro González López	—	BOAM 62, de 29/10/2004

3.2.12.3. *Sesiones de la Comisión de Empleo*

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE EMPLEO

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	18-10-2004	228
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	20-12-2004	307
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....1		
Total sesiones julio/diciembre 2004..... 2			

3.2.13. Comisión de Mujer

3.2.13.1. Constitución: 3 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 6, de 03-12-2003)

3.2.13.2. Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Ilma. Sra. D ^a María Paz Martín Lozano	Ilma. Sra. D ^a Felisa Sánchez Ocaña	—	BOAM 56, de 30/09/2004
GPP	Ilmo. Sr. D. Alfonso Bosch Tejedor	Ilmo. Sr. D. Álvaro González López	—	BOAM 58, de 14/10/2004
GPP	Ilmo. Sr. D. José Ignacio Fernández Rubio	Ilmo. Sr. D. Carlos Zori Molla	—	BOAM 62, de 29/10/2004

3.2.13.3. Sesiones de la Comisión de Mujer

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE MUJER

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	22-10-2004	239
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	12-11-2004	259
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	03-12-2004	287
	2	17-12-2004	303
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....2		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 4			

3.2.14. *Comisión de Juventud*

3.2.14.1. *Constitución: 4 de diciembre 2003 (D. SS., núm. 18, de 04-12-2003)*

3.2.14.2. *Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira	Ilma. Sra. D ^a Mónica García Molina	—	BOAM 53, de 23/09/2004
GPS	Ilma. Sra. D ^a Carmen García Rojas	Ilma. Sra. D ^a Felisa Sánchez Ocaña	—	BOAM 56, de 30/09/2004
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Álvaro González López como Portavoz Adjunto en la Comisión, en sustitución del Ilmo. Sr. D. Alfonso Bosch Tejedor		—	BOAM 58, de 14/10/2004

3.2.14.3. *Sesiones de la Comisión de Juventud*

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE JUVENTUD

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	15-10-2004	225
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-11-2004	253
	2	19-11-2004	271
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	10-12-2004	291
	Total Sesiones mes de diciembre 2004 1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004. 4			

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., núm. 17, de 04-12-2003)

3.2.15.2. Composición: No se han producido modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura

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.
Noviembre	1	04-11-2004	251
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	02-12-2004	283
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....1		
	Total Sesiones julio/diciembre 2004 2		

3.2.16. Comisión de Control del Ente Público Radio Televisión Madrid

3.2.16.1. Constitución: 3 de diciembre de 2003 (D. SS., núm. 4, de 03-12-2003)

3.2.16.2. Composición: Se han producido las siguientes modificaciones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Ilmo. Sr. D. Jesús Adriano Valverde Bocanegra	Ilma. Sra. D ^a Cristina Cifuentes Cuencas	—	BOAM 58, de 14/10/2004
GPP	Designación del Ilmo. Sr. D. Pablo Abejas Juárez como Presidente de la Comisión en sustitución de la Ilma. Sra. D ^a Elena Utrilla Palombi		14-10-2004	D. SS. 223, de 14/10/2004 BOAM 59, de 21/10/2004
GPP	Designación de la Ilma. Sra. D ^a Paloma Adrados Gautier como Secretaria de la Comisión en sustitución del Ilmo. Sr. D. Pablo Abejas Juárez		14-10-2004	D. SS. 223, de 14/10/2004 BOAM 59, de 21/10/2004

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**

	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Octubre	1	14-10-2004	223
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	02-12-2004	284
	Total Sesiones mes de diciembre 2004 1		
	Total sesiones Julio/Diciembre 2004 2		

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., núm. 86, de 18-03-2004)*

3.2.17.2. *Composición: Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	Ilmo. Sr. D. Eduardo Sánchez Gatell	Ilma. Sra. D ^a Virginia Aranda Pizarro	—	BOAM 57, de 07/10/2004
GPS	Designación de la Ilma. Sra. D ^a Virginia Aranda Pizarro como Vicepresidenta de la Comisión en sustitución del Ilmo. Sr. D. Eduardo Sánchez Gatell		14-10-2004	D. SS. 222, de 14/10/2004 BOAM 59, de 21/10/2004

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**

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	14-10-2004	222
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	18-11-2004	268
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	16-12-2004	300
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 4			

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., núm. 209, de 23-06-2004)*

3.2.18.2. *Composición: No se han producido modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

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**

Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	21-10-2004	236
	Total Sesiones mes de octubre 2004 1		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	11-11-2004	256
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 2			

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., núm. 208, de 23-06-2004)*

3.2.19.2. *Composición: No se han producido modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura*

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.
Noviembre	1	22-11-2004	274
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
Diciembre	1	20-12-2004	305
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 1		
	Total Sesiones julio/diciembre 2004 2		

3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid

3.3.1. *Composición: Acuerdo de Mesa de 26 de noviembre de 2003. (BOAM, núm. 8, de 18-12-2003)*

3.3.2. *Designación de miembros*

Se han producido las siguientes modificaciones en el tercer período de sesiones (julio/diciembre 2004) de la VII Legislatura:

Grupo	Sesión Plenaria	Baja	Alta	Publicación
GPP	21/10/2004	Ilmo. Sr. D. Jesús Adriano Valverde Bocanegra (titular)	Ilmo. Sr. D. Jacobo Ramón Beltrán Pedreira (titular)	D. SS. 2383, de 21/10/2004 BOAM 61, 28/10/2004
GPS	18/11/2004	Ilmo. Sr. D. Andrés Rojo Cubero (suplente)	Ilma. Sra. D ^a Carmen García Rojas (suplente)	D. SS. 270, de 18/11/2004 BOAM 67, 25/11/2004
GPS	18/11/2004	Ilmo. Sr. D. Carlos Westendorp Cabeza (titular)	Ilmo. Sr. D. Andrés Rojo Cubero (titular)	D. SS. 270, de 18/11/2004 BOAM 67, 25/11/2004

3.3.3. *Sesiones de la Diputación Permanente*

Sesiones de la Diputación Permanente

Julio	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	20-07-2004	210
	Total Sesiones mes de julio 2004.....1		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 1			

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

3.4.1. *Sesión constitutiva de 12 de noviembre de 2003 (D. SS., núm. 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, núm. 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 D. SS.
Julio	MESA DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE		
	1	06-07-2004	24/2004
	2	13-07-2004	25/2004
	3	20-07-2004	26/2004
	Total Sesiones mes de julio 2004.....3		
Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	06-09-2004	27/2004
	2	13-09-2004	28/2004
	3	20-09-2004	29/2004
	4	24-09-2004	30/2004
	5	27-09-2004	31/2004
	Total Sesiones mes de septiembre 2004 5		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-10-2004	32/2004
	2	11-10-2004	33/2004
	3	18-10-2004	34/2004
	4	27-10-2004	35/2004
	Total Sesiones mes de octubre 2004 4		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-11-2004	36/2004
	2	08-11-2004	37/2004
	3	15-11-2004	38/2004
	4	22-11-2004	39/2004
	5	29-11-2004	40/2004
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 5		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-12-2004	41/2004
	2	08-11-2004	42/2004
	3	20-12-2004	43/2004
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....3		
Total Sesiones julio/diciembre 2004.....			2

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. Composición: Tercer Período de Sesiones (julio/diciembre 2004) 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. Fausto Fernández Díaz
- Portavoces Adjuntos: Ilmo. Sr. D. Jorge García Castaño e Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Reneses González-Solares.

3.5.2. Sesiones de la Junta de Portavoces

Sesiones de la Junta de Portavoces

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-09-2004	25/2004
	2	28-09-2004	26/2004
	Total Sesiones mes de septiembre 2004 2		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	05-10-2004	27/2004
	2	11-10-2004	28/2004
	3	19-10-2004	29/2004
	4	27-10-2004	30/2004
	Total Sesiones mes de octubre 2004 4		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	02-11-2004	31/2004
	2	08-11-2004	32/2004
	3	16-11-2004	33/2004
	4	23-11-2004	34/2004
	5	30-11-2004	35/2004
	Total Sesiones mes de noviembre 2004 5		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º D. SS.
	1	07-12-2004	36/2004
	2	14-12-2004	37/2004
	3	21-12-2004	38/2004
	Total Sesiones mes de diciembre 2004.....3		
Total Sesiones julio/diciembre 2004 14			

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

En el tercer período de sesiones de la VII Legislatura (julio/diciembre 2004), se han aprobado 5 Leyes.

4.1. Relación de Leyes aprobadas

[LEY 3/2004, de 10 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 4/2004 (VII).

De Creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor.

BOAM, núm. 70, fecha 16/12/04, BOCM, núm. 297, fecha 14/12/04

[LEY 4/2004, de 28 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 5/2004 (VII).

De Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2005.

BOAM, núm. 73, fecha 29/12/04, BOCM, núm. 310, fecha 30/12/04

[LEY 5/2004, de 28 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 7/2004 (VII).

De Medidas Fiscales y Administrativas.

BOAM, núm. 73, fecha 29/12/04, BOCM, núm. 310, fecha 30/12/04

[LEY 6/2004, de 28 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 3/2004 (VII).

De Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

BOAM, núm. 73, fecha 29/12/04, BOCM, núm. 310, fecha 30/12/04

[LEY 7/2004, de 28 de diciembre] ORIGEN: PROYECTO DE LEY 6/2004 (VII).

De Medidas en Materia Sanitaria.

BOAM, núm. 73, fecha 29/12/04, BOCM, núm. 310, fecha 30/12/04

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 período de la VII Legislatura (julio/diciembre 2004) y su estado de tramitación.

Initiativas	Presentadas	Pendientes	Tramitadas		Decaídas	No admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	6	—	—		—	—	—	—
Proposiciones de Ley	—	—	—		—	—	—	—
Proposiciones no de Ley	29	14	Aprob.: 10	Rechaz.: 5	—	—	—	—
			15					
Interpelaciones	22	10	6		—	1	5	—
Mociones	7	1	Aprob.: 2	Rechaz.: 4	—	—	—	—
		6						
Comparecencias	406	Pleno: 17	Comis.: 297	Pleno: 17	Comis.: 59	9	—	6
		315						
P. Orales Pleno	138	1	119		1	—	15	2
P. Orales Comisión	137	1	40		—	4	40	52
Preguntas escritas	1.104	288	738		—	6	72 Calif. como PI	—
P. de Información	1.122	162	944		—	16	—	—
Total	2.971	793	1.949		1	36	132	60
C. de Gobierno	38							

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 Popular/ Socialista	Gobierno	C. de Estudio para la Reducción de la Lista de Espera de Diagnóstica
Proyectos de Ley	6	—	—	—	—	—	6	—
Proposiciones de Ley	—	—	—	—	—	—	—	—
Proposiciones no de Ley	29	11	8	9	1	—	—	—
Interpelaciones	22	2	18	2	—	—	—	—
Mociones	7	2	5	—	—	—	—	—
Comparecencias	406	26	188	44	9	—	13	126
P. Orales Pleno	138	53	55	30	—	—	—	—
P. Orales Comisión	137	55	74	8	—	—	—	—
P. Escritas	1.104	2	1.064	38	—	—	—	—
P. de Información	1.122	—	1.079	29	—	2	—	12
Totales	2.971	151	2.491	160	10	2	19	138

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 tercer período de sesiones de la VII Legislatura (julio/diciembre 2004).

**GRÁFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN
INICIATIVAS PRESENTADAS: 2.971
ENERO/JULIO 2004**

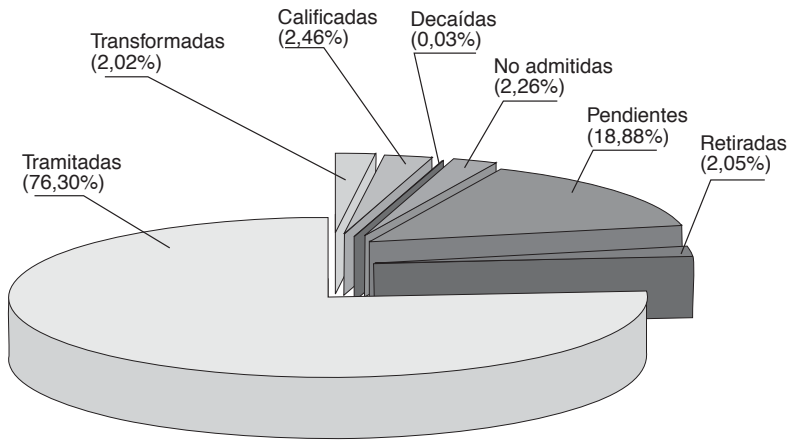
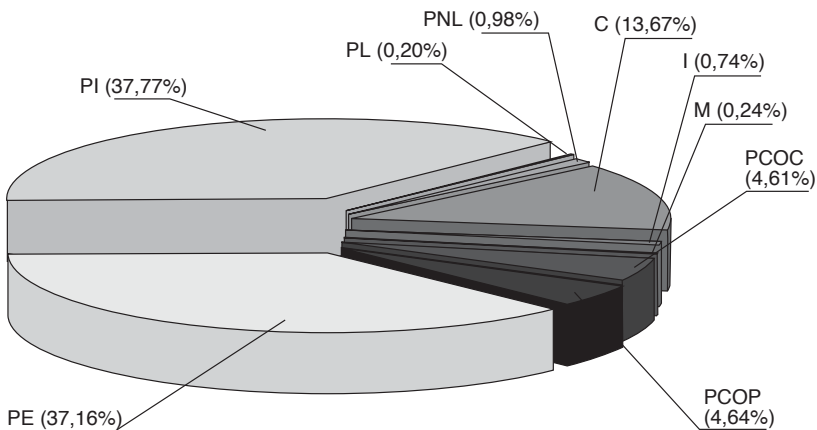


**GRÁFICO PORCENTUAL DE INICIATIVAS
INICIATIVAS PRESENTADAS: 2.971
ENERO/JULIO 2004**



VI

DOCUMENTACIÓN

Los Parlamentos españoles y sus normas de organización y funcionamiento (I): Reglamentos de las Cámaras y Normas de desarrollo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.— II. CORTES GENERALES.—2.1. Congreso de los Diputados.—2.2. Senado.—2.3. Congreso y Senado.—III. ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—3.1. Andalucía.—3.2. Aragón.—3.3. Asturias.—3.4. Baleares.—3.5. Canarias.—3.6. Cantabria.—3.7. Castilla-La Mancha.—3.8. Castilla y León.—3.9. Cataluña.—3.10. Extremadura.—3.11. Galicia.—3.12. Madrid.—3.13. Murcia.—3.14. Navarra.—3.15. País Vasco.—3.16. La Rioja.—3.17. Valencia.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo de documentación que aquí se presenta tiene por objeto dar cuenta de 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, en relación a su organización y funcionamiento. A cualquiera que conozca de cerca la materia de la que estamos hablando, difícilmente se le puede escapar la dificultad que presenta la recopilación de estas normas en lo que atañe a las resoluciones y acuerdos que interpretan o desarrollan los Reglamentos de las Cámaras.

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.

* Jefe del Servicio de Documentación y Biblioteca de la Asamblea de Madrid.

El volumen de las referencias legales y los distintos ámbitos de aplicación que presentan las normas que son objeto de nuestra atención han hecho, por otro lado, que dividamos este trabajo de documentación en dos partes bien diferenciadas a la hora de su publicación: una primera, referida a los Reglamentos de las Cámaras y sus normas de desarrollo y otra segunda, referida a la organización y funcionamiento de la Administración Parlamentaria.

Con el fin de satisfacer el objetivo de esta *primera parte* de nuestro trabajo de documentación, hemos considerado oportuno distinguir dentro de los apartados dedicados a cada uno de los Parlamentos dos áreas bien diferenciadas: la constituida por los *Reglamentos de las Cámaras* y sus modificaciones y la constituida por las *Resoluciones y Acuerdos* que interpretan o desarrollan dichos Reglamentos.

Respecto a las *Resoluciones y Acuerdos* incluidos en este trabajo conviene señalar que en todo momento se ha tenido en cuenta la información facilitada por los propios Parlamentos a través de sus servicios de documentación y páginas web.

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

2.1. Congreso de los Diputados

2.1.1. Reglamento Parlamentario

España. Congreso de los Diputados (1.^a Leg.)

— Reglamento del Congreso de los Diputados aprobado por el Pleno los días 9 y 10 de febrero de 1982. **En:** BOCG Congreso. — Serie H, Núm. 33, 24 febrero 1982. **En:** BOE. — Núm. 55, 5 marzo 1982.

España. Congreso de los Diputados (5.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados por la que se modifican los artículos 18, 20.1, y 46.1 y se deroga el apartado 3 del artículo 88, aprobada el 23 septiembre 1993. **En:** BOE. — Núm. 237, 4 octubre 1993.

— Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados sobre publicidad de las Comisiones de Investigación, aprobada el 16 de junio de 1994. **En:** BOE. — Núm. 145, 18 junio 1994. **En:** BOE. — Núm. 149, 23 junio 1994 (Corrección de errores).

España. Congreso de los Diputados (6.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados, por la que se modifica el artículo 46.1 (comisiones parlamentarias), aprobada el 26 de septiembre de 1996. **En:** BOE. — Núm. 273, 12 noviembre 1996. **En:** BOCG Congreso. — Serie B, Núm. 47-5, 27 septiembre 1996.

España. Congreso de los Diputados (7.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados, por la que se modifica el artículo 46.1 (comisiones parlamentarias), aprobada el 11 de mayo de 2000. **En:** BOE. — Núm. 118, 17 mayo 2000; **En:** BOE. — Núm. 119, 18 mayo 2000 (Corrección de errores). **En:** BOCG Congreso. — Serie B, Núm. 39-3, 11 mayo (Aprobación por el Pleno).

— Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados por la que se modifica el artículo 205 (elección de vocales del Consejo General del Poder Judicial), de 27 de junio de 2001. **En:** BOE. — Núm. 156, 30 junio 2001. **En:** BOCG Congreso. — Serie B, Núm. 149-4, 29 junio 2001 (Aprobación por el Pleno de 27 de junio).

España. Congreso de los Diputados (8.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados por la que se modifica el artículo 46.1 (comisiones permanentes legislativas), de 28 de abril de 2004. **En:** BOCG Congreso. — Serie B, Núm. 69-4, 3 mayo 2004. **En:** BOE. — Núm. 108, 4 mayo 2004.

2.1.2. Resoluciones y Acuerdos**España. Congreso de los Diputados (2.^a Leg.)**

— Resolución de la Presidencia sobre Calificación de los Escritos de Enmiendas presentadas a textos legislativos, 12 de enero de 1983. **En:** BOCG Congreso.— Serie H, Núm. 10-1, 25 enero 1983.

— Resolución de la Presidencia sobre trámite previsto en el artículo 203 del Reglamento en materia de Comparecencias, 25 de enero de 1983. **En:** BOCG Congreso.— Serie H, Núm. 71-1, 9 febrero 1983.

— Resolución de la Presidencia sobre desarrollo de los artículos 180 a 184, en relación con el artículo 64.4 del Reglamento acerca de Interpelaciones, 6 de septiembre de 1983. **En:** BOCG Congreso.— Serie H, Núm. 1, 17 septiembre 1983.

— Resolución de la Presidencia sobre delegación por las Comisiones en sus respectivas Mesas de las facultades a que se refiere el artículo 44 del Reglamento, 2 de noviembre de 1983. **En:** BOCG Congreso.— Serie E, Núm. 8, 4 noviembre 1983.

— Resolución de la Presidencia desarrollando lo previsto en la Disposición Final Primera (apartado 3) de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria (sobre comunicación de los Ministerios de Justicia e Interior al Congreso de los Diputados en el caso de intervención de los Cuerpos de Seguridad

del Estado en centros penitenciarios a causa de graves alteraciones del orden), 2 de noviembre de 1983. **En:** BOCG Congreso.— Serie E, Núm. 8, 4 noviembre 1983.

— Resolución de la Presidencia sobre aplicación de las normas reglamentarias en funcionamiento de la Comisión de Control Parlamentario sobre RTVE, 14 de diciembre de 1983. **En:** BOCG Congreso.— Serie E, Núm. 17, 23 diciembre 1983.

— Resolución de la Presidencia sobre tramitación parlamentaria de la Memoria Anual del Consejo del Poder Judicial, 4 de abril de 1984. **En:** BOCG Congreso.— Serie E, Núm. 36, 10 abril 1984.

— Resolución de la Presidencia sobre procedimiento a seguir para el nombramiento de Vocales Catedráticos de Derecho de la Junta Electoral Central, 13 de septiembre de 1985. **En:** BOCG Congreso.— Serie E, Núm. 139, 10 septiembre 1985.

España. Congreso de los Diputados (3.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 23 de septiembre de 1986, de desarrollo del artículo 113 del Reglamento sobre Designación y Funciones de las Ponencias. **En:** BOCG Congreso. — Serie E, Núm. 8, 25 septiembre 1986.

España. Congreso de los Diputados (4.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia sobre la forma en que se ha de prestar el Juramento o Promesa de Acatamiento a la Constitución previsto en los artículos 4 y 20 del Reglamento de la Cámara, 30 de noviembre de 1989. **En:** BOCG Congreso. — Serie E, Núm. 4, 30 noviembre 1989.

— Acuerdo de la Mesa, de 29 de mayo de 1990, sobre tramitación de iniciativas a las que se refiere el acuerdo adoptado por el Pleno del Congreso en la sesión del día 13 de febrero de 1990 sobre atribución a la Comisión del Estatuto de los Diputados de facultades para investigar asuntos de interés público relacionados con el tráfico de influencias. **En:** BOCG Congreso.— Serie E, Núm. 50, 30 mayo 1990.

— Resolución de la Presidencia, de 21 de abril de 1992, sobre tramitación ante el Pleno de los informes anuales o extraordinarios del Defensor del Pueblo. **En:** BOCG Congreso.— Serie E, Núm. 200, 24 abril 1992.

— Resolución de la Presidencia sobre procedimiento a seguir para la Tramitación de la Reforma de los Estatutos de Autonomía, 16 de marzo de 1993. **En:** BOCG Congreso. — Serie E, Núm. 255, 22 marzo 1993.

España. Congreso de los Diputados (6.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 18 de junio de 1996, sobre desarrollo del artículo 188 del Reglamento, relativo a Preguntas para respuesta oral en Pleno. **En:** BOCG Congreso. — Serie E, Núm. 25, 19 junio 1996.

— Resolución de la Presidencia, de 26 de junio de 1996, sobre procedimiento de creación y reglas de funcionamiento de las Subcomisiones en el seno de las Comisiones de la Cámara. **En:** BOCG Congreso. — Serie E, Núm. 32, 27 junio 1996.

— Resolución de la Presidencia, de 21 de diciembre de 1998, sobre la utilización de documentos audiovisuales en las Comisiones. **En:** BOCG Congreso, Serie D, Núm. 366, 5 enero 1999.

España. Congreso de los Diputados (7.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 25 de mayo de 2000, relativa a la intervención de la Cámara en el nombramiento de Autoridades del Estado. **En:** BOCG Congreso, Serie D, Núm. 20, 26 mayo 2000.

España. Congreso de los Diputados (8.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 11 de mayo de 2004, sobre secretos oficiales. **En:** BOCG Congreso. — Serie D, Núm. 14, 12 mayo 2004.

2.2. Senado

2.2.1. *Reglamento Parlamentario*

España. Senado (5.^a Leg.)

— Reglamento del Senado aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces, en su reunión del día 3 de mayo de 1994: Texto refundido. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 119, 9 mayo 1994. **En:** BOE. — Núm. 114, 13 mayo 1994.

— Reforma del artículo 100 del Reglamento del Senado (votaciones en Comisión), aprobada el 24 de octubre de 1995. **En:** BOE. — Núm. 266, 7 noviembre 1995.

España. Senado (7.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifica el artículo 49.2 y 3 (comisiones parlamentarias), aprobada el 9 de mayo de 2000. **En:** BOE. — Núm. 124, 24 mayo 2000. **En:** BOCG Senado. — Serie III A, Núm. 1 (f), 10 mayo (Aprobación por el Pleno).

— Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifican el artículo 49.2 (comisiones no legislativas) y el Título Noveno (nombramientos), aprobada el 14 de junio de 2000. **En:** BOE. — Núm. 145, 17 junio 2000. **En:** BOCG Senado. — Serie III A, Núm. 2 (f), 15 junio 2000 (Aprobación por el Pleno).

— Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifican el artículo 49.2 (comisiones no legislativas) y 49.5 (comisiones permanentes), 17 de octubre de 2000. **En:** BOE. — Núm. 265, 4 noviembre 2000.

— Reforma del Reglamento del Senado, por la que se modifica el artículo 184 (nombramiento de vocales del Consejo Superior del Poder Judicial), 27 de junio de 2001. **En:** BOE. — Núm. 155, 29 junio 2001; **En:** BOCG Senado. — Serie III A, Núm. 17 (g), 28 junio 2001 (Aprobación por el Pleno).

España. Senado (8.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Senado, por la que se modifica el artículo 49, apartados 2 y 3 (comisiones parlamentarias), 12 de mayo de

2004. **En:** BOE. — Núm. 123, 21 mayo 2004. **En:** BOCG Senado. — Serie III A, Núm. 8 (f), 12 mayo 2004 (Aprobación por el Pleno de 12 de mayo).

— Reforma del Reglamento del Senado, por la que se modifican los artículos 20 y 67 (solicitud de información). **En:** BOE. — Núm. 303, 17 diciembre 2004.

2.2.2. *Resoluciones y Acuerdos*

España. Senado (2.^a Leg.)

— Norma supletoria para la ordenación del Debate, 14 de febrero de 1984. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 66, 28 febrero 1984.

— Norma interpretativa sobre delegación por las Comisiones en sus respectivas Mesas de las facultades a que se refieren los artículos 66.1 y 67 del Reglamento del Senado, 23 de mayo de 1984. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 80, 28 mayo 1984.

— Norma interpretativa sobre Votación Nominal Pública por Procedimiento Electrónico, 23 de mayo de 1984. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 80, 28 mayo 1984.

— Resolución de la Presidencia sobre tramitación de la Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial, 23 de mayo de 1984. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 80, 28 mayo de 1984.

— Norma interpretativa de la Presidencia en relación con el artículo 193 del Reglamento (funcionamiento de la Comisión de Peticiones), 10 de octubre de 1984. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 101, 14 octubre 1984.

— Norma supletoria para desarrollo del artículo 171.2 del Reglamento (reducción de plazos en las interpelaciones), 6 de diciembre de 1984. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 117, 14 diciembre 1984.

— Norma interpretativa de la Presidencia sobre turnos a favor y en contra previstos en los artículos 108.4, 121, 129 y 155.2 del Reglamento, 17 de abril de 1985. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 145, 13 abril 1985.

— Norma supletoria de la Presidencia sobre el procedimiento para la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 800/83, contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, 29 de mayo de 1985. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 161, 1 junio 1985.

— Norma supletoria de la Presidencia sobre elección de una nueva Mesa del Senado a que se refiere el artículo 13 del Reglamento, 15 de octubre de 1985. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 196, 22 octubre 1985.

España. Senado (3.^a Leg.)

— Norma interpretativa del artículo 11 del Reglamento (juramento o promesa de acatamiento a la Constitución). **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 5, 1 agosto 1986.

España. Senado (4.^a Leg.)

— Norma suplementaria de los artículos 16.1 y 17.3 del Reglamento [Incompatibilidades de Senadores], 17 de marzo de 1992. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 298, 21 marzo 1992.

— Resolución de la Presidencia, de 28 de abril de 1992, sobre tramitación ante el Pleno de la Cámara de los Informes del Defensor del Pueblo. **En:**

España. Senado (5.^a Leg.)

— Norma supletoria sobre el procedimiento a seguir para la tramitación de la Reforma de los Estatutos de Autonomía, 30 de septiembre de 1993. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 23, 5 octubre 1993.

— Norma supletoria de la Presidencia, sobre Tramitación de Mociones, 30 de noviembre de 1993. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 52, 7 diciembre 1993. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 406, 10 abril 2002 (Modificación).

— Norma supletoria de la Presidencia, sobre tramitación de Mociones consecuencia de Interpelación, 30 de noviembre de 1993. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 52, 7 diciembre 1993. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 406, 10 abril 2002 (Modificación).

— Norma supletoria que modifica la correspondiente de la Presidencia del Senado, de 30 de noviembre de 1993, sobre Tramitación de Mociones, 21 de marzo de 1995. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 249, 22 marzo 1995.

España. Senado (6.^a Leg.)

— Norma interpretativa de la Presidencia, de 18 de noviembre de 1997, sobre adopción de Acuerdos por las Ponencias designadas por las Comisiones. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 332, 19 noviembre 1997.

— Norma interpretativa de la Presidencia, de 10 de diciembre de 1998, sobre desarrollo del artículo 169.2 del Reglamento del Senado (contestaciones a preguntas). **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 603, 14 diciembre 1998.

España. Senado (7.^a Leg.)

— Norma supletoria de la Presidencia del Senado sobre desarrollo del artículo 163 del Reglamento del Senado, de 23 de mayo de 2001. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 202, 24 mayo 2001.

— Norma supletoria de la Presidencia del Senado, de 23 de mayo de 2001, que modifica la correspondiente de la Presidencia del Senado, de 30 de noviembre de 1993, sobre Tramitación de Mociones consecuencia de Interpelación. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 202, 24 mayo 2001.

— Norma supletoria de la Presidencia del Senado, de 9 de abril de 2002, por la que se modifica la de 30 de noviembre de 1993, sobre tramitación de las Mociones. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 406, 10 abril 2002.

— Norma supletoria de la Presidencia del Senado, de 9 de abril de 2002, por la que se modifica la de 30 de noviembre de 1993, sobre tramitación de Mociones consecuencia de Interpelación. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 406, 10 abril 2002.

2.3. Congreso y Senado

2.3.1. *Resoluciones y Acuerdos*

España. Cortes Generales (2.^a Leg.)

— Normas de las Mesas del Congreso y del Senado sobre funcionamiento de la Comisión Mixta del Tribunal de Cuentas, de 3 de marzo de 1983. **En:** BOCG Congreso. — Serie H, Núm. 21, 12 abril 1983.

— Acuerdo de las Mesas del Congreso y del Senado por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, de 6 de abril de 1983. **En:** BOCG Senado. — Serie I, Núm. 24, 27 abril 1983.

— Normas de las Mesas del Congreso y del Senado sobre tramitación de la Cuenta General del Estado, 1 de marzo de 1984. **En:** BOCG Congreso. — Serie E, Núm. 31, 15 marzo 1984.

España. Cortes Generales (4.^a Leg.)

— Acuerdo de las Mesas del Congreso y del Senado por el que se aprueban las Normas sobre Publicaciones Oficiales de las Cortes Generales, de 17 de enero de 1991. **En:** BOCG Congreso. — Serie E, Núm. 125, 31 enero 1991.

— Acuerdo de las Mesas del Congreso y del Senado, de 21 de abril de 1992, por el que se modifica el Acuerdo de 6 de abril de 1983 relativo a la aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamientos del Defensor del Pueblo. **En:** BOCG. — Serie A, Núm. 36, 24 abril 1992.

— Resolución de las Mesas del Congreso y del Senado sobre organización y funcionamiento de la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo, de 21 de abril de 1992. **En:** BOCG. — Serie A, Núm. 36, 24 abril 1992.

España. Cortes Generales (5.^a Leg.)

— Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de septiembre de 1995, sobre desarrollo de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea. **En:** BOCG. — Serie A, Núm. 71, 5 octubre 1995.

— Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 18 de diciembre de 1995, en materia de Registro de Intereses. **En:** BOCG. — Serie A, Núm. 86, 8 enero 1996.

España. Cortes Generales (6.^a Leg.)

— Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 19 de diciembre de 1996, por el que se modifica el Acuerdo de las Mesas de 17 de enero de 1991 relativo a la aprobación de las Normas sobre Publicaciones Oficiales de las Cortes Generales. **En:** BOCG. — Serie B, Núm. 39, 13 febrero 1997. **En:** BOCG. — Serie A, Núm. 307, 17 marzo 1999 (Corr. errores).

España. Cortes Generales (7.^a Leg.)

— Resolución de las Mesas del Congreso y el Senado, de 25 de mayo de 2000, por el que se modifica la Resolución de las Mesas de 21 de abril de 1992,

sobre organización y funcionamiento de la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo. **En:** BOCG. — Serie A, Núm. 3, 26 mayo 2000.

— Resolución de las Mesas del Congreso y el Senado, adoptada en sus reuniones de 26 de septiembre y de 3 de octubre de 2000 respectivamente, por la que se modifica el Acuerdo de las Mesas de 6 de abril de 1983 relativo a la aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo. **En:** BOCG.— Serie A, Núm. 71, 30 octubre 2000.

España. Cortes Generales (8.ª Leg.)

— Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 20 de mayo de 2004, sobre composición de las Comisiones Mixtas Congreso-Senado. **En:** BOCG. — Serie A, Núm. 2, 25 mayo 2004.

III. ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS CCAA

3.1. Parlamento de Andalucía

3.1.1. Reglamento Parlamentario

Andalucía. Parlamento (4.ª Leg.)

— Reglamento del Parlamento de Andalucía, aprobado por el Pleno de 18, 19 y 20 de abril de 1995. **En:** BOPA. — Núm. 76, 5 mayo 1995. **En:** BOJA. — Núm. 71, 16 mayo 1995.

Andalucía. Parlamento (5.ª Leg.)

— Reforma del Reglamento sobre composición de la Mesa de la Cámara y otros aspectos relacionados con la tramitación de interpelaciones, preguntas orales ante el Pleno y otras iniciativas, de 16 de julio de 1996. **En:** BOJA. — Núm. 82, 18 julio 1996. **En:** BOJA. — Núm. 112, 28 septiembre 1996 (corrección de errores). **En:** BOPA. — Núm. 27, 18 julio 1996.

Andalucía. Parlamento (5.ª Leg.)

— Reforma del artículo 47.1 del Reglamento del Parlamento sobre Comisiones Permanentes Legislativas, por acuerdo del Pleno de 30 de octubre de 1996. **En:** BOPA. — Núm. 57, 12 noviembre 1996. **En:** BOJA. — Núm. 130, 12 noviembre 1996.

Andalucía. Parlamento (6.ª Leg.)

— Reforma del artículo 47 del Reglamento del Parlamento sobre Comisiones Permanentes, por Acuerdo del Pleno de 10 de mayo de 2000. **En:** BOJA. — Núm. 63, 1 junio 2000.

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía (arts. 22, 23 y 24: grupos parlamentarios), por Acuerdo del Pleno celebrado los días 10 y 11 de diciembre de 2003. **En:** BOJA. — Núm. 4, 8 enero 2004. **En:** BOPA. — Núm. 615, 7 enero 2004.

Andalucía. Parlamento (7.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía en relación con las comisiones permanentes (art. 47, apdos. 1 y 2), por acuerdo del Pleno de 12 de mayo de 2004. **En:** BOPA. — Núm. 7, 13 mayo 2004. **En:** BOJA. — Núm. 97, 19 mayo 2004. **En:** BOE. — Núm. 140, 10 junio 2004.

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía (disp. adicional tercera: representación en la Mesa), por Acuerdo del Pleno celebrado los días 12 y 13 de mayo de 2004. **En:** BOJA. — Núm. 105, 31 mayo 2004. **En:** BOPA. — Núm. 8, 19 mayo 2004. **En:** BOE. — Núm. 140, 10 junio 2004.

3.1.2. Resoluciones y Acuerdos**Andalucía. Parlamento (3.^a Leg.)**

— Resolución de la Presidencia 3-92/ RP-0000001, de 29 de junio de 1992, interpretando determinados aspectos relativos a la publicación de distintos informes remitidos por la Cámara de Cuentas. **En:** BOPA. — Núm. 185, 10 julio 1992.

— Resolución de la Presidencia 3-93/ RP-0000004, de 11 de noviembre de 1993, por la que se dispone que la explicación de las distintas secciones del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía se realice por los Excmos. Sres. Titulares de los distintos Departamentos en las Comisiones Parlamentarias específicas por razón de la materia. **En:** BOPA. — Núm. 323, 19 noviembre 1993.

Andalucía. Parlamento (5.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia 5/96/RP-0000001, de 14 de mayo de 1996, por la que se regulan determinados aspectos relativos a la creación de Grupos de Trabajo o Ponencias de Estudio. **En:** BOPA. — Núm. 9, 17 mayo 1996.

— Resolución de la Presidencia 5/96/RP-0000002, de 29 de mayo de 1996, sobre las normas que regulan la calificación de los escritos de enmiendas presentados a textos legislativos. **En:** BOPA. — Núm. 16, 7 junio 1996.

— Resolución de la Presidencia 5/96/RP-0000003, de 19 de junio de 1996, sobre normas que regulan la tramitación y enmienda del Proyecto de Ley de Presupuestos. **En:** BOPA. — Núm. 20, 25 junio 1996.

— Resolución de la Presidencia 5/97/RP-0000004, de 2 de junio de 1997, por la que se establece el procedimiento de acceso del Parlamento de Andalucía al Registro de Bienes e Intereses de Altos Cargos de la Junta de Andalucía. **En:** BOPA. — Núm. 116, 6 junio 1997.

— Resolución de la Presidencia 5/97/RP-0000005, de 13 de junio de 1997, por la que se desarrolla el artículo 170 del Reglamento del Parlamento de Andalucía. **En:** BOPA. — Núm. 120, 20 junio 1997.

— Resolución de la Presidencia 5/97/RP-0000006, de 5 de noviembre de 1997, interpretando determinados aspectos relativos a la comparecencia de los agentes sociales y organizaciones en el procedimiento legislativo (art. 113 del Reglamento de la Cámara). **En:** BOPA. — Núm. 161, 14 noviembre 1997.

— Resolución de la Presidencia 5-98/RP-0000007, de 2 de septiembre de 1998, interpretando determinados aspectos relativos a la inclusión de Proposiciones no de Ley en el orden del día de las Comisiones. **En:** BOPA. — Núm. 250, 11 septiembre 1998.

— Resolución de la Presidencia 5-98/RP-0000008, de 2 de septiembre de 1998, regulando los Debates de carácter general en Pleno. **En:** BOPA. — Núm. 250, 11 septiembre 1998.

— Resolución de la Presidencia 5-98/RP-0000009, de 2 de septiembre de 1998, por la que se modifica la Resolución de 13 de junio de 1997, por la que se desarrolla el artículo 170 del Reglamento del Parlamento de Andalucía. **En:** BOPA. — Núm. 250, 11 septiembre 1998.

— Resolución de la Presidencia 5-98/RP-0000010, de 25 de noviembre de 1998, en relación al apartado 3 del artículo 121 del Reglamento (procedimiento legislativo de enmiendas). **En:** BOPA. — Núm. 275, 27 noviembre 1998.

Andalucía. Parlamento (6.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia 6-01/RP-0000001, de 6 de septiembre de 2001, sobre calificación de las enmiendas presentadas a Proposiciones no de Ley en Comisión. **En:** BOPA. — Núm. 188, 21 septiembre 2001.

— Resolución de la Presidencia 6-02/RP-0000001, de 2 de mayo de 2002, en relación con el artículo 150 del Reglamento (comparecencias de miembros del Consejo de Gobierno en sesiones informativas). **En:** BOPA. — Núm. 312, 23 mayo 2002.

3.2. Cortes de Aragón

3.2.1. Reglamento Parlamentario

Aragón. Cortes (4.^a Leg.)

— Reglamento de las Cortes de Aragón, de 26 de junio de 1997. **En:** BOCA. — Núm. 124, 30 junio 1997. **En:** BOA. — Núm. 79, 9 julio 1997. **En:** BOA. — Núm. 107, 15 septiembre 1997 (Corrección de errores).

3.2.2. Resoluciones y Acuerdos

Aragón. Cortes (1.^a Leg.)

— Resolución de Presidencia sobre normas de Organización del Trabajo de la Mesa y la Junta de Portavoces, 28 de mayo de 1984. **En:** BOCA. — Núm. 27, 1 junio 1984.

— Resolución de Presidencia sobre Control de Subvenciones a los Grupos Parlamentarios, 6 de junio de 1984. **En:** BOCA. — Núm. 29, 18 junio 1984.

— Acuerdo de la Mesa, de 16 de octubre de 1984, sobre publicación del Boletín Oficial de las Cortes de Aragón. **En:** BOCA. — Núm. 38, 30 octubre 1984.

— Resolución de la Presidencia sobre Tramitación de los Recursos contra Acuerdos de la Mesa de las Comisiones o de las Cortes, 19 noviembre de 1984.

En: BOCA. — Núm. 42, 26 noviembre 1984.

Aragón. Cortes (2.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia sobre el funcionamiento de las ponencias legislativas y especiales, 25 de enero de 1989. **En:** BOCA. — Núm. 75, 16 febrero 1989.

Aragón. Cortes (3.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 27 de junio de 1991, sobre composición de la Diputación Permanente. **En:** BOCA. — Núm. 1, 8 julio 1991.

— Resolución de la Presidencia, de 19 de octubre de 1992, sobre elección de los miembros del consejo de administración de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión. **En:** BOCA. — Núm. 48, 9 noviembre 1992.

— Resolución de la Presidencia, de 12 de noviembre de 1993, sobre la inclusión en el orden del día del Pleno de las Mociones dimanantes de Interpelaciones. **En:** BOCA. — Núm. 94, 1 diciembre 1993.

— Acuerdo de la Mesa y Junta de Portavoces, de 24 de octubre de 1994, sobre el procedimiento de elección de dos vocales del consejo social de la Universidad de Zaragoza. **En:** BOCA. — Núm. 147, 4 noviembre 1994.

Aragón. Cortes (4.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia sobre tramitación de los recursos contra Acuerdos de las Mesas de las Comisiones o de las Cortes, de 27 de marzo de 1996. **En:** BOCA. — Núm. 34, 12 abril 1996.

— Resolución de la Presidencia, de 11 de noviembre de 1996, referida a la Votación de las Propositiones no de Ley y Mociones. **En:** BOCA. — Núm. 71, 18 noviembre 1996.

— Resolución de la Presidencia, de 11 de noviembre de 1996, sobre la concesión de la Medalla de las Cortes de Aragón. **En:** BOCA. — Núm. 71, 18 noviembre 1996.

— Resolución de la Presidencia, de 14 de diciembre de 1998, sobre la aprobación de Declaraciones Institucionales de las Cortes de Aragón. **En:** BOCA. — Núm. 233, 18 diciembre 1998.

Aragón. Cortes (5.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 13 de septiembre de 1999, sobre los casos en que se produzca empate en las votaciones en Comisión. **En:** BOCA. — Núm. 5, 17 septiembre 1999.

— Resolución del Pleno, de 16 y 17 de diciembre de 1999, por la que se crea una Comisión especial que tenga por objeto el estudio del modelo edu-

cativo universitario de Aragón, basado en los criterios de calidad, descentralización, equilibrio territorial y de gestión. **En:** BOCA. — Núm. 32, 21 enero 2000.

— Resolución de la Presidencia, de 29 de septiembre de 2000, sobre la Comparecencia de Representantes de Colectivos Sociales, Personas Físicas o Representantes de Personas Jurídicas. **En:** BOCA. — Núm. 79, 5 octubre 2000.

— Resolución de la Presidencia, de 29 de septiembre de 2000, sobre los Derechos y Deberes que corresponden a los Diputados que se incorporen al Grupo Parlamentario Mixto durante el transcurso de la Legislatura. **En:** BOCA. — Núm. 79, 5 octubre 2000.

Aragón. Cortes (6.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 15 de julio de 2003, sobre los casos en los que se produzca empate en las votaciones en las Comisiones y en la Diputación Permanente. **En:** BOCA. — Núm. 4, 17 julio 2003.

3.3. Junta General del Principado de Asturias

3.3.1. Reglamento Parlamentario

Asturias (Com. Aut.). Junta General del Principado (4.^a Leg.)

— Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, aprobado por el Pleno de 18 de junio de 1997. **En:** BOPAS. — Núm. 166, 18 julio 1997. **En:** BOJG. — Serie A, Núm. 49.3, 18 julio 1997. **En:** BOJG. — Serie A, Núm. 49.4, 11 agosto (Corrección de errores). **En:** BOJG. — Serie A, Núm. 49-5, 24 septiembre 1997 (Corrección de errores: preámbulo).

Asturias (Com. Aut.). Junta General del Principado (5.^a Leg.)

— Ley, de 26 de julio de 1999, de modificación del artículo 69.3 (comisiones permanentes) del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, aprobado por el Pleno de 18 de junio de 1997. **En:** BOJG. — Serie A, Núm. 2.3, 28 julio 1999. **En:** BOPAS. — Núm. 173, 27 julio 1999.

3.3.2. Resoluciones y Acuerdos

Asturias (Com. Aut.). Junta General del Principado (5.^a Leg.)

— Resolución de carácter general 1/5 de la Presidencia, de 26 de octubre de 1999, por la que se regulan las Preguntas al Presidente. **En:** BOJG. — Serie B, Núm. 27, 29 octubre 1999.

— Resolución de carácter general 2/5 de la Presidencia, de 14 de marzo de 2000, sobre Enmiendas a Propositiones no de Ley (supletoria del artículo 222 del Reglamento de la Junta). **En:** BOJG. — Serie B, Núm. 82, 15 marzo 2000.

— Resolución de carácter general 3/5 de la Presidencia, de 11 de abril de 2000, de modificación del número 7 de la Resolución 1/5, de 26 de octubre de 1999, por la que se regulan las preguntas al Presidente. **En:** BOJG. — Serie B.

3.4. Parlamento de las Islas Baleares

3.4.1. *Reglamento Parlamentario*

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (1.ª Leg.)

— Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares, aprobado por el Pleno de 4 de junio de 1986. **En:** BOPIB. — Núm. 67, 23 junio 1986. **En:** BOCAIB. — Núm. 23, 22 julio 1986.

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (2.ª Leg.)

— Reforma de determinados artículos del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares, aprobada por el Pleno de 20 de marzo de 1991 (Ley 9/1991). **En:** BOPIB. — Núm. 119, 10 abril 1991. **En:** BOCAIB. — Núm. 47, 13 abril 1991.

3.4.2. *Resoluciones y Acuerdos*

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (1.ª Leg.)

— Resolució de la Presidència sobre admissió d'assumptes per la Mesa, 20 de febrer de 1987. **En:** BOPIB. — Núm. 82, 3 abril 1987.

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (2.ª Leg.)

Criteris relatius a les preguntes amb resposta oral, 18 de setembre de 1987. **En:** BOPIB. — Núm. 6, 30 septiembre 1987.

— Resolución de la Presidencia interpretativa del artículo 92.3 del Reglamento (convocatoria de Comisiones). **En:** BOPIB. — Núm. 30, 3 marzo 1988.

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (3.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia 9/91, de 19 de agosto, sobre las iniciativas parlamentarias. **En:** BOPIB. — Núm. 4, 29 agosto 1991.

— Resolución de la Presidencia 11/91, de 18 de septiembre, de interpretación del artículo 92.3 del Reglamento de la Cámara (plazos para convocatoria de Comisiones). **En:** BOPIB. — Núm. 6, 30 septiembre 1991.

— Resolución de la Presidencia 12/91, de 22 de octubre, reguladora del funcionamiento de las Ponencias. **En:** BOPIB. — Núm. 10, 5 noviembre 1991.

— Resolució del President de la Cámara, de 25 de febrer del 1992, reguladora del debat final del Projecte de Llei de Pressuposts de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. **En:** BOPIB. — Núm. 23, 2 marzo 1992.

— Resolució de Presidència, de 16 d'octubre de 1992, reguladora dels terminis i procediment del lliurament de la documentació objecte d'estudis, debat i resolució per part de la Mesa als membres d'aquesta. **En:** BOPIB. — Núm. 49, 22 octubre 1992.

Normes en relació amb la tramitació del Projecte de Llei de Pressupostos Generals de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, aprobadas por la Mesa el 26 de octubre de 1993. **En:** BOPIB. — Núm. 108, 29 octubre 1993.

— Resolució de la Presidència reguladora de l'organització i funcionament del Grup Parlamentari Mixt en el Parlament, 11 de octubre de 1994. **En:** BOPIB. — Núm. 152, 14 octubre 1994.

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (4.ª Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 8 de noviembre de 1995, relativo a la composición de las Ponencias en el seno de las Comisiones Parlamentarias. **En:** BOPIB. — Núm. 22, 24 noviembre 1995.

— Resolución de la Presidencia, de 5 de marzo de 1997, reguladora del procedimiento para la elección de Síndico de Cuentas. **En:** BOPIB. — Núm. 93, 7 marzo 1997.

— Resolución de la Presidencia, de 14 de octubre de 1998, reguladora del Debate de la comunicación del Gobierno relativa a las Memorias de Gestión correspondientes al año 1996, de las competencias asumidas por los Consejos Insulares. **En:** BOPIB. — Núm. 176, 16 octubre 1998.

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (5.ª Leg.)

— Resolución de la Mesa, de 23 de julio de 1999, relativa a criterios para la composición de las Comisiones Parlamentarias, de las Ponencias y de la Diputación Permanente. **En:** BOPIB. — Núm. 3, 26 julio 1999.

— Resolución de la Presidencia, de 7 de mayo de 2000, sobre las Comparecencias ante las Comisiones no Permanentes de Investigación. **En:** BOPIB. — Núm. 50, 9 junio 2000.

— Resolución de la Presidencia, de 28 de junio de 2000, reguladora del Procedimiento para la Elección del Síndic de Greuges. **En:** BOPIB. — Núm. 54, 7 julio 2000.

— Resolución de la Presidencia, de 30 de enero de 2002, reguladora de la Tramitación de los Convenios en el Pleno. **En:** BOPIB. — Núm. 127, 1 febrero 2002.

Baleares (Com. Aut.). Parlamento (6.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 3 de septiembre de 2003, reguladora de las Normas de Procedimiento para la designación de los representantes del Parlamento en el Consell Social de la Universitat de les Illes Balears. **En:** BOPIB. — Núm. 9, 12 septiembre 2003.

— Resolución de la Presidencia, de 10 de marzo de 2004, sobre la interpretación del artículo 164.2 del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares. **En:** BOPIB. — Núm. 34, 19 marzo 2004.

— Resolución de la Presidencia, de 15 de septiembre de 2004, reguladora de las Normas sobre tramitación del Informe de la Sindicatura de Comptes General de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. **En:** BOPIB.— Núm. 54, 24 septiembre 2004.

— Resolución de la Presidencia, de 26 de enero de 2005, sobre aplicación de las Normas reglamentarias en el funcionamiento de la Comissió de Control Parlamentari sobre la Radiotelevisió de les Illes Balears. **En:** BOPIB.— Núm. 72, 4 febrero 2005.

3.5. Parlamento de Canarias

3.5.1. *Reglamento Parlamentario*

Canarias. Parlamento (5.^a Leg.)

— Reglamento del Parlamento de Canarias, aprobado por el Pleno de 17 de abril de 1991: Texto refundido. **En:** BOCAN. — Núm. 206, 22 octubre 2003.

3.5.2. *Resoluciones y Acuerdos*

Canarias. Parlamento (6.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 10 de septiembre de 2003, por la que se establece el criterio de prevalencia entre los Grupos Parlamentarios con un número igual de Diputados. **En:** BOPCN.— Núm. 22, 17 septiembre 2003.

— Acuerdo de la Mesa, de 18 de mayo de 2004, sobre tramitación de Preguntas de iniciativa popular. **En:** BOPCN.— Núm. 85, 20 mayo 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 28 de septiembre de 2004, para la tramitación de declaración de interés general de iniciativa turística. **En:** BOPCN.— Núm. 145, 6 octubre 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 2 de diciembre de 2004, sobre tramitación de solicitudes de municipios que pretendan su inclusión en el régimen especial de organización previsto en el Título X de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. **En:** BOPCN.— Núm. 210, 14 diciembre 2004.

3.6. Parlamento de Cantabria

3.6.1. *Reglamento Parlamentario*

Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (1.^a Leg.)

— Reglamento de la Asamblea Regional de Cantabria, aprobado por el Pleno de 25 de noviembre de 1983. **En:** BOC. — Núm. 23, 19 diciembre

1983. Extraordinario. En: BOC. — Núm. 8, 16 mayo 1984. Extraordinario (Texto Corregido). En: BOARC. — Núm. 34, 28 noviembre 1983.

Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (2.^a Leg.)

— Reforma del artículo 21.1 del Reglamento de la Asamblea Regional de Cantabria, aprobada por el Pleno de 16 de octubre de 1987. En: BOARC. — Núm. 10, 10 septiembre 1987 (Texto). En: BOARC. — Núm. 18, 20 octubre 1987 (Aprobación por el Pleno). En: BOC. — Núm. 229, 17 noviembre 1987.

Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (4.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento de la Asamblea Regional de Cantabria (art. 28: composición de la Mesa), de 11 de noviembre de 1996. En: BOARC. — Núm. 204, 14 noviembre 1996.

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Cantabria, de 5 de marzo de 1999 (nueva redacción para incorporar los cambios de denominación introducidos por la Ley Orgánica 11/1998). En: BOC. — Núm. 62, 29 marzo 1999. En: BOARC. — Núm. 72, 23 marzo 1999.

Cantabria (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Cantabria, de 25 de octubre de 1999 (Comisiones parlamentarias). En: BOC. — Núm. 219, 5 noviembre 1999. En: BOPCT. — Núm. 57, 28 octubre 1999.

3.6.2. *Resoluciones y Acuerdos*

Cantabria (Com. Aut.). Asamblea Regional (1.^a Leg.)

— Resolución de la Mesa, de 5 de marzo de 1984, sobre horario de funcionamiento del Registro General para presentación de documentos. En: BOARC. — Núm. 19, 14 marzo 1984.

— Resolución de la Mesa, de 13 de marzo de 1984, sobre presentación de documentos en el Registro General a que se refieren los artículos 113, 142.2, 151.2 y demás del Reglamento. En: BOARC. — Núm. 19, 14 marzo 1984.

— Resolución de la Presidencia por la que se fija el plazo de presentación de solicitudes de reconsideración de Acuerdos adoptados por la Mesa, 18 de enero de 1985. En: BOARC. — Núm. 3, 22 enero 1985.

— Resolución de la Presidencia sobre desarrollo del artículo 61 del Reglamento, 8 de enero de 1986. En: BOARC. — Núm. 1, 15 enero 1986.

Cantabria (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 10 de noviembre de 2000, sobre presentación de moción subsiguiente a interpelación a que se refiere el artículo 151 del Reglamento. En: BOPCA. — Núm. 388, 16 noviembre 2000.

— Resolución de la Presidencia, de 10 de noviembre de 2000, por el que se deroga el apartado 3.º de la Resolución de Presidencia, de 13 de marzo de 1984, sobre presentación de documentos en el Registro General. **En:** BOPCA. — Núm. 388, 16 noviembre 2000.

Cantabria (Com. Aut.). Parlamento (6.ª Leg.)

— Acuerdo del Pleno, de 22 de septiembre de 2003, por el que se aprueba la Propuesta de adecuación de la denominación y contenido de las Comisiones Permanentes Legislativas del Parlamento de Cantabria, aprobada por la Mesa de la Cámara en sesión celebrada el 5 de septiembre de 2003 y publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Cantabria núm. 18 correspondiente al día 9 de septiembre de 2003. **En:** BOPCA. — Núm. 23, 25 septiembre 2003.

3.7. Cortes de Castilla-La Mancha

3.7.1. Reglamento Parlamentario

Castilla-La Mancha. Cortes (4.ª Leg.)

— Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, aprobado por el Pleno de 16 de octubre de 1997. **En:** BOCCM. — Núm. 133, 16 octubre 1997. **En:** DOCM. — Núm. 54, 5 diciembre 1997.

Castilla-La Mancha. Cortes (5.ª Leg.)

— Reforma del artículo 57 (comisiones permanentes) del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, aprobada por el Pleno de 23 de julio de 1999. **En:** BOCCM. — Núm. 5, 23 julio 1999.

— Modificación del artículo 25.3 (incorporación de Diputados a un grupo parlamentario), del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, aprobada por el Pleno de 10 de octubre de 2002. **En:** BOCCM. — Núm. 225, 11 octubre 2002 (núm. 226, 14/10/2002, corr. error). **En:** DOCM. — Núm. 151, 4 diciembre 2002.

3.7.2. Resoluciones y Acuerdos

Castilla-La Mancha. Cortes (5.ª Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 23 de noviembre de 2000, por el que se dictan Normas para la Aprobación por el Pleno de la Terna de Juristas a Proponer al Consejo General del Poder Judicial. **En:** BOCCM. — Núm. 72, 24 noviembre 2000.

— Norma interpretativa de la Presidencia de las Cortes, sobre el artículo 100.1 del Reglamento de la Cámara (senadores autonómicos), de 20 de noviembre de 2001. **En:** BOCCM. — Núm. 144, 20 noviembre 2001.

— Resolución de la Presidencia, de 11 de marzo de 2002, por la que se dictan normas sobre Procedimiento para la Elección de Defensor o Defen-

sora del Pueblo y Nombramiento de las Adjuntías. **En:** BOCCM. — Núm. 167, 11 marzo 2002.

— Resolución de la Presidencia, de 21 de marzo de 2002, sobre tramitación parlamentaria del Proyecto de modificación del Reglamento del Consejo Consultivo. **En:** BOCCM. — Núm. 174, 26 marzo 2002.

Castilla-La Mancha. Cortes (6.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 22 de marzo de 2004, sobre procedimiento de creación y funcionamiento de las Ponencias de Estudio. **En:** BOCCM. — Núm. 31, 22 marzo 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 7 de junio de 2004, sobre procedimiento de elección por las Cortes de Consejeros Generales de la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha. **En:** BOCCM. — Núm. 42, 8 junio 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 20 de septiembre de 2004, sobre procedimiento de elección por las Cortes de Consejeros Generales de la Caja de Ahorros Provincial de Guadalajara. **En:** BOCCM. — Núm. 48, 21 septiembre 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 20 de septiembre de 2004, sobre procedimiento para designar las organizaciones e instituciones a las que corresponde proponer tres Consejeros Generales en la Asamblea General de la Caja de Ahorros Provincial de Guadalajara. **En:** BOCCM. — Núm. 48, 21 septiembre 2004.

— Resolución de la Presidencia, de 2 de noviembre de 2004, por la que se dictan Normas sobre tramitación de las iniciativas de los Ayuntamientos para la inclusión de los Municipios en el régimen de los de gran población. **En:** BOCCM. — Núm. 53, 2 noviembre 2004.

3.8. Cortes de Castilla y León

3.8.1. Reglamento Parlamentario

Castilla y León. Cortes (2.ª Leg.)

— Reglamento de las Cortes de Castilla y León, 24 de febrero de 1990. **En:** BOCCL. — Núm. 132, 5 marzo 1990. **En:** BOCL. — Núm. 45, 5 marzo 1990.

Castilla y León. Cortes (4.ª Leg.)

— Reforma del Reglamento de las Cortes de Castilla y León, aprobada por el Pleno de 14 de febrero de 1997. **En:** BOCCL. — Núm. 122, 28 febrero 1997.

3.8.2. Resoluciones y Acuerdos

Castilla y León. Cortes (1.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León sobre designación de Ponencias, 20 de septiembre de 1984. **En:** BOCCL. — Núm. 36, 26 septiembre 1984.

— Resolución de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León sobre Tramitación de Preguntas con Respuesta Oral ante el Pleno, 20 de septiembre de 1984. **En:** BOCCL. — Núm. 36, 26 septiembre 1984.

— Resolución de la Presidencia, de 20 de septiembre de 1984, sobre normas relativas al procedimiento de designación de los miembros del Consejo Asesor de RTVE en Castilla y León, a los que se refiere el artículo 5.1 de su Ley reguladora. **En:** BOCCL. — Núm. 36, 26 septiembre 1984.

— Resolución de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León sobre normas que desarrollan el artículo 66.1 del Reglamento en lo relativo al cómputo de los Períodos Ordinarios de Sesiones, 9 de enero de 1985. **En:** BOCCL. — Núm. 51, 18 enero 1985.

Castilla y León. Cortes (2.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León sobre normas que desarrollan el artículo 118.3 del Reglamento, en lo relativo a las Enmiendas Transaccionales presentadas durante el Debate en Pleno de Textos Legislativos. **En:** BOCCL. — Núm. 80, 8 marzo 1989.

— Resolución de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León por la que se dictan normas que desarrollan el artículo 143.4 del Reglamento, relativas a la tramitación de las Informaciones de Actualidad de la Junta de Castilla y León ante el Pleno, 9 de marzo de 1990. **En:** BOCAL. — Núm. 134, 12 marzo 1990.

— Resolución de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León por la que se dictan normas que desarrollan el artículo 150 del Reglamento, relativas a la tramitación ante el Pleno de las Preguntas Orales consideradas de actualidad, 9 de marzo de 1990. **En:** BOCAL. — Núm. 134, 12 marzo 1990.

Castilla y León. Cortes (3.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia de las Cortes de Castilla y León, de 17 de marzo de 1992, por la que se dictan normas que desarrollan el artículo 155.2 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León, en lo relativo a la conversión de las Preguntas Escritas en Orales ante la Comisión competente. **En:** BOCAL. — Núm. 36, 1 abril 1992.

Castilla y León. Cortes (4.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 22 de noviembre de 1995, por la que se dictan Normas relativas al procedimiento de elección de los Consejeros Generales de las Cajas de Ahorro cuya designación corresponde efectuar a las Cortes de Castilla y León. **En:** BOCAL. — Núm. 20, 24 noviembre 1995.

— Acuerdo de la Mesa, de 22 de enero de 1996, sobre horario de presentación de escritos de Informaciones y Preguntas de actualidad, a que se refieren los artículos 143.4 y 150 del Reglamento. **En:** BOCAL. — Núm. 31, 5 febrero 1996.

— Resolución de la Presidencia, de 10 de abril de 1997, sobre normas supletorias reguladoras del Registro de Intereses de los Procuradores. **En:** BOCAL. — Núm. 134, 17 abril 1997.

— Resolución de la Presidencia, de 4 de febrero de 1999, por la que se dictan Normas relativas al Procedimiento de Designación de la terna que han de presentar las Cortes de Castilla y León para la composición del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de la Comunidad Autónoma. **En:** BOCAL. — Núm. 285, 5 febrero 1999.

Castilla y León. Cortes (5.^a Leg.)

— Acuerdo de la Presidencia, de 22 de septiembre, sobre el plazo de presentación de Enmiendas a las Mociones y Proposiciones no de Ley incluidas en el orden del día de una sesión plenaria. **En:** BOCAL. — Núm. 10, 1 octubre 1999.

Castilla y León. Cortes (6.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa por la que se fijan las Comisiones Permanentes de la Cámara en la VI Legislatura. **En:** BOCAL. — Núm. 6, 16 julio 2003.

— Acuerdo de la Mesa por el que se aprueba la propuesta de creación de una Comisión no Permanente sobre la Evolución de la Población de Castilla y León, presentada por los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista. **En:** BOCAL. — Núm. 14, 29 septiembre 2003.

— Resolución de la Presidencia, de 8 de octubre de 2003, por la que se dictan Normas relativas al procedimiento de designación de miembros del Consejo de Universidades de Castilla y León. **En:** BOCAL. — Núm. 17, 8 octubre 2003.

— Acuerdo de la Mesa por el que se aprueba la propuesta de creación de una Comisión no Permanente para las Políticas Integrales de la Discapacidad, presentada por los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista y Mixto. **En:** BOCAL. — Núm. 93, 23 septiembre 2003.

3.9. Parlamento de Cataluña

3.9.1. Reglamento Parlamentario

Cataluña. Parlamento (2.^a Leg.)

— Reglamento del Parlamento de Cataluña, aprobado por la Mesa el día 20 de octubre de 1987. Apéndice con los criterios interpretativos y normas supletorias de los artículos del Reglamento: Texto refundido. **En:** BOPC. — Núm. 223, 23 octubre 1987. **En:** DOGC. — Núm. 918, 23 noviembre 1987.

Cataluña. Parlamento (3.^a Leg.)

— Reforma del artículo 16.3 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, aprobada por el Pleno de 19 de diciembre de 1991. **En:** BOPC. — Núm. 333, 31 diciembre 1991. **En:** DOGC. — Núm. 1545, 22 enero 1992.

3.9.2. *Resoluciones y Acuerdos*

Cataluña. Parlamento (1.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 10 de septiembre de 1980, interpretativo de los artículos 44 y 46 del Reglamento (comisiones y mesas parlamentarias). **En:** BOPC. — Núm. 18, 4 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 23 de septiembre de 1980, interpretativo del artículo 128.2 del Reglamento [art. 133 del Texto Refundido] (preguntas parlamentarias). **En:** BOPC. — Núm. 18, 4 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 26 de septiembre de 1980, interpretativo del artículo 61.4 del Reglamento [art. 62.4 del Texto Refundido] (orden del Pleno y las Comisiones). **En:** BOPC. — Núm. 18, 4 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 2 de octubre de 1980, interpretativo del artículo 119 del Reglamento [art. 123 del Texto Refundido] (debate anual de orientación política general). **En:** BOPC. — Núm. 18, 4 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 9 de octubre de 1980, interpretativo del artículo 66.3 del Reglamento [art. 67.3 del Texto Refundido] (intervenciones en los Plenos). **En:** BOPC. — Núm. 18, 4 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 21 de octubre de 1980, interpretativo del artículo 129.2 del Reglamento [art. 134 del Texto Refundido] (tramitación de proposiciones no de ley). **En:** BOPC. — Núm. 18, 4 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 18 de noviembre de 1980, interpretativo del artículo 96 del Reglamento [art. 97 del Texto Refundido] (trabajos de las Comisiones). **En:** BOPC. — Núm. 18, 4 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 25 de noviembre de 1980, interpretativo del artículo 131.2 del Reglamento [art. 138 del Texto Refundido] (comparecencias de los Consejeros en las Comisiones). **En:** BOPC. — Núm. 18, 4 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 17 de febrero de 1981, interpretativo del artículo 63.4 del Reglamento [art. 64 del Texto Refundido] (debates parlamentarios y preguntas con respuesta oral). **En:** BOPC. — Núm. 20, 20 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 19 de febrero de 1981, interpretativo del artículo 125.2 del Reglamento [art. 130.2 del Texto Refundido] (presentación de enmiendas a las mociones subsiguientes a las interpelaciones). **En:** BOPC. — Núm. 21, 27 febrero 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 10 de marzo de 1981, interpretativo del artículo 26.4 y 5 del Reglamento, sobre calificación y admisión a trámite de enmiendas. **En:** BOPC. — Núm. 26, 28 marzo 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 19 de mayo de 1981, interpretativo del artículo 84 del Reglamento [art. 85 del Texto Refundido] (sobre ampliación de términos para la presentación de enmiendas). **En:** BOPC. — Núm. 33, 25 mayo 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 16 de junio de 1981, interpretativo de los artículos 123.5 y 128.3 del Reglamento [art. 133.4 del Texto Refundido] (sobre ordenación de interpelaciones y preguntas). **En:** BOPC. — Núm. 39, 6 julio 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 20 de octubre de 1981, interpretativo del artículo 61.4 del Reglamento [art. 62 del Texto Refundido] (orden del día de los Plenos). **En:** BOPC. — Núm. 48, 26 octubre 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 27 de octubre de 1981, interpretativo del artículo 80 del Reglamento [art. 81 del Texto Refundido] (votaciones parlamentarias). **En:** BOPC. — Núm. 49, 2 noviembre 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 17 de noviembre de 1981, interpretativo de los artículos 123.5 y 128.3 del Reglamento [art. 133.4 del Texto Refundido] (sobre registro de preguntas e interpelaciones). **En:** BOPC. — Núm. 55, 26 noviembre 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 1 de diciembre 1981, interpretativo del artículo 110.1 del Reglamento [art. 112 del Texto Refundido] (enmiendas al proyecto de ley de presupuestos). **En:** BOPC. — Núm. 58, 7 diciembre 1981.

— Acuerdo de la Mesa, de 27 de enero de 1982, interpretativo del artículo 27 del Reglamento (representación de la Cámara). **En:** BOPC. — Núm. 64, 1 febrero 1982.

— Acuerdo de la Mesa, de 13 de abril de 1982, interpretativo del artículo 123.2 del Reglamento [art. 128 del Texto Refundido] (interpelaciones y preguntas). **En:** BOPC. — Núm. 77, 19 abril 1982.

— Acuerdo de la Mesa, de 20 de abril de 1982, interpretativo del artículo 116 del Reglamento [art. 118 del Texto Refundido] (tramitación de proyecto de ley en lectura única). **En:** BOPC. — Núm. 78, 26 abril 1982.

— Acuerdo de la Mesa, de 22 de junio de 1982, interpretativo del artículo 123.5 del Reglamento [art. 128.5 del Texto Refundido] (sobre interpelaciones). **En:** BOPC. — Núm. 90, 29 junio 1982.

— Acuerdo de la Mesa, de 22 de julio de 1982, interpretativo del artículo 55 del Reglamento [art. 56 del Texto Refundido] (convocatoria de plenos extraordinarios). **En:** BOPC. — Núm. 95, 1 septiembre 1982.

— Acuerdo de la Mesa, de 13 de octubre de 1982, interpretativo del artículo 58.2 del Reglamento [art. 59 del Texto Refundido] (asistencia de medios de comunicación a las Comisiones de investigación). **En:** BOPC. — Núm. 100, 18 octubre 1982.

— Acuerdo de la Mesa, de 23 y 27 de septiembre de 1982, por el que se establecen criterios supletorios del Reglamento para la tramitación y el debate de la moción de censura [título II del capítulo III]. **En:** BOPC. — Núm. 98, 30 septiembre 1982.

— Acuerdo de Mesa, de 17 de mayo de 1983, por el que se aprueba la norma interpretativa y complementaria del artículo 13.2 y 3 del Reglamento (solicitudes de información por parte de los Diputados a organismos públicos). **En:** BOPC. — Núm. 137, 24 mayo 1983.

— Acuerdo de la Mesa, de 1 de junio de 1983, interpretativo del artículo 111.2 del Reglamento [art. 113 del Texto Refundido] (enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de Presupuestos). **En:** BOPC. — Núm. 141, 8 junio 1983.

— Acuerdo de la Mesa, de 1 de julio de 1983, interpretativo de los artículos 120.2 y 123.2 del Reglamento [art. 128.2 del Texto Refundido] (sobre interpelaciones). **En:** BOPC. — Núm. 140, 6 junio 1983.

— Acuerdo de la Mesa, de 7 de diciembre de 1983, por el que se aprueba la norma interpretativa y supletoria del artículo 63.1 del Reglamento [art. 64 del Texto Refundido] (decaimiento de propuestas no defendidas). **En:** BOPC. — Núm. 169, 15 diciembre 1983.

Cataluña. Parlamento (2.^a Leg.)

— Norma supletoria de l'article 26.2 del Reglament (reconsideració d'acords de la Mesa), 4 de julio de 1984. **En:** BOPC. — Núm. 7, 16 julio 1984.

— Norma interpretativa de l'article 83.2 del Reglament del Parlament (terminis reglamentaris, art. 84.2 del text refós), 27 de julio de 1984. **En:** BOPC. — Núm. 8, 31 julio 1984.

— Norma interpretativa de l'article 130.1 del Reglament del Parlament (debat de les Proposicions no de Llei, art. 135.1 del text refós), que sustituye a la aprobada el 17 de febrer de 1981, 7 de noviembre de 1984. **En:** BOPC. — Núm. 23, 12 noviembre 1984.

— Norma supletoria dels articles 92.1 i 104 del Reglament del Parlament (admissió a tràmit dels Projectes de Llei i les Proposicions no de Llei, arts. 93.1 i 106 del text refós), 29 de noviembre de 1984. **En:** BOPC. — Núm. 28, 29 noviembre 1984.

— Norma interpretativa de l'article 37.1 del Reglament del Parlament (substitució del President d'una Comissió), 26 de febrero de 1985. **En:** BOPC. — Núm. 48, 4 marzo 1985.

— Norma supletoria de l'article 12.3 del Reglament del Parlament (situació dels Diputats funcionaris), 18 de marzo de 1985. **En:** BOPC. — Núm. 52, 26 marzo 1985.

— Norma interpretativa de l'article 125.2 del Reglament del Parlament (congruència de la moció amb la interpelació substanciada, art. 130.2 del text refós), 9 de abril de 1985. **En:** BOPC. — Núm. 55, 15 abril 1985.

— Norma supletoria sobre la tramitació parlamentaria del Projecte de Normes Bàsiques del Síndic de Greuges, 1 de octubre de 1985. **En:** BOPC. — Núm. 89, 7 octubre 1985.

— Norma interpretativa de l'article 129 del Reglament del Parlament (esmenes a les Proposicions no de llei, art. 134 del text refós), 11 de marzo de 1986. **En:** BOPC. — Núm. 119, 17 marzo 1986.

Modificació de la Norma Supletoria dels articles 110 i 111 del Reglament del Parlament (art. 112 del text refós), 6 de mayo de 1986. **En:** BOPC. — Núm. 130, 12 mayo 1986.

— Norma supletoria del Reglament sobre els terminis per a les actuacions parlamentaries desl òrgans del Parlament, 16 de julio de 1986. **En:** BOPC. — Núm. 21 julio 1986.

Criteri interpretatiu de l'article 128.8 del Reglament (art. 139.9 del text refós (preguntes incloses a l'ordre del dia), 13 de enero de 1987. **En:** BOPC. — Núm. 174, 22 enero 1987.

Criteri interpretatiu del l'article 13.2 del Reglament (dret a la informació dels Diputats), 23 de enero de 1987. **En:** BOPC. — Núm. 175, 26 enero 1987.

Criteri interpretatiu de l'article 113.4 del Reglament del Parlament (esmenes a la totalitat en el Projecte de Llei de Pressupostos), 4 de diciembre de 1987. **En:** BOPC. — Núm. 235, 15 diciembre 1987.

Cataluña. Parlamento (3.^a Leg.)

— Norma supletòria de l'article 56 del Reglament del Parlament en relació am el que disposa l'article 10.2 de la Llei de creació del Consell Consultiu de la Generalitat, 5 de julio de 1988. **En:** BOPC. — Núm. 6, 11 julio 1988.

— Norma supletòria dels articles 141 i 142 del Reglament del Parlament. **En:** BOPC. — Núm. 28, 20 diciembre 1988.

— Norma supletòria de l'article 35 del Reglament (cessament dels membres de la Mesa), 28 de noviembre de 1989. **En:** BOPC. — Núm. 115, 4 diciembre 1989.

Criteriu interpretatiu de l'article 112.3 del Reglament (esmenes als pressupostos), 2 de octubre de 1990. **En:** BOPC. — Núm. 201, 8 octubre 1990.

Criteri interpretatiu de l'article 97.1 i 2 del Reglament (informe de Ponència), 13 de diciembre de 1990. **En:** BOPC. — Núm. 226, 15 diciembre 1990.

Cataluña. Parlamento (4.^a Leg.)

Acord interpretatiu de la Mesa, de 3 de novembre de 1992, sobre l'article 63 del Reglament del Parlament (debates). **En:** BOPC. — Núm. 55, 23 noviembre 1992.

Acord interpretatiu i norma supletòria de la Mesa, de 17 de novembre de 1992, sobre Tramitació de Memòria que la Sindicatura de Comptes trameta anualment al Parlament. **En:** BOPC. — Núm. 55, 23 noviembre 1992.

Acord interpretatiu de la Mesa, de 1 de desembre de 1992, de l'article 130.2 del Reglament del Parlament (presentación de enmiendas). **En:** BOPC. — Núm. 60, 7 diciembre 1992.

— Norma supletòria de l'article 136 del Reglament del Parlament (Programes... del Govern). **En:** BOPC. — Núm. 92, 15 marzo 1993.

— Norma supletòria de l'article 35 del Reglament del Parlament (cobertura de vacantes en la Mesa), 8 de junio de 1993. **En:** BOPC. — Núm. 120, 14 junio 1993.

— Norma supletòria dels articles 145 i 146 del Reglament sobre la fiscalització dels comptes dels ens locals. **En:** BOPC. — Núm. 136, 13 septiembre 1993.

Criteri interpretatiu de l'article 131.2 del Reglament del Parlament, de 8 de julio de 1994. **En:** BOPC. — Núm. 251, 14 julio 1994.

— Norma supletòria de l'article 112.3 del Reglament del Parlament (enmiendas al Proyecto de Ley de Presupuestos), 4 de octubre de 1994. **En:** BOPC. — Núm. 264, 10 octubre 1994.

Criteri interpretatiu de l'article 37 i norma supletòria dels articles 48 i 49 del Reglament del Parlament (Comisiones), 13 diciembre 1994. **En:** BOPC. — Núm. 287, 19 diciembre 1994.

Criteri interpretatiu de l'article 13.3 i norma supletòria de l'article 13 del Reglament del Parlament (solicitudes de información por los Diputados), 16 de diciembre de 1994. **En:** BOPC. — Núm. 289, 22 diciembre 1994.

Cataluña. Parlamento (5.ª Leg.)

— Norma supletòria del Reglament sobre el sistema de Votació Electrònica. **En:** BOPC. — Núm. 91, 16 septiembre 1996.

Criteri interpretatiu per a concordar el que estableixen els articles 50, 62.2, i 125.2 del Reglament (Junta de portavoces). **En:** BOPC. — Núm. 345, 23 noviembre 1998.

— Norma supletòria de l'article 135 del Reglament, de 6 de abril de 1999. **En:** BOPC. — Núm. 388, 12 abril 1999.

Cataluña. Parlamento (6.ª Leg.)

— Norma supletoria del artículo 81.1. primero del Reglamento, de 30 de noviembre de 1999. **En:** BOPC. — Núm. 3, 9 diciembre 1999.

Acord de la Mesa, de 22 de desembre de [2003], per le qual se suspèn l'aplicació dels articles 39.2 (plazos en la tramitación en comisiones) i 128.6 (plazo para las interpelaciones) del Reglament del Parlament. **En:** BOPC. — Núm. 3, 29 diciembre 2003.

Cataluña. Parlamento (7.ª Leg.)

— Norma per al debat i la votació del projecte de llei de pressupostos de la Generalitat de Catalunya per el 2005, 9 novembre 2004. **En:** BOPC. — Núm. 110, 10 noviembre 2004.

— Norma integradora del Reglament per a regular la presentació d'interpel·lacions en el quart període de sessions (febrer-juny 2005), aprovació per la Mesa en sessions de 18 de gener de 2005 i 1 de febrer de 2005. **En:** BOPC. — Núm. 143, 7 febrero 2005.

— Norma integradora del Reglament per a regular la presentació de preguntes a respondre en sessió plenària en el quart període de sessions (febrer-juny 2005); aprovació: Mesa del Parlament, 15 de marzo de 2005. **En:** BOPC. — Núm. 164, 21 marzo 2005.

3.10. Asamblea de Extremadura

3.10.1. Reglamento Parlamentario

Extremadura. Asamblea (1.ª Leg.)

— Reglamento de la Asamblea de Extremadura, aprobado por el Pleno de 6 y 7 de septiembre de 1983. **En:** BOAE. — Núm. 7, 14 septiembre 1983. **En:** DOE. — Núm. 15, 17 octubre 1983.

Extremadura. Asamblea (4.ª Leg.)

— Reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura (art. 26.2: composición de la Mesa). Aprobada por el Pleno de 14 de marzo de 1996. **En:** BOAE. — Núm. 42, 22 marzo 1996.

— Reforma de determinados preceptos del Reglamento de la Asamblea de Extremadura (arts. 1, 2, 3, 4 y disp. adicional), aprobada el 26 de septiembre de 1996, con texto armonizado de 10 de octubre de 1996. **En:** DOE. — Núm. 127, 2 noviembre 1996. **En:** BOAE. — Núm. 69, 17 octubre 1996.

— Reforma del los artículos 111.1.º y 121 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, de 29 de mayo de 1997. **En:** BOAE. — Núm. 115, 9 junio 1997. **En:** DOE. — Núm. 95, 14 agosto 1997.

— Reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura (Grupo mixto, debate de orientación política), de 29 de marzo de 1999. **En:** BOAE. — Núm. 224, 19 abril 1999. **En:** DOE. — Núm. 59, 22 mayo 1999.

Extremadura. Asamblea (5.ª Leg.)

— Reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, de 11 de noviembre de 1999. **En:** DOE. — Núm. 145, 11 diciembre 1999. **En:** BOAE. — Núm. 15, 18 noviembre 1999.

Extremadura. Asamblea (6.ª Leg.)

— Ley de 6/2003, de 11 de septiembre, de Reforma del artículo 44.1 Reglamento de la Asamblea de Extremadura. **En:** DOE. — Núm. 109, 16 septiembre 2003.

— Reforma del Reglamento de la Cámara, por la que se modifica el artículo 44.2 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, aprobada por el Pleno de 25 de noviembre de 2004. **En:** BOAE. — Núm. 172, 1 diciembre 2004. **En:** DOE. — Núm. 144, 11 diciembre 2004. **En:** BOE. — Núm. 315, 31 diciembre 2004.

— Reforma del Reglamento de la Cámara, por la que se modifica el artículo 44.1 [en sus puntos 7.º y 8.º, y se crea un nuevo punto 12.º] del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, aprobada por el Pleno de 10 de febrero de 2005. **En:** DOE. — Núm. 21, 22 febrero 2005. **En:** BOE. — Núm. 51, 1 marzo 2005.

3.10.2. *Resoluciones y Acuerdos*

Extremadura. Asamblea (3.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 27 de junio de 1991, por la que se dispone la derogación de las Resoluciones interpretativas y supletorias del Reglamento de la Asamblea dictadas por la Presidencia de la Cámara en las Legislaturas anteriores. **En:** BOAE. — Núm. 1, 18 julio 1991.

Extremadura. Asamblea (4.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 13 de septiembre de 1996, sobre ordenación de las Comisiones de la Cámara y tramitación de comparecencia ante las mismas. **En:** BOAE. — Núm. 63, 18 septiembre 1996.

Extremadura. Asamblea (5.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 9 de julio de 1999, haciendo públicas las propuestas de designación de candidatos a Senadores representantes de la Comunidad Autónoma formulados por los Grupos Parlamentarios. **En:** BOAE. — Núm. 1, 13 julio 1999.

— Resolución del Presidente, de 19 de abril de 2001, sobre el procedimiento de elección del Consejo de Administración de la Empresa Pública «Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales». **En:** BOAE. — Núm. 139, 24 abril 2001.

— Resolución del Presidente sobre el procedimiento de elección de una terna para la designación de un Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 19 de abril de 2001. **En:** BOAE. — Núm. 139, 24 abril 2001.

— Resolución del Presidente sobre el procedimiento de designación de Consejeros del Consejo Consultivo de Extremadura, de 5 de abril de 2002. **En:** BOAE. — Núm. 253, 5 abril 2002.

Extremadura. Asamblea (6.^a Leg.)

— Resolución del Presidente, de 2 de octubre de 2003, por la que se modifica la Resolución de 13 de septiembre de 1996, sobre ordenación de las Comisiones de la Cámara y tramitación de comparecencias de las mismas. **En:** BOAE. — Núm. 19, 8 octubre 2003.

— Resolución del Presidente por la que se deroga la Resolución de 19 de septiembre de 1991 «por la que se articula la iniciativa del Presidente de la Junta de Extremadura para su comparecencia mensual ante la Cámara, a efectos de informar sobre temas de la realidad extremeña» modificada por Resoluciones de fecha 16 de febrero de 1996 y 14 de noviembre de 1997. **En:** BOAE. — Núm. 28, 21 octubre 2003.

— Resolución del Presidente, de 28 de octubre de 2004, sobre la tramitación de las solicitudes de Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma para la aplicación a los mismos del régimen de organización de municipios de gran población. **En:** BOAE. — Núm. 156, 3 noviembre 2004.

3.11. Parlamento de Galicia**3.11.1. Reglamento Parlamentario****Galicia. Parlamento (1.^a Leg.)**

— Reglamento del Parlamento de Galicia, aprobado por el Pleno de 14 de julio de 1983. **En:** BOPG. — Núm. 150, 1 septiembre 1983. **En:** DOG. — Núm. 4, 7 enero 1984.

Galicia. Parlamento (3.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Galicia (arts. 15, 16.2.º, 21.4.ª, 40.2.º, 44.1.º 3, 47.1.º, 50, 51, 75.5.º, 78.2.º, 114.2.º, 120 y 130.1.º), apro-

bada por el Pleno de 22 de julio de 1993. **En:** BOPG. — Núm. 435, 29 julio 1993. **En:** DOG. — Núm. 182, 21 septiembre 1993.

Galicia. Parlamento (4.ª Leg.)

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Galicia (arts. 52.2, 69.2.ª y 70: comisiones de investigación), de 4 de octubre de 1994. **En:** BOPG. — Núm. 131, 7 octubre 1994. **En:** DOG. — Núm. 3, 4 enero 1995.

3.11.2. *Resoluciones y Acuerdos*

Galicia. Parlamento (2.ª Leg.)

— Resolución de la Mesa, de 17 de abril de 1984, sobre el artículo 150.1 del Reglamento relativo al plazo de sustanciación de las interpelaciones. **En:** No publicada.

— Acuerdo de la Mesa y la Junta de Portavoces, de 22 de noviembre de 1984, y de la Diputación Permanente de 22 de enero de 1985, sobre los criterios para ordenar la elección de los miembros del Consejo de Administración de la Compañía de Radio-Televisión de Galicia. **En:** BOPG. — Núm. 370, 23 enero 1985.

— Resolución de la Mesa sobre artículos 44.1 y 143.1 del Reglamento del Parlamento relativa a la delegación en las Mesas de las Comisiones de las facultades de éstas para pedir información a las instituciones autonómicas, 11 de abril de 1986. **En:** BOPG. — Núm. 20, 24 abril 1986.

— Acuerdo interpretativo del artículo 161 del Reglamento (enmiendas presentadas a las Propositiones no de Ley), 20 de junio de 1986. **En:** BOPG. — Núm. 40, 11 julio 1986.

— Normas de Funcionamiento de la Comisión de Control de RTVG y sus Sociedades, 4 de septiembre de 1986. **En:** BOPG. — Núm. 43, 8 septiembre 1986.

Criterios para la Elección del Consejo de Cuentas, 6 de mayo de 1987. **En:** BOPG. — Núm. 139, 11 mayo 1987.

— Acuerdo de la Mesa sobre plazo para la inclusión de asuntos en el orden del día del Pleno y de las Comisiones, 16 y 20 de septiembre de 1988. **En:** BOPG. — Núm. 300, 5 octubre 1988.

— Acuerdo interpretativo del artículo 73.1 del Reglamento (alteración del orden del día de las sesiones plenarias), 39 de agosto de 1989. **En:** BOPG. — Núm. 411, 4 septiembre 1989.

Galicia. Parlamento (3.ª Leg.)

— Acuerdo de la Mesa sobre normas reguladoras de las relaciones entre el Parlamento y el Valedor do Pobo. **En:** BOPG. — Núm. 151, 1 junio 1991.

— Normas sobre la tramitación del proyecto de régimen interior del Consejo de Cuentas, aprobado por la Mesa del Parlamento el 31 de enero de 1992. **En:** BOPG. — Núm. 243, 28 febrero 1992.

— Acuerdo interpretativo del artículo 115 del Reglamento del Parlamento de Galicia (facultades de los presidentes de las Mesas de las Comisiones en la convocatoria e impulso del trabajo de las ponencias). **En:** BOPG. — Núm. 310, 12 septiembre 1992.

— Acuerdo de la Mesa, de 25 de marzo de 1993, por el que se aprueban las normas reguladoras de las relaciones entre el Consello de Contas y el Parlamento de Galicia. **En:** BOPG. — Núm. 400, 30 abril 1993.

Galicia. Parlamento (4.ª Leg.)

— Normas reguladoras del registro de intereses de la Cámara y modelos de declaración de actividades y bienes, tanto iniciales como modificativos o complementarios. **En:** BOPG. — Núm. 101, 4 agosto 1994.

— Normas para la tramitación del proyecto de Reglamento de organización y funcionamiento de la oficina del Valedor do Pobo. **En:** BOPG. — Núm. 389, 12 enero 1996.

— Normas complementarias del acuerdo de la Mesa del Parlamento de 5 de mayo de 1987 para ordenar la elección de dos vacantes en el Consello de Contas de Galicia. **En:** BOPG. — Núm. 626, 4 abril 1997.

Galicia. Parlamento (5.ª Leg.)

— Normas para la elección de vocales del Consello de Bibliotecas. **En:** BOPG. — Núm. 49, 12 marzo 1998.

— Normas para la elección de cuatro vocales del Consello Rector del Instituto Galego de Artes Escénicas e Musicais. **En:** BOPG. — Núm. 49, 12 marzo 1998.

— Normas supletorias del artículo 155.5 del Reglamento para la tramitación de las preguntas calificadas de urgentes, de 3 de septiembre de 1998. **En:** BOPG. — Núm. 75, 21 abril 1998.

— Normas de Funcionamiento da Comisión Especial No Permanente para o Estudio da Situación e das Propostas de Mellora en Materia de Seguridade Vial. **En:** BOPG. — Núm. 552, 28 junio 2000.

— Normas de Funcionamiento da Comisión Especial No Permanente para o Estudio da Situación e das Propostas de Mellora en Materia de Seguridade Vial. **En:** BOPG. — Núm. 552, 28 junio 2000.

— Normas de Funcionamiento da Comisión Non Permanente de Estudio da Investigación sobre actuaciónes de Bemposta y de distintas instituciones. **En:** BOPG. — Núm. 578, 15 septiembre 2000.

— Normas de tramitación del Plan de Revitalización demográfica de Galicia. **En:** BOPG. — Núm. 746, 23 abril 2001.

Galicia. Parlamento (6.ª Leg.)

— Normas de Supletorias del artículo 155 del Reglamento del Parlamento de Galicia para la tramitación de las Preguntas Parlamentarias dirigidas al Presidente de la Xunta de Galicia, aprobadas por la Mesa y la Junta de Portavoces el 29 de enero de 2002. **En:** BOPG. — Núm. 43, 4 febrero 2002.

— Modificación del Acuerdo interpretativo, de 20 de junio de 1986, sobre el artículo 161 del Reglamento del Parlamento de Galicia, respecto del plazo de inclusión en el orden del día del Pleno o de las Comisiones de las Propositiones no de ley. **En:** BOPG. — Núm. 86, 4 abril 2002.

Criterios de ordenación de la elección de los seis miembros representantes de los intereses sociales en los Consellos Sociais del sistema universitario de Galicia designados por el Parlamento de Galicia. **En:** BOPG. — Núm. 377, 23 junio 2003.

— Normas para la elección de cinco miembros del Consello Galego de Universidades por la Comisión de Educación y Cultura del Parlamento. **En:** BOPG. — Núm. 377, 23 junio 2003.

— Normas de funcionamiento da Comisión Especial non Permanente para Realizar o Seguimento e Avaliación do Desenvolvemento do Plan Galicia e do Plan de Dinamización Económica de Galicia. **En:** BOPG. — Núm. 590, 18 junio 2004.

3.12. Asamblea de Madrid

3.12.1. *Reglamento Parlamentario*

Madrid (Com. Aut.). Asamblea (4.^a Leg.)

— Reglamento de la Asamblea de Madrid, aprobado por el Pleno de 30 de enero de 1997. **En:** BOAM. — Núm. 82, 31 enero 1997. **En:** BOCM. — Núm. 36, 12 febrero 1997.

3.12.2. *Resoluciones y Acuerdos*

Madrid (Com. Aut.). Asamblea (3.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 10 de septiembre de 1991, sobre Delegación al Excmo. Sr. Presidente de la Cámara, a efectos de Traslado y Contestación de las Contestaciones por escrito, datos e Informes o Documentación recabada de la Administración Pública a los interesados. **En:** BOAM. — Núm. 4, 12 septiembre 1991.

Madrid (Com. Aut.). Asamblea (4.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 25 de abril de 1997, sobre el Registro de Intereses y los Modelos de Declaración de Actividades y Modelo de Declaración Complementaria de Declaración de Actividades, previsto en el artículo 28.1 del Reglamento de la Cámara. **En:** BOAM. — Núm. 104, 8 mayo 1997.

— Resolución de la Presidencia, de 25 de junio de 1997, de Desarrollo del artículo 49.1.e) del Reglamento de Asamblea de Madrid, sobre Tramitación de los Escritos de Petición presentados en la Asamblea. **En:** BOAM. — Núm. 117, 3 julio 1997.

— Resolución de la Presidencia, de 18 de febrero de 1998, reguladora del Registro General y Registros Interiores de la Secretaría General. **En:** BOAM. — Núm. 151, 19 febrero 1998.

Madrid (Com. Aut.). Asamblea (5.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 28 de enero de 1999, por la que se modifica la Resolución de la Presidencia, de 18 de febrero de 1998, reguladora del Registro General y Registros Interiores de la Secretaría General. **En:** BOAM. — Núm. 201, 11 febrero 1999.

— Resolución de la Presidencia, de 22 de enero de 2001, por la que se aprueba el inicio de los efectos de indemnización por función. **En:** BOAM. — Núm. 80, 25 enero 2001.

— Resolución de la Presidencia, de 2 de marzo de 2001, sobre el Impulso del Ejercicio de la Función Fiscalizadora de la Cámara de Cuentas. **En:** BOAM. — Núm. 86, 8 marzo 2001.

— Resolución de la Presidencia, de 4 de junio de 2001, supletoria del Reglamento, sobre el Procedimiento de Acceso a las Declaraciones de Bienes y Derechos de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 14/1995, de 21 de abril. **En:** BOAM. — Núm. 98, 7 junio 2001.

— Resolución de la Presidencia, de 14 de febrero de 2002, por la que se modifica la Resolución de la Presidencia de 18 de febrero de 1998, reguladora del Registro General y Registros Interiores de la Secretaría General. **En:** BOAM. — Núm. 143, 22 febrero 2002.

— Resolución de la Presidencia, de 25 de febrero de 2002, supletoria del Reglamento, sobre los informes y memorias relativos a los resultados de la función fiscalizadora de la Cámara de Cuentas. **En:** BOAM. — Núm. 146, 14 marzo 2002.

— Acuerdo de la Mesa, de 15 de marzo de 2002, sobre calendario y horario de funcionamiento del Registro General de la Asamblea de Madrid. **En:** BOAM. — Núm. 147, 22 marzo 2002.

— Acuerdo de la Mesa, de 13 de enero de 2003, sobre Disposición Reguladora de los ficheros automatizados de datos de carácter personal nuevos en la Asamblea de Madrid. **En:** BOAM. — Núm. 196, 16 enero 2003.

Madrid (Com. Aut.). Asamblea (6.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 17 de junio de 2003, sobre Modelo de Declaración de Actividades de los Ilmos. Sres. Diputados. **En:** BOAM. — Núm. 1, 26 junio 2003.

Madrid (Com. Aut.). Asamblea (7.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 26 de noviembre de 2003, sobre composición de las Comisiones permanentes de la Asamblea de Madrid. **En:** BOAM. — Núm. 4, 27 noviembre 2003.

— Acuerdo de la Mesa, de 9 de diciembre de 2003, sobre criterios generales de ordenación temporal para la celebración de sesiones ordinarias del Ple-

no y de Comisiones permanentes de la Cámara. **En:** BOAM. — Núm. 7, 11 diciembre 2003.

— Acuerdo del Pleno, de 11 de diciembre de 2003, sobre designación de Senadores en representación de la Comunidad de Madrid. **En:** BOAM. — Núm. 8, 18 diciembre 2003.

— Acuerdo de la Mesa, de 19 de enero de 2004, sobre «Programación de las líneas generales de actuación de la Asamblea». **En:** BOAM. — Núm. 11, 22 enero 2004.

— Acuerdo del Pleno, de 12 de febrero de 2004, por el que se aprueba la creación de la Comisión de Estudio sobre Inmigración en la Comunidad de Madrid. **En:** BOAM. — Núm. 17, 19 febrero 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 23 de febrero de 2004, sobre fijación de calendario de sesiones ordinarias de la Comisión de Estudio sobre la Inmigración en la Comunidad de Madrid. **En:** BOAM. — Núm. 18, 26 febrero 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 1 de marzo de 2004, sobre aplicación efectiva y modificación de las normas sobre acceso y circulación de personas y vehículos en la sede de la Asamblea de Madrid. **En:** BOAM. — Núm. 19, 2 marzo 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 31 de mayo de 2004, por el que se aprueba la constitución en el seno de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado, de una Ponencia con objeto de analizar los vínculos jurídicos entre los Diputados y los Grupos Parlamentarios, y las reglas básicas sobre su composición, organización y funcionamiento, así como plazo de finalización de los trabajos. **En:** BOAM. — Núm. 39, 3 junio 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 31 de mayo 2004, por el que se acuerda modificar el punto primero de su anterior Acuerdo de 19 de enero de 2004, sobre «Programación de las líneas generales de actuación de la Asamblea». **En:** BOAM. — Núm. 39, 3 junio 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 31 de mayo 2004, por el que se aprueban las reglas básicas de composición, organización y funcionamiento, así como plazo de finalización de los trabajos de la Comisión de Estudio para la Reducción de la Lista de Espera Diagnóstica. **En:** BOAM. — Núm. 39, 3 junio 2004.

— Resolución de la Presidencia, de 8 de junio de 2004, sobre inclusión en el ámbito de aplicación previsto en el Título X (Régimen de organización de los municipios de gran población) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. **En:** BOAM. — Núm. 40, 10 junio 2004.

— Acuerdo del Pleno, de 10 de junio de 2004, por el que se aprueba la creación de la Comisión de Estudio para la reducción de la lista de espera diagnóstica, y las reglas básicas sobre su composición, organización y funcionamiento, así como plazo de finalización de los trabajos de la Comisión. **En:** BOAM. — Núm. 42, 17 junio 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 14 de junio de 2004, por el que se aprueban las normas de funcionamiento, organización y composición de la Comisión de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento. **En:** BOAM. — Núm. 42, 17 junio 2004.

— Acuerdo del Pleno, de 17 de junio de 2004, por el que se crea la Comisión de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y el Conocimiento. **En:** BOAM. — Núm. 43, 24 junio 2004.

— Acuerdo del Pleno, de 4 de noviembre de 2004, por el que se aprueba la inclusión del municipio de Alcalá de Henares en el ámbito de aplicación del Régimen de Organización de los Municipios de Gran Población. **En:** BOCM. — Núm. 306, 24 diciembre 2004.

— Acuerdo del Pleno, de 4 de noviembre de 2004, por el que se aprueba la inclusión del municipio de Móstoles en el ámbito de aplicación del Régimen de Organización de los Municipios de Gran Población. **En:** BOCM. — Núm. 306, 24 diciembre 2004.

— Acuerdo de la Mesa de la Diputación Permanente de la Asamblea, sobre constitución de las Comisiones Permanentes de la Asamblea y la Distribución de Competencias entre las mismas. **En:** BOAM. — Núm. 75, 20 enero 2005. **En:** BOAM. — Núm. 76, 27 enero 2005 (Corr. de errores).

3.13. Asamblea Regional de Murcia

3.13.1. *Reglamento Parlamentario*

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (2.^a Leg.)

— Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia, aprobado por el Pleno de 14 de abril de 1988. **En:** BOARM. — Núm. 44, 19 abril 1988. **En:** BOM. — Núm. 196, 26 agosto 1988.

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (3.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia (incompatibilidades y declaración de actividades de los Diputados), aprobada por el Pleno de 15 de julio de 1994. **En:** BOARM. — Núm. 180, 25 julio 1994. **En:** BOM. — Núm. 187, 16 agosto 1994.

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (4.^a Leg.)

— Reforma parcial del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia, por la que se crea la Oficina Técnica de Seguimiento y Control Presupuestario de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de 27 de junio de 1996. **En:** BOARM. — Núm. 54, 29 julio 1996.

— Reforma del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia, de 15 de abril de 1999. **En:** BOM. — Núm. 101, 5 mayo 1999. **En:** BOARM. — Núm. 226, 23 abril 1999.

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (5.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia, de 3 de noviembre de 1999. **En:** BOM. — 268, 19 noviembre 1999. **En:** BOARM. — Núm. 13, 10 noviembre 1999.

— Reforma total del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia, de 13 de junio de 2002. **En:** BOARM. — Núm. 127, 13 junio 2002. **En:** BOM. — Núm. 155, 6 julio 2002.

3.13.2. *Resoluciones y Acuerdos*

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (4.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia, integradora del Reglamento, sobre el artículo 53 bis, relativo a la Oficina Técnica de Seguimiento y Control Presupuestario, de 21 de abril de 1998. **En:** BOARM. — Núm. 160, 24 abril 1998.

Murcia (Com. Aut.). Asamblea Regional (5.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 19 de mayo de 2003, interpretativa del artículo 74.2 del Reglamento de la Cámara, relativa a la composición de la Diputación Permanente. **En:** BOARM. — Núm. 162, 23 mayo 2003.

3.14. **Parlamento de Navarra**

3.14.1. *Reglamento Parlamentario*

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (3.ª Leg.)

— Reglamento del Parlamento de Navarra, aprobado por el Pleno de 2 de febrero de 1995. **En:** BOPN. — Núm. 10, 11 febrero 1995. **En:** BON. — Núm. 23, 20 febrero 1995.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (5.ª Leg.)

— Reforma de los artículos 54 y 75 (comisiones parlamentarias) del Reglamento del Parlamento de Navarra, aprobada por el Pleno de 13 de junio de 2000. **En:** BOPN. — Núm. 54, 23 junio 2000. **En:** BON. — Núm. 114, 20 septiembre 2000.

— Reforma del Título XIII, Capítulo I, del Reglamento (debates parlamentarios) del Parlamento de Navarra, aprobada por el Pleno de 13 de junio de 2000. **En:** BOPN. — Núm. 54, 23 junio 2000. **En:** BON. — 114, 20 septiembre 2000.

— Reforma de los artículos 171 y 98.2 del Reglamento del Parlamento de Navarra [votación e investidura], aprobada por Acuerdo del Pleno de 13 de marzo de 2003. **En:** BOPN. — Núm. 37, 28 marzo 2003. **En:** BON. — Núm. 44, 9 abril 2003.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (6.ª Leg.)

— Reforma del artículo 58.1 del Reglamento del Parlamento de Navarra (comisiones ordinarias), aprobada por Acuerdo del Pleno de 27 de noviembre de 2003. **En:** BON. — Núm. 9, 21 enero 2004.

3.14.2. *Resoluciones y Acuerdos*

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (1.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa sobre las actas de las sesiones que celebren los Órganos de la Cámara (desarrolla el art. 102 del Reglamento del Parlamento), 27 de junio de 1985. **En:** BOPN. — Núm. 26, 10 septiembre 1985.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (2.^a Leg.)

— Normas de desarrollo del artículo 14 del Reglamento de la Cámara (asignaciones económicas de los parlamentarios), 15 de mayo de 1989. **En:** BOPN. — Núm. 40, 19 mayo 1989.

— Normas de desarrollo del artículo 34.2 del Reglamento del Parlamento (asignaciones económicas a los grupos parlamentarios), 15 de mayo de 1989. **En:** BOPN. — Núm. 40, 19 mayo 1989.

— Acuerdo de la Mesa, de 2 de abril de 1990, por el que se aprueba el Estatuto del Presidente. **En:** BOPN. — Núm. 21, 5 abril 1990.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (3.^a Leg.)

— Resolución del Presidente, de 29 de julio de 1991, sobre Grupos Parlamentarios. **En:** BOPN. — Núm. 4, 5 agosto 1991.

— Acuerdo de la Mesa, de 16 de diciembre de 1991, por el que se modifica el artículo 1 de las normas de desarrollo del artículo 14 del Reglamento del Parlamento (asignaciones económicas de los parlamentarios forales). **En:** BOPN. — Núm. 20, 23 diciembre 1991.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (4.^a Leg.)

— Normas de desarrollo del artículo 35 del Reglamento (Grupos parlamentarios). **En:** BOPN. — Núm. 28, 22 diciembre 1995.

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 13 de septiembre de 1999, por el que aprueban las Normas para la elección de los miembros del Consejo Social de la Universidad Pública de Navarra que corresponde designar al Parlamento de Navarra. **En:** BOPN. — Núm. 3, 17 septiembre 1999.

— Modificación de la Norma Cuarta para la elección de los miembros del Consejo Social de la Universidad Pública de Navarra que corresponde designar al Parlamento de Navarra. **En:** BOPN. — Núm. 6, 30 septiembre 1999.

— Acuerdo de la Mesa, de 6 de noviembre de 2000, por el que se aprueban las Normas para la Elección del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra. **En:** BOPN. — Núm. 97, 13 noviembre 2000.

— Resolución de la Presidencia, de 16 de septiembre de 2002, por la que se aprueba la Norma supletoria del Reglamento del Parlamento de Navarra para los casos de disolución o suspensión de un Grupo Parlamentario por Resolución judicial. **En:** BOPN. — Núm. 88, 18 septiembre 2002. **En:** BOPN. — Núm. 89, 19 septiembre 2002 (Corrección de errores).

Navarra (Com. Aut.). Parlamento (6.^a Leg.)

— Acuerdo de la Mesa, de 25 de junio de 2003, por el que se modifican las Normas sobre asignaciones económicas de los Grupos Parlamentarios, aprobadas por Acuerdo de la Mesa de 15 de mayo de 1989. **En:** BOPN. — Núm. 1, 26 junio 2003.

— Acuerdo de la Mesa, de 22 de septiembre de 2003, por el que se crea la Comisión Especial de Convivencia y Solidaridad Internacional y se aprueban las Normas relativas a su constitución, organización y funcionamiento. **En:** BOPN. — Núm. 6, 29 septiembre 2003.

— Acuerdo de la Mesa, de 29 de septiembre de 2003, por el que se aprueban las Normas para la elección de representantes del Parlamento de Navarra en el Consejo Escolar de Navarra o Junta Superior de Educación. **En:** BOPN. — Núm. 7, 6 octubre 2003.

— Acuerdo de la Mesa, de 30 de diciembre de 2003, por el que se aprueban los Criterios aplicables a las retribuciones del Excmo. Sr. Presidente, de los Portavoces y del Personal eventual al servicio del Parlamento de Navarra. **En:** No publicado.

— Acuerdo de la Mesa, de 26 de enero de 2004, sobre Adición de una norma cuarta bis a las Normas sobre asignaciones económicas especiales a los Parlamentarios Forales. **En:** BOPN. — Núm. 6, 2 febrero 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 10 de mayo de 2004, de modificación del Estatuto del Presidente del Parlamento de Navarra y de las Normas sobre asignaciones económicas especiales a los Parlamentarios Forales. **En:** BOPN. — Núm. 42, 17 mayo 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 3 de noviembre de 2004, por el que se aprueban las Normas para el debate y votación del Proyecto de Ley Foral de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 2005. **En:** BOPN. — Núm. 93, 4 noviembre 2004.

— Acuerdo de la Mesa, de 24 de enero de 2005, sobre retribuciones del Excmo. Sr. Presidente, de los Portavoces y del Personal eventual al servicio del Parlamento de Navarra. **En:** BOPN. — Núm. 7, 4 febrero 2005.

3.15. Parlamento Vasco**3.15.1. Reglamento Parlamentario****País Vasco. Parlamento (1.^a Leg.)**

— Reglamento del Parlamento Vasco, aprobado por el Pleno de 11 de febrero de 1983. **En:** BOPARV. — Serie B, Núm. 2-7, 15 febrero 1983. **En:** BOPV. — Núm. 25, 26 febrero 1983.

País Vasco. Parlamento (3.^a Leg.)

— Reforma del Reglamento del Parlamento Vasco (tramitación parlamentaria de los Presupuestos), 23 de febrero de 1988. **En:** BOPARV. — Serie C-I, Núm. 2(c), 2 marzo 1988.

3.15.2. *Resoluciones y Acuerdos*

País Vasco. Parlamento (2.^a Leg.)

— Normas de procedimiento en desarrollo del lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 27/1983, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, 6 de noviembre de 1984. **En:** BOPARV. — Serie E, Núm. 14, 8 noviembre 1984.

— Resolución de la Presidencia sobre Tramitación de Enmiendas a la Totalidad a las Propositiones no de Ley, 27 de junio de 1985. **En:** BOPARV. — Serie B, Núm. 9, 28 junio 1985.

— Resolución de la Presidencia sobre el sistema de Convocatoria de las Comisiones, 4 de diciembre de 1985. **En:** BOPARV. — Serie E, Núm. 46, 12 diciembre 1985.

— Resolución de la Presidencia en desarrollo del artículo 37 del Reglamento (comparecencia de autoridades y funcionarios ante las Comisiones), 15 de abril de 1986. **En:** BOPARV. — Serie E, Núm. 59, 14 mayo 1986.

País Vasco. Parlamento (3.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia sobre Tramitación de las Solicitudes de Autorización al Gobierno al amparo de la Ley de Patrimonio, 13 de octubre de 1987. **En:** BOPARV. — Serie C-I, Núm. 1, 20 octubre 1987.

— Resolución de la Presidencia respecto a la tramitación de los Convenios de Colaboración de la Presidencia de la Comunidad Autónoma Vasca, 8 de septiembre de 1988. **En:** BOPARV. — Serie C-I, Núm. 3(a), 9 junio 1989.

— Resolución de la Presidencia por la que se regulan las relaciones con el Ararteko, 23 de noviembre de 1989. **En:** BOPARV. — Serie C-I, Núm. 4 (a), 22 diciembre 1989.

País Vasco. Parlamento (4.^a Leg.)

— Resolución general de la Presidencia, de 29 de enero de 1991, sobre el Registro de Intereses y sobre Declaraciones de Incompatibilidad de los Parlamentarios. **En:** BOPARV. — Serie C-I, Núm. 1(a), 8 febrero 1991. **En:** BOPARV. — Núm. 3, 29 julio 1991 (nueva serie).

— Resolución general de la Presidencia, de 7 de febrero de 1991, sobre la tramitación del Informe de Fiscalización Selectiva y Específica sobre los Ingresos Públicos por tasas fiscales de juego en la explotación de máquinas recreativas con premio tipo B. **En:** BOPARV. — Serie C-I, Núm. 2(a), 18 de febrero. **En:** BOPARV. — Núm. 3, 29 julio 1991 (nueva serie).

— Resolución general de la Presidencia, de 7 de febrero de 1991, sobre tramitación del Informe de Fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Euskadi correspondiente al ejercicio de 1987. **En:** BOPARV. — Serie C-I, Núm. 3(a), 18 febrero 1991. **En:** BOPARV. — Núm. 3, 29 julio 1991 (nueva serie).

— Normas de Tramitación Parlamentaria en relación con la presentación del Libro Blanco del Juego en Euskadi. **En:** BOPARV. — Serie B-VII, Núm. 1(b), 12 marzo 1991. **En:** BOPARV. — Núm. 2, 24 julio 1991 (nueva serie).

— Acuerdo de la Mesa, de 24 de diciembre de 1991, sobre el uso del nombre, siglas y signos de identificación de Euskadiko Ezkerra en el seno de la Cámara. **En:** BOPARV. — Núm. 26, 10 enero 1992.

País Vasco. Parlamento (5.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 28 de mayo de 1996, en relación con la tramitación de los acuerdos de colaboración previstos en el artículo 22.3 del Estatuto de Autonomía (colaboración con CCAA). **En:** BOPARV. — Núm. 71, 31 mayo 1996.

— Resolución general de la Presidencia, de 25 de febrero de 1997, en relación con la tramitación parlamentaria de las cuestiones de competencia ante la Comisión Arbitral. **En:** BOPARV. — Núm. 108, 28 febrero 1997.

País Vasco. Parlamento (7.^a Leg.)

— Resolución general de la Presidencia, de 4 de noviembre de 2004, sobre el cómputo de los plazos que se establecen en los artículos 12.1 y 146.1 del Reglamento del Parlamento Vasco. **En:** BOPARV. — Núm. 168, 5 noviembre 2004.

3.16. Parlamento de La Rioja

3.16.1. Reglamento Parlamentario

La Rioja (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg.)

— Reglamento del Parlamento de La Rioja, aprobado por el Pleno de 10 de abril de 2001. **En:** BOR. — Núm. 48, 21 abril 2001. **En:** BOR. — Núm. 49, 24 abril 2001 (Corrección de error). **En:** BOPR. — Serie A, Núm. 95, 18 abril 2001.

3.16.2. Resoluciones y Acuerdos

La Rioja (Com. Aut.). Diputación General (2.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia sobre Funcionamiento y Organización de la Mesa y de la Junta de Portavoces, 13 de noviembre de 1987. **En:** DODG. — Serie C, Núm. 6, 23 noviembre 1987.

— Resolución de la Presidencia sobre Comunicación y Publicación de Acuerdos y Resoluciones, 13 de noviembre de 1987. **En:** BODG. — Serie C, Núm. 6, 23 noviembre 1987.

La Rioja (Com. Aut.). Diputación General (3.^a Leg.)

— Resolución interpretativa de los artículos 30.3 y 31.3 del Reglamento de la Cámara (sustitución de miembros de las Comisiones y Secretarios de las Mesas de las mismas), 14 febrero 1994. **En:** BODG. — Serie A, Núm. 78, 23 febrero 1994.

— Acuerdo de la Mesa sobre tramitación de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de La Rioja, 13 de abril de 1994. **En:** BODG. — Serie B, Núm. 150, 15 abril 1994.

La Rioja (Com. Aut.). Diputación General (4.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia relativa a la designación por la Diputación General de los miembros del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en La Rioja, 11 de septiembre de 1995. **En:** BODG. — Serie A, Núm. 2, 26 septiembre 1995.

La Rioja (Com. Aut.). Parlamento (5.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia, de 11 de mayo de 2001, sobre Funcionamiento del Grupo Mixto. **En:** BOPR. — Serie A, Núm. 102, 14 mayo 2001.

3.17. Cortes Valencianas

3.17.1. Reglamento Parlamentario

Valencia (Com. Aut.). Cortes (3.^a Leg.)

— Reglamento de las Cortes Valencianas, aprobado por el Pleno de 30 de junio de 1994. **En:** DOGV. — Núm. 2320, 28 julio 1994. **En:** BOCV. — Núm. 201, 6 julio 1994. **En:** BOCV. — Núm. 207, 22 julio 1994 (Corrección de errores).

3.17.2. Resoluciones y Acuerdos

Valencia (Com. Aut.). Cortes (1.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia 80/I, de 16 de noviembre de 1983, sobre el procedimiento parlamentario de los Proyectos de Ley en relación con los Convenios de Colaboración de la Generalidad Valenciana. **En:** BOCV. — Núm. 20, 2 diciembre 1983.

— Resolución de la Presidencia 684/I, de 2 de abril de 1985, interpretativa del artículo 114.1 (adecuación de la actividad parlamentaria al ordenamiento jurídico). **En:** BOCV. — Núm. 110, 19 abril 1985.

— Resolución de la Presidencia 686/I, de 2 de abril de 1985, sobre cumplimiento de las Resoluciones de la Cámara. **En:** BOCV. — Núm. 110, 19 abril 1985.

— Resolución de la Presidencia 973/I, de 18 de diciembre de 1985, sobre procedimiento de Redacción Armónica de las Resoluciones y Mociones aprobadas por las Cortes Valencianas. **En:** BOCV. — Núm. 148, 9 enero 1986.

— Resolución de la Presidencia 1058/I, de 20 de marzo de 1986, sobre la tramitación (procedimiento para la discusión y aprobación) del Proyec-

to de Reglamento de Régimen Interior de la Sindicatura de Cuentas. **En:** BOCV. — Núm. 158, 9 abril 1986.

— Resolución de la Presidencia 2208/I, de 19 de noviembre de 1986, sobre la tramitación parlamentaria del Informe de la Sindicatura de Cuentas sobre la Fiscalización de las Cuentas Generales de la Generalitat Valenciana. **En:** BOCV. — Núm. 191, 28 noviembre 1986.

— Resolución de la Presidencia 2209/I, sobre la tramitación parlamentaria de los Informes tramitados por la Sindicatura de Cuentas, 19 de noviembre de 1986. **En:** BOCV. — Núm. 191, 28 noviembre 1986.

— Resolución de la Presidencia 2270/I, por la que se regula la Organización y Funcionamiento del G. P. Mixto, 7 de enero de 1987. **En:** BOCV. — Núm. 201, 15 enero 1987.

Valencia (Com. Aut.). Cortes (3.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia 1/III, de 13 de noviembre de 1991, por la que se aprueban las Normas de Funcionamiento de la Comisión de Control de la Actuación de Radio Televisión Valenciana (RTVV) y sus sociedades. **En:** BOCV. — Núm. 21, 20 noviembre 1991.

— Resolución 2/III, sobre regulación del Procedimiento Parlamentario para el Debate de Política General. **En:** BOCV. — Núm. 98, 16 febrero 1993.

— Resolución 3/III, de 18 de septiembre 1993, sobre regulación del Procedimiento Parlamentario de las comparecencias del President del Consell previstas en el artículo 163 del Reglamento. **En:** BOCV. — Núm. 219, 3 octubre 1993.

— Resolución interpretativa 4/III, de 19 de junio de 1995, por la que se aprueba la estructura y contenido del Registro de Actividades y de Bienes Patrimoniales de los Diputados. **En:** BOCV. — Núm. 274, 19 junio 1995.

Valencia (Com. Aut.). Cortes (4.ª Leg.)

— Resolución de la Presidencia 1/IV, de 26 de junio de 1995, que regula el Turno de Intervención de los Grupos Parlamentarios en el Debate de Investidura. **En:** BOCV. — Núm. 1, 31 julio 1995.

— Resolución de la Presidencia 2/IV, de 17 de octubre de 1995, que regula los Turnos Generales de Intervención de los Grupos Parlamentarios en las Comparecencias. **En:** BOCV. — Núm. 10, 20 octubre 1995.

— Resolución de la Presidencia 3/IV, de 13 de diciembre de 1995, sobre designación de Asesores Honoríficos de la Presidencia de las Cortes Valencianas. **En:** BOCV. — Núm. 22, 21 diciembre 1995.

— Resolución de la Presidencia 4/IV, de 22 de mayo de 1996, sobre regulación de las Comparecencias ante las Comisiones de Investigación. **En:** BOCV. — Núm. 59, 31 mayo 1996.

— Resolución de la Presidencia 5/IV, de 25 de febrero de 1997, sobre los casos en que se produzca Empate en las Votaciones en Comisión. **En:** BOCV. — Núm. 132, 14 marzo 1997.

Valencia (Com. Aut.). Cortes (5.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia 1/V, de 29 de noviembre de 1999, sobre procedimiento de cese del Síndic de Greuges, previsto en los artículos 5.1, apartado f), y 5.2 de la Ley 11/1988, de 26 de diciembre, del Síndic de Greuges. **En:** BOCV. — Núm. 19, 3 diciembre 1999.

— Resolución de la Presidencia de carácter general número 2/V, de 5 de febrero de 2002, que modifica la Resolución 3/III, sobre regulación del Procedimiento Parlamentario de las Comparecencias del President del Consell, previstas en el artículo 163 del Reglamento de las Cortes Valencianas. **En:** BOCV. — Núm. 140, 18 febrero 2002.

— Resolución de la Presidencia de carácter general número 3/V, de 5 marzo de 2003, sobre protección de la imagen externa de los edificios de la sede de las Cortes Valencianas. **En:** BOCV. — Núm. 208, 10 marzo 2003.

Valencia (Com. Aut.). Cortes (6.^a Leg.)

— Resolución de la Presidencia de carácter general número 1/VI, de 16 de septiembre de 2003, por la que se modifican algunos puntos de la Resolución de carácter general 3/III sobre regulación del procedimiento parlamentario de las comparecencias del President del Consell. **En:** BOCV. — Núm. 9, 29 septiembre 2003.

— Resolución de la Presidencia de carácter general número 2/VI, de 14 de octubre de 2003, que determina la norma para la tramitación por procedimiento especial de urgencia de aquellas preguntas con contestación oral en el Pleno, presentadas por los Diputados y Diputadas al Consell o a los conseillers, que por su actualidad requieran la tramitación inmediata. **En:** BOCV. — Núm. 12, 20 octubre 2003.

— Resolución de la Presidencia de carácter general número 3/VI, de 15 de septiembre de 2004, que determina el procedimiento para la tramitación de las preguntas con respuesta oral en comisión formuladas por los Diputados y Diputadas a los secretarios autonómicos y su comparecencia ante cualquiera de las Comisiones parlamentarias. **En:** BOCV. — Núm. 61, 27 septiembre 2004.

— Resolución de la Presidencia de carácter general número 4/VI, de 1 de marzo de 2005, que determina el procedimiento para la tramitación de las Propositiones no de Ley o de cualquier otra propuesta de resolución relativa a derechos humanos o temas que entren dentro del ámbito competencial de la Comisión Permanente no Legislativa de Derechos Humanos, Cooperación i Solidaridad con el Tercer Mundo. **En:** BOCV. — Núm. 93, 7 marzo 2005.

El derecho a la educación en la Constitución Española de 1978 ¹

Sumario: I. LOS DERECHOS EDUCATIVOS (ART. 27 CE). 1.1. Derecho a la educación vs. Libertad de enseñanza.—1.2. El derecho a la educación.—1.3. Libertad de enseñanza.—1.4. Libertad de cátedra (art. 20.1 CE).—II. EL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN.—III. FACULTADES EXCLUSIVAS DEL ESTADO EN MATERIA DE EDUCACIÓN. (ART. 149.1.30 CE).—IV. OBJETORES ESCOLARES.—V. ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN ESPAÑA.—VI. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA COMUNIDAD DE MADRID.—6.1. Desarrollo normativo del sistema educativo en Madrid.—6.2. Sistema Educativo en Madrid.—6.3. Organismos del sistema educativo.—VII. CONCLUSIÓN.

Puede afirmarse que la educación, de forma general, incide en muchos aspectos de la vida de una sociedad. Por esta razón, la forma en que el Estado regula la educación genera diversas opiniones en los diferentes sectores ideológicos de la sociedad y, especialmente, en las personas que se encuentran involucradas en dicha regulación.

Según el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, «Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo que concierne a la enseñanza elemental y fundamental. La enseñanza elemental será obligatoria.»

En España, la regulación del derecho a la educación se ha caracterizado por el conflicto entre éste y la libertad de enseñanza. El primero, entendido como un derecho a la propagación y el acceso al saber y a la ciencia, y la segunda, entendida como la libertad de creación de centros docentes. De igual forma, se ha caracterizado por la tensión entre la libertad de enseñanza, la cual pre-

* Alumnos del Máster de Derechos Fundamentales del Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Este artículo es objeto de publicación en «Asamblea» como consecuencia de las prácticas desarrolladas por los alumnos del Máster de Derechos Fundamentales del Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, en la sede de la Asamblea de Madrid, entre febrero y mayo de 2005, en torno a los derechos fundamentales, y ha sido seleccionado a resultados del compromiso contraído con la Dirección de dicho Máster (N. de R.).

sume un cierto control ideológico de lo que se enseña, y la libertad de cátedra, que se traduce como la libertad de pensamiento docente o libertad de los maestros y profesores de elegir el contenido de sus enseñanzas. Así, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza representan dos perspectivas del problema educativo históricamente antitéticas y contrapuestas, que se han confrontado en estos dos últimos siglos.

En los inicios del siglo XIX se comienza el conflicto, en materia educativa, entre dos corrientes del pensamiento: el ilustrado, que propugnaba la promoción de la expansión de la ciencia y del saber por parte del Estado, y el conservador, el cual defendía que la educación debería estar en manos privadas, en el caso específico de España, en las de la Iglesia Católica, sin ningún tipo de intervención por parte del Estado. Este enfrentamiento se vio reflejado dentro del proceso constituyente de Cádiz, cuyo resultado, la Constitución de 1812, fue realmente liberal y progresista en materia de educación. Tal es así, que ha sido considerado por los estudiosos en la materia como un precedente importante en la positivación del derecho a la educación en España.

Se puede concluir, entonces, que la historia del derecho a la educación, así como de su reconocimiento y positivación dentro del ordenamiento jurídico español, ha sido de una constante polarización que aún hoy permanece dentro del contexto político vigente.

I. LOS DERECHOS EDUCATIVOS (ART. 27 CE)

La Constitución de 1978, la cual es el resultado de un largo proceso de transición política de un régimen dictatorial a un régimen democrático, regula en su artículo 27 una serie de derechos dentro del contexto educativo, entre ellos el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Este artículo es uno de los más largos de toda la Constitución, es sumamente minucioso debido a la gran cantidad de aspectos que regula, además de ser uno de los más debatido al momento de su redacción dentro del proceso constituyente. Su ubicación dentro de la sección 1.^a del capítulo 2.^o del Título 1.^o de la Constitución tiene especial relevancia por su calificación como derechos fundamentales, y, por ende, por el amplio sistema de garantías que se prevén en el artículo 53.1 y 53.2 del mismo texto constitucional, para este tipo de derechos.

En virtud del artículo 53.1, todos los derechos fundamentales, es decir, los contenidos en dicha sección «(...) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)». El artículo 53.2 establece las garantías jurisdiccionales de protección de dichos derechos: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaria y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.»

Dentro de este artículo 27 se regulan diversos aspectos relacionados con la educación. Así, el apartado 1 señala el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, de la siguiente forma:

«Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.» En el apartado 2 se determina cuál debería ser el objeto y los objetivos de la educación: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.» El constituyente quiso condicionar la formación educativa inspirándola en los principios democráticos, señalando que ésta debe ser acorde a los principios contenidos en la Constitución. El apartado 3 recoge «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». El apartado 4 determina que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita».

Por su parte, el acápite 5 determina que «los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes». En el 6 «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales». El 7 establece que «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos». El 8, que «los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes». El 9, que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca». Y, finalmente, en el 10 «se reconoce la autonomía de las universidades».

1.1. Derecho a la educación vs. Libertad de enseñanza

Tal como se ha señalado anteriormente, ambos derechos tienen un contenido antitético y confrontado, pero es en este artículo 27 donde «por primera vez en la historia de España han sido reconocidos, de forma simultánea, en un texto constitucional el derecho a la libertad de enseñanza y el derecho a la educación como derechos fundamentales. Es la primera vez que han sido integrados dialécticamente la libertad en la transmisión del saber y la efectividad en el acceso a la educación, intentando con ello la conciliación de dos principios constitucionales, el de libertad y el de igualdad»². Dicha conciliación fue el resultado de una larga y complicada negociación entre los grupos

² Cuadernos «Bartolomé de las Casas» 27, José Martínez de Pisón, «El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza», Editorial Dickinson, 2003, p. 130.

políticos de izquierda y de derecha, la cual, cabe señalar, fue realizada buscando siempre un objetivo común. Además, es resultado de las recíprocas concesiones que se dieron entre estos dos grandes bloques, el partido de UCD, que defendía los intereses eclesiásticos, y el PSOE, que asumía un proyecto público de la educación.

De esta forma se regularon ambos derechos de una naturaleza muy distinta: por un lado, «un derecho de igualdad frente a un derecho de libertad; un derecho social frente a un derecho civil; un derecho de prestación frente a un derecho de autonomía. Y, sin embargo, tratan el mismo objeto: la educación»³.

1.2. El derecho a la educación

El derecho a la educación, entendido como el derecho que tienen los individuos de poder acceder a una formación que resulte acorde con sus intereses, es un derecho social, el único de esta clase comprendido dentro del catálogo de derechos fundamentales en la Constitución. A diferencia de los demás derechos sociales contenidos en el capítulo 3º del Título 1º denominados como «Principios rectores de la política social y económica», es un derecho de prestación que vincula directamente a todos los poderes públicos y habilita al titular a exigir el acceso a una determinada formación, de tal forma que el Estado queda obligado a organizar un sistema educativo que actúe como un servicio público de acceso gratuito.

La finalidad pretendida a través del reconocimiento de dicho derecho ha sido señalada de forma expresa por el Constituyente dentro del apartado 2 del mismo artículo, al enunciar que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades primordiales».

Por lo que respecta a la titularidad del derecho a la educación, ésta es atribuida por el mismo texto constitucional a todas las personas, señalando: «Todos tienen derecho a la educación.» Debido al fuerte fenómeno migratorio que existe actualmente en España proveniente de África, América Latina y Europa oriental, esta regulación adquiere una vital importancia. Así, «el concepto *todos* debe, pues, ser interpretado en sentido amplio incluyendo a españoles y extranjeros y debe rechazarse cualquier discriminación en la educación por razón de nacimiento, raza, religión, opinión, o cualquier otra razón, tal y como prescribe el artículo 14 de la Constitución»⁴. En materia de educación superior, el compromiso del Estado, y esto puede derivarse de igual forma del texto constitucional, es permitir el acceso a este tipo de educación a quienes se encuentren preparados para cursarla, sin ningún tipo de discriminación.

³ Cuadernos «Bartolomé de las Casas» 27, José Martínez de Pisón, «El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza», Editorial Dickinson, 2003, p. 133.

⁴ Cuadernos «Bartolomé de las Casas» 27, José Martínez de Pisón, «El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza», Editorial Dickinson, 2003, p. 138.

En cuanto al contenido esencial del derecho a la educación, como un derecho de prestación, tal como señala Martínez de Pisón⁵, a la vista de la regulación constitucional, es posible mencionar los elementos que lo conforman:

- a) El derecho a acceder a la enseñanza reglada y reglamentada de acuerdo a la obligación de los poderes públicos de establecer una programación general de la enseñanza. Este acceso a la enseñanza reglada garantiza la adjudicación de una plaza en un centro en el que se imparta enseñanza oficial, y no el derecho a acceder sin más al centro educativo que se elija.
- b) El derecho a la permanencia en los centros educativos oficiales donde se está cursando la enseñanza reglada. El derecho a acceder a la enseñanza conlleva también el derecho a cursar todos los estudios en el centro que se ha ingresado, siempre y cuando se cumpla la legislación, o no existan razones disciplinarias que motiven lo contrario.
- c) El derecho a una enseñanza básica gratuita. La gratuidad de la educación es un elemento necesario para el ejercicio real y eficaz de la prescripción constitucional del artículo 27.

1.3. Libertad de enseñanza

La libertad de Enseñanza es uno de los derechos relacionados con la educación que se regulan dentro del artículo 27 de la Constitución. De igual forma, dentro del mismo artículo, se regulan otros derechos que se encuentran vinculados directamente con este derecho. Así, el apartado 3 reconoce el derecho que tienen «los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» y el apartado 6 «reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales».

La libertad de enseñanza es un derecho de libertad que se relaciona con otros derechos de libertad como la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, y de expresión, porque su fundamento teórico es la idea de libertad negativa, es decir, de libertad como no interferencia, como la ausencia de cualquier control por parte del Estado propia del Estado liberal. Además es «un derecho de autonomía por el cual se garantiza la libre propagación de ideas, pensamientos y opiniones diferentes a través de la enseñanza y dentro del contexto de un sistema educativo»⁶. Como derecho de libertad, se encuentra intrínsecamente ligado con la idea de autonomía individual.

De esta forma, si la libertad de enseñanza se ve afectada por estos derechos de libertad, puede concluirse que ésta debe reflejar sus mismos fines y obje-

⁵ Cuadernos «Bartolomé de las Casas» 27, José Martínez de Pisón, «El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza», Editorial Dickinson, 2003, pp. 142 y 143.

⁶ Cuadernos «Bartolomé de las Casas» 27, José Martínez de Pisón, «El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza», Editorial Dickinson, 2003, p. 148.

tivos. Sin embargo, en España, la finalidad con que se ha reivindicado este derecho no ha sido la libertad de propagación de las ideas y valores a través del proceso educativo. No se ha promovido, por tanto, el pluralismo ideológico, el cual implica la libre expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones del mundo, a partir de la convicción de que ningún individuo o sector social es depositario de la verdad, sino que, al contrario, se ha utilizado para la afirmación de los valores propios de la Iglesia Católica como los únicos legítimamente transmisibles en el proceso educativo.

Aun a pesar de estas circunstancias históricas, no puede afirmarse que la libertad de enseñanza tenga un contenido negativo para la convivencia pacífica dentro de un Estado social y democrático de Derecho como el español (art. 1.1 Constitución Española), sino que ésta debe armonizarse con el derecho a la educación, de manera que exista una correlación entre esta libertad y el fomento del pluralismo dentro de la sociedad.

Así, se puede señalar que el núcleo de la libertad de enseñanza está compuesto por tres derechos: el derecho a la libre creación de centros docentes, el derecho de los padres a escoger la formación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo con sus convicciones, y la libertad de cátedra.

1.4. Libertad de cátedra (art. 20.1 CE)

Históricamente, la libertad de cátedra ha sido concebida como un derecho a la libre expresión cuya titularidad y ejercicio se atribuían a un grupo específico de individuos: los docentes. Sin embargo, ésta se ha convertido en una libertad autónoma que se ejercita exclusivamente dentro del ámbito de la enseñanza. Regulado dentro del Título I de la Constitución en el artículo 20.1, está amparado —dicho derecho— por lo dispuesto en el capítulo IV de dicho Título que regula las garantías de las libertades y derechos fundamentales, y al igual que los derechos contenidos en el artículo 27 goza del mismo sistema de protección y garantías antes mencionado.

La libertad de cátedra tiene una doble vertiente: por un lado, se considera como una libertad personal y, por otro, es considerada como una garantía institucional. La primera significa que el docente puede expresar sin ningún tipo de inconvenientes su pensamiento en el centro educativo siempre que se realice desde la cátedra, es en este sentido una libertad individual que se ejerce en o desde la cátedra. Por la segunda, debe entenderse que la libertad de cátedra es una garantía institucional en el sentido que es un derecho con carácter público, cuyo contenido está orientado de modo directo en beneficio de la sociedad. Con ella, el Estado trata de garantizar el libre cultivo de la ciencia y su libre transmisión por vía docente en todos los grados e instituciones del sistema educativo. En conclusión, puede señalarse que es este aspecto institucional de la libertad de cátedra el que la configura no sólo como un derecho individual de libertad esgrimida frente a los poderes públicos, sino como un bien jurídico que debe ser protegido por parte del Estado.

El Tribunal Constitucional español ha sostenido respecto a la titularidad de dicho derecho, en Sentencia de Inconstitucionalidad 5/1981, apartado 9, que: «por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia sólo de los docentes en la enseñanza superior (...) [sin embargo] resulta evidente, a la vista de los debates parlamentarios, que son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora». En cuanto al contenido de este derecho, en el mismo apartado de la sentencia, el Tribunal ha señalado que: «se trata (...) de una libertad frente al Estado o, más generalmente, frente a los poderes públicos, y cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente en primer término, y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde, en segundo lugar».

En este sentido, sobre la naturaleza pública o privada del centro docente, puede señalarse que dentro de los centros públicos, sean de cualquier grado o nivel, la libertad de cátedra tiene un contenido negativo y uniforme, en cuanto que faculta al docente para no ceder a cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada. Y que, en los centros privados el puesto docente, y con ello la libertad de cátedra, está condicionado por las características propias del nivel educativo del que se trate y por el ideario que el titular del centro haya dado a éste.

En cuanto al nivel o grado educativo del puesto docente donde se ejerce dicho derecho, puede señalarse que la libertad de cátedra tiene un amplio contenido positivo en el nivel educativo superior. Sin embargo, en los niveles educativos inferiores este contenido de la libertad de cátedra disminuye, esto debido a que son los planes de estudios establecidos por las autoridades competentes en materia de educación, y no el profesor, quien determina cuál debe ser el contenido básico o mínimo de la enseñanza. Asimismo, son las autoridades quienes establecen cuáles son los métodos pedagógicos entre los que puede optar el profesor. Es por estas razones que éste no puede orientar su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus propias convicciones.

II. EL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN

El artículo 10.2 de la Constitución es uno de los que, dentro del texto constitucional, incide en los derechos referidos a la educación. En éste se establece que: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.» Dicho precepto resulta de suma importancia en la consideración de los denominados derechos educativos, no

sólo porque constituye un criterio de interpretación de todos los derechos relativos a la educación, sino porque se incluyó dentro del texto constitucional motivado, precisamente, para no dejar dudas sobre la extensión que el artículo 27 daba al derecho de educación y, particularmente, a la libertad de enseñanza.

III. FACULTADES EXCLUSIVAS DEL ESTADO EN MATERIA DE EDUCACIÓN (ART. 149.1.30 CE)

La Constitución no hace referencia al Estado cuando regula la materia educativa, sino que hace referencia, de manera genérica, a «los poderes públicos». Por esta razón, es necesario conocer dónde queda regulada la reserva que tiene el Estado relativa a la legislación y administración de la educación. A este respecto, el artículo 149.1.30 de la Constitución española señala: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.» El hecho de que, como se ha señalado, los derechos reconocidos e incorporados dentro de la sección dedicada a los «derechos y libertades fundamentales», en virtud del artículo 53.1 deban regularse sólo por leyes orgánicas, las cuales en todo caso deberán respetar su contenido esencial, confirma esta competencia estatal.

Todo ello, sin perjuicio de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución que las Comunidades Autónomas puedan asumir. En este sentido podemos citar el artículo 29.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, donde se señalan cuáles son las competencias de dicha Comunidad Autónoma en la regulación en materia de educación: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen, y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía», lo cual será ampliado más adelante, dentro del apartado último sobre competencias autonómicas.

IV. OBJETORES ESCOLARES⁷

El derecho a la educación nunca puede excluir el derecho a una educación de calidad. El concepto de calidad, por otro lado, es ambiguo en los

⁷ Ponencia presentada en el Congreso «La ESO a debate», organizado por el Ministerio de Educación, Madrid, diciembre de 1999. Publicado como artículo en «Escuela Española», 26 de octubre de 2000.

actuales sistemas educativos europeos caracterizados por un alto grado de comprensividad y generalización de la enseñanza obligatoria a toda la población menor de 16 años. La «calidad» dependerá de las características de cada grupo de individuos: para los más dotados intelectualmente, una educación de calidad será aquella que ofrezca el objetivo de la excelencia. Para quienes sufren alguna discapacidad, la calidad dependerá de la adaptación del sistema a las peculiaridades del alumno. Todo ello supone un enorme reto para los sistemas educativos europeos, y, por supuesto, el español, cuya globalización y comprensividad ha llegado a su culminación con la LOGSE.

Si el derecho a la educación es un derecho a la calidad del producto, ¿cuál es el estándar de calidad que han de recibir aquellos alumnos que rechazan el propio sistema, que no quieren estudiar, que se niegan a aprender? Es decir, ¿cuál es la respuesta del sistema educativo a los llamados «objeto- res escolares»?

Se debe comenzar definiendo lo que se entiende por objeto- res escolares. Se trata de un tipo de alumnado con ciertos problemas conductuales, que rechazan la educación que se les ofrece mediante actitudes negativas en clase que pueden llegar a la agresividad contra los compañeros, el profesorado o las instalaciones de los centros.

El perfil de los «objeto- res escolares» puede ser variado: muchos provienen de familias desestructuradas, ambientes sociales próximos a la marginalidad, o rozan psicopatías que requieren un tratamiento personalizado en manos de personal especializado. Su actitud de rechazo al sistema educativo es parte de un rechazo más amplio: a la sociedad en su conjunto representada por la comunidad educativa. Pero no todos los «objeto- res escolares» tienen este perfil, también el rechazo al estudio puede provenir de ambientes familiares excesivamente condescendientes en donde se ha eliminado cualquier nivel de exigencia. En un país, como España, situado entre los que más televisión se ve, no es de extrañar que, de entrada, exista un cierto rechazo al estudio.

El sistema educativo español, a partir de la LOGSE, ha optado por un modelo comprensivo de origen anglosajón. Con la comprensividad hasta los 16 años, el sistema educativo ha dejado de ser estrictamente «educativo», es decir, básicamente académico y selectivo, para ser, en realidad, un sistema de «acogida» de niños y adolescentes hasta que pueden ser insertados en el sistema educativo postobligatorio o en el mundo laboral.

La función de «acogida» o sociabilidad de los niños y adolescentes era, hasta hace unos años, tarea de las familias aunque la desarrollaban preferentemente las madres. Pero el acceso generalizado de la mujer al trabajo fuera de casa y la crisis de la familia, transfiere al sistema educativo, y al profesorado, funciones no estrictamente académicas, que eran la base del sistema anterior.

El resultado es que los sistemas educativos, en los niveles obligatorios, son cada vez menos académicos y la calidad del sistema no puede ser juzgada por parámetros académicos. Estas posturas se vieron claras al publicarse el famoso informe del Instituto Nacional de Calidad y Evaluación. Una de las conclusiones, quizás de las más polémicas, dejaba claro que «ni la escuela española de hoy parece preocuparse por la búsqueda de la excelencia, ni parece tampoco preocuparse la sociedad española en su conjunto». Y se señalaba que alrede-

dor de un 41-42% de los alumnos se sitúa «en una ancha banda de resultados dudosos, discutibles, que en el mejor de los casos podríamos catalogar de mediocres».

El informe del INCE se basa en un análisis del sistema educativo como estrictamente académico. Pero, en realidad, el sistema educativo español es también de acogida. Por eso, los resultados académicos son relativos. Para contrarrestar los resultados del INCE, los defensores de la LOGSE insistían en que los resultados del sistema educativo no hay que juzgarlos por parámetros académicos, sino en función del gran logro de la escolarización total de la población hasta los 16 años.

En todo caso, el problema no es tanto las funciones que ha de realizar la escuela como los medios de que se dispone para cumplirlas. Y aquí está el núcleo de la cuestión. A los centros educativos y al profesorado se les pide que «acojan» a la población hasta los 16 años. Pero los medios disponibles siguen siendo estrictamente académicos: aula y profesor.

La comprensividad, tal como se entiende en España, es, sobre todo, comprensividad de aula, no de sistema, tal como se observa en otros países. Todos los alumnos en las mismas aulas, haciendo el mismo currículum. Es cierto que el aserto anterior se matiza en la práctica con adaptaciones curriculares (atención: curriculares, o sea, académicas), tratamiento individualizado con los psicopedagogos. Además, como la comprensividad así entendida parte de la renuncia implícita a la excelencia académica, el sistema en su conjunto sólo puede pretender igualar desde la mediocridad, y no desde el derecho a una educación diferente para grupos de sujetos diferentes.

Quizás se está entrando en una cuestión fundamental: la educación no puede deslindarse de unas determinadas exigencias, académicas o sociales, según los casos. Lo fácil es aprobar a todo el mundo, pero ¿se cae en la cuenta en la factura que se paga por reducir drásticamente el nivel de capital humano de nuestra sociedad mediante una educación mediocre? ¿La educación no merece una reflexión social más profunda?

Los profesores y profesoras han sido degradados a asistentes sociales más o menos cualificados. Recobrar su función en el conjunto del sistema educativo es una tarea pendiente. Su tarea no es la de poner orden en unas aulas heterogéneas y conflictivas. Es enseñar. Decir que la función primordial del sistema educativo —aunque también tenga otras funciones— es la de enseñar lo mejor posible a los más posibles debería ser innecesario. Pero quizás sea hoy la tarea más necesaria para que la escuela española sea capaz de formar el capital humano de las generaciones futuras.

V. ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN ESPAÑA

El panorama escolar de los centros educativos ha cambiado ostensiblemente en los últimos años, inclinándose hacia la multiculturalidad y, con ella, a la diversidad religiosa de las familias y alumnos. El número de escolares inmigrantes asciende en España a medio millón (el 7,2% del total) y ha aumentado a razón

de 100.000 por curso en los últimos años. Muchos proceden de países en los que la mayoría de la población profesa religiones diferentes a la católica.

La inmensa mayoría de los alumnos que escogen Religión en España en la actualidad estudian la católica, aunque ya se ha empezado a apreciar una disminución en el porcentaje total de estudiantes que la eligen (del 81,9% hace cuatro años al 75,6% el curso pasado), según datos episcopales.

Las cifras sobre los estudiantes que cursan las otras tres religiones con las que el Estado español ha acordado garantizar su enseñanza en la escuela son imprecisas. Se calcula que hay 100.000 alumnos musulmanes en España, aunque prácticamente sólo se enseña esta confesión en los colegios de Ceuta y Melilla. Una situación que cambiará progresivamente para garantizar los mismos derechos a los estudiantes que quieran cursar la asignatura confesional católica que los que escojan la musulmana, protestante o judía (las tres confesiones con las que el Estado español tiene acuerdos)⁸.

No obstante, continúa la polémica sobre si se mantiene la asignatura confesional de religión dentro del horario escolar y con una alternativa para los alumnos que no quieran estudiarla y sobre si la enseñanza de esta materia se debe dar dentro de las escuelas para garantizar los mismos derechos a aprender otras religiones a los alumnos inmigrantes. Además, el número de profesores de religión en los colegios se multiplicará para incorporar a los de otras religiones. A todos esos docentes habrá que garantizarles los mismos derechos. Los profesores de religión católica, aunque son nombrados por la Iglesia, forman parte en la actualidad, como uno más, del equipo docente del centro.

Igualmente, si la asignatura de Religión confesional se mantiene como evaluable y cuenta para la nota media (como ocurre ahora en todos los cursos, menos en 1.º de Bachillerato), ¿se podrá considerar equivalente la evaluación que se haga en las distintas confesiones cuando cada una tiene libertad para definir su contenido y la forma en la que la evalúa?

La Iglesia Católica siempre ha estado interesada en que la asignatura de Religión se enseñe dentro del horario escolar y con una alternativa fuerte, para dar más relevancia a su materia. Si no se modifican los actuales acuerdos con la Santa Sede, debe mantenerse la obligación de ofrecer la asignatura confesional en todos los centros educativos, pero no está claro que ésta deba permanecer, desde el punto de vista legal, ni dentro del horario escolar, ni que deba tener una alternativa, más aún, en una España donde la libertad de credos es preponderante.

Ante estas disyuntivas, se han presentado varias propuestas con el fin de solucionarlas, aunque aún éstas se encuentran en discusión:

- Propuesta de la LOCE. Cuando el PP accedió al Gobierno quiso cambiar la situación de la enseñanza de la religión que se mantenía desde la etapa socialista. De esta manera, en la Ley de Calidad (LOCE) se estableció un área de estudio llamada Sociedad, Cultura y Religión en todos los cursos de la enseñanza obligatoria y en 1.º de Bachille-

⁸ <http://www.acesc.net/pais293.htm>.

rato. El área tenía dos opciones: una confesional (cuyos contenidos establecía la Iglesia, como hace ahora) y otra, aconfesional, denominada Hecho Religioso. Estaba previsto que estas dos asignaturas contasen a todos los efectos en las etapas educativas obligatorias, incluso para repetir curso, como una asignatura más.

- Propuesta de la LOE. El anteproyecto de la Ley Orgánica de Educación, que regula esta cuestión, en la disposición adicional segunda, dice exclusivamente que la enseñanza de la religión católica y de otras religiones se ajustará a los acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas y que los profesores que enseñen religión en colegios públicos lo harán en régimen de contratación laboral.

No obstante, la comunidad educativa sigue dividida por cuanto el articulado del anteproyecto de la LOE no deja zanjado el tema de la enseñanza de la religión, que queda redactado en similares condiciones que en la Ley Orgánica de Ordenación del Sistema Educativo, elaborado en la anterior etapa socialista ⁹.

Los defensores de la religión, consideran el anteproyecto un retroceso porque no se habla de alternativa, lo cual implica que ésta sea eliminada del horario escolar, poniéndola a primera o a última hora, para que aquellos que no opten pro la alternativa puedan estar en casa durante este tiempo, lo cual irrespeta los acuerdos firmados con la Santa Sede. A su vez, critican que la religión y su alternativa —de existir— tuviesen el mismo tratamiento que las demás materias.

Por otra parte, hay quienes aplauden la propuesta de crear la asignatura de Educación para la Ciudadanía, mientras que los detractores de esta propuesta afirman que se generaría la posibilidad para que el Gobierno de turno determinara los valores y contravalores, entrometiéndose en un derecho exclusivo de los padres ¹⁰.

Ante este panorama es claro que la religión es un tema espinoso que tiene tantos amigos como enemigos y que se está convirtiendo en una bandera polémica del Gobierno actual y de los Gobiernos entrantes, quienes deben conciliar posiciones para armonizar un estado aconfesional con la libertad de cultos y el libre desarrollo de la personalidad.

VI. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA COMUNIDAD DE MADRID

De conformidad al artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, *Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid* ¹¹ (en adelante, el «Estatuto»), corresponde a la Comunidad Autónoma de Madrid la competencia de

⁹ *El País*, lunes 4 de abril de 2005, sociedad, p. 41.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid fue reformado por la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo. Asimismo, el artículo 29.

desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades. A través de este precepto se materializa el traspaso de competencias, en materia educativa, del Estado a la Comunidad de Madrid. El ejercicio de esta competencia —naturalmente circunscrita al territorio de la Comunidad Autónoma (art. 34 del Estatuto)— debe realizarse en conformidad con el derecho fundamental a la educación y la libertad de enseñanza contemplados en el artículo 27 de la Constitución, y con arreglo a las Leyes Orgánicas que los desarrollen ¹².

El artículo 34 del EAM establece que en las materias de competencia de la Comunidad de Madrid, le corresponde a la Asamblea de Madrid la potestad legislativa y al Consejo de Gobierno la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Asimismo, las competencias de ejecución de la Comunidad de Madrid —como es el caso de la ejecución de la enseñanza— llevan implícita la correspondiente potestad reglamentaria para la organización interna de los servicios, la administración y, en su caso, la inspección.

6.1. Desarrollo normativo del sistema educativo en Madrid

La Disposición transitoria segunda del Estatuto fijó las bases a las que habría de ajustarse el traspaso de los servicios inherentes a las competencias que corresponden —de acuerdo al mismo Estatuto— a la Comunidad de Madrid. Por su parte, el Real Decreto 1959/1983, de 29 de junio, determinó normas y procedimientos para el traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad de Madrid.

Con fecha 18 de mayo de 1995, la Comisión Mixta de Transferencias, prevista en la Disposición transitoria segunda del Estatuto, adoptó el Acuerdo de transferencia en materia de Universidades, el cual fue aprobado y dotado de efectividad práctica por el Real Decreto 942/1995, de 9 de junio. Posteriormente, la Ley 4/1998, de 8 de abril, de Coordinación Universitaria de la Comunidad de Madrid, reguló los órganos y los instrumentos a través de los cuales se lleva a cabo la coordinación de las Universidades de la Comunidad de Madrid ¹³.

Por su parte, el traspaso educativo en los niveles no universitarios tuvo lugar el 13 de abril de 1999, fecha en la cual la Comisión Mixta prevista en la Disposición transitoria segunda del Estatuto adoptó el Acuerdo sobre el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de

¹² Asimismo, la competencia en materia de educación que corresponde a la Comunidad de Madrid, se entiende sin perjuicio de la competencia exclusiva que tiene el Estado para la «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia» (número 30 del apartado 1º del artículo 149 de la Constitución), y sin perjuicio de la alta inspección para su cumplimiento y garantía.

¹³ Esta ley tuvo en consideración, entre otros, el artículo 3.3. de la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, el cual encomienda a las Comunidades Autónomas la coordinación de las Universidades de su competencia.

Madrid en materia de enseñanza no universitaria. Dicha transferencia tomó cuerpo normativo en el Real Decreto 926/1999, de 28 de mayo.

El complejo proceso de traspaso de competencias en materia educativa, en términos generales y más allá de las deficiencias puntuales que existieron, se desarrolló acertadamente. En ello tuvo especial importancia la colaboración recíproca entre la comunidad educativa en su conjunto, los miembros de la Comisión Mixta, los agentes sociales y la Unidad de Adaptación de Procesos (concebida como unidad de Apoyo y Coordinación). Asimismo, el Acuerdo para la Mejora de la Calidad de la Educación en la Comunidad de Madrid, firmado el 19 de enero de 1999, significó un importante impulso para la mejora en la formación del profesorado y para el desarrollo de la Formación Profesional ¹⁴.

6.2. Sistema Educativo en Madrid

El sistema educativo de la Comunidad de Madrid, integrado dentro del sistema del Estado español, se encuentra regulado por la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, estableciendo los siguientes tipos de Enseñanzas:

1. Educación no universitaria

a) Enseñanzas de Régimen General, constituidas por ¹⁵:

- Educación Infantil (3 a 6 años);
- Educación Primaria (6 a 12 años);
- Educación Secundaria, integrada por tres etapas formativas: Educación Secundaria Obligatoria (12 a 16 años), Bachillerato y Formación Profesional Específica de Grado Medio;
- Formación Profesional Específica de Grado Superior; y,
- Educación de Personas Adultas.

Las Enseñanzas de Régimen General ofrecen, dentro del sistema educativo, una especial atención a la diversidad que engloba programas de Garantía Social, de Compensación Educativa, de Diversificación y de atención a Alumnos con Necesidades Educativas Especiales. Las Enseñanzas de Régimen General se imparten en dos redes de Centros:

- La red de titularidad pública oferta estas enseñanzas a través de las Escuelas de Educación Infantil, las Casas de Niños, los colegios de Educación Primaria y los Institutos de Educación Secundaria.

¹⁴ El acuerdo fue suscrito por el entonces Presidente de la Comunidad de Madrid, Alberto Ruiz-Gallardón, el Consejero de Educación de la Comunidad de Madrid y por 20 representantes de sindicatos y organizaciones de la comunidad educativa.

¹⁵ La Educación Preescolar de los niños de hasta tres años de edad queda regulada fuera del ámbito de la Enseñanza de Régimen General por una normativa específica.

- La red de titularidad privada a través de sus Escuelas, Colegios o Centros imparte las distintas etapas a veces bajo concierto total, otras con concierto parcial y en otros casos sin que medie concierto económico al respecto.
 - b) Enseñanzas de Régimen Especial integradas por las Enseñanzas Artísticas (Música y Danza, Artes Plásticas y Arte Dramático) y las Enseñanzas de Idiomas.
Las Enseñanzas de Régimen Especial se imparten en centros específicos, como las Escuelas Oficiales de Idiomas, los Conservatorios, las Escuelas de Arte y las Escuelas de Arte Dramático.
2. Educación universitaria
- Además de lo anterior, cabe mencionar la Enseñanza Universitaria. Los estudios universitarios se estructuran como máximo en tres ciclos:
- Enseñanzas de sólo primer ciclo (duración de 3 años, su superación da derecho al título de Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico).
 - Enseñanzas de primero y segundo ciclo (duración de entre 4 y 5 años, su superación da derecho al título de Licenciado, Ingeniero o Arquitecto); y,
 - Cursos de doctorado (al menos 2 años, su superación, junto a la superación de la tesis doctoral, da derecho al título de Doctor).
- La educación universitaria se imparte en Facultades Universitarias, Escuelas Técnicas Superiores, Escuelas Universitarias y Colegios Universitarios.

6.3. Organismos del sistema educativo

En el sistema educativo de la Comunidad de Madrid intervienen diversos organismos, entre los cuales destacan:

- 1) **Consejería de Educación:** Es el órgano de la Administración de la Comunidad de Madrid al que se atribuye con carácter general la competencia autonómica en materia de investigación, juventud, así como las competencias en relación con la enseñanza en todos sus niveles.
Entre los organismos adscritos a la Consejería de Educación destacan, como entidades institucionales, la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid y el Consejo de la Juventud; y, como órganos consultivos, el Consejo de Estudiantes Universitarios de la Comunidad de Madrid, el Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid y el Consejo de Ciencia y Tecnología de la Comunidad de Madrid.
Entre las acciones desarrolladas por la Consejería de Educación en pos de dotar de efectividad práctica al derecho a la educación garantizado en la Constitución, cabe destacar que en abril del 2002 inició las

actuaciones del Plan Global para el Desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en los centros docentes —EDU-CAMADRID— con el objetivo de impulsar la plena incorporación del sistema educativo madrileño a la sociedad de la información.

- 2) Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid: creada por la Ley 15/2002, de 27 de diciembre, es un ente de Derecho público con personalidad jurídica propia, adscrito a la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid. Sus fines son promover la mejora de la calidad de la docencia, de la investigación y de la gestión y aumentar la eficiencia de las Universidades de Madrid. Realiza sus funciones en coordinación con la Agencia Nacional Evaluación de la Calidad y Acreditación.

Entre las funciones de la Agencia, destacan las siguientes:

- Evaluación del Sistema Universitario de Madrid;
 - la evaluación, acreditación y certificación, cuando proceda, de las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional y la obtención de diplomas y títulos propios de las Universidades y centros de educación superior radicados en la Comunidad de Madrid;
 - La evaluación y acreditación de actividades docentes, investigadoras y de gestión del personal universitario;
 - la evaluación y acreditación de los programas, servicios y actividades de gestión de los centros e instituciones de educación superior; y,
 - proponer a la Consejería de Educación y a las Universidades madrileñas, en sus respectivos ámbitos de competencia, planes y medidas de mejora de la calidad del sistema universitario.
- 3) Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid: creado por la Ley 12/1999, de 29 de abril, es un órgano de participación de la comunidad educativa en la programación de la enseñanza en Madrid. Con la creación del Consejo Escolar, se ha dado efectivo desarrollo al artículo 27.5 de la Constitución, de acuerdo al cual los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante la participación efectiva de todos los sectores afectados en la programación general de la enseñanza. Asimismo, su creación responde a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, el cual establece la obligatoriedad de la creación de un Consejo Escolar en cada Comunidad Autónoma.

El Consejo Escolar, adscrito a la Consejería de Educación, es el órgano superior de consulta y participación democrática en la programación de la Enseñanza de la Comunidad de Madrid, de los sectores afectados de niveles anteriores al universitario y de asesoramiento respecto a los anteproyectos de ley o reglamentos que hayan de ser propuestos o dictados por el Gobierno de la Comunidad de Madrid en materia de enseñanza no universitaria. Así, dentro de sus competencias, destacan el ser consultado sobre las siguientes materias:

- La programación general de la enseñanza, prestando especial atención a la planificación específica de la creación de nuevos puestos escolares que afecten al ejercicio efectivo del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza;
 - los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones generales que, en materia de enseñanza no universitaria, elabore la Consejería de Educación y Cultura y deban ser aprobados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, o aquellas que deban ser enviadas para su aprobación al Parlamento;
 - los criterios generales para la financiación del sistema educativo en la Comunidad de Madrid.
- 4) Consejo Social de las Universidades de Madrid: institución creada por la Ley 8/1997, de 1 de abril, es un organismo conceptual y políticamente orientado a la participación e interacción de la sociedad y la Universidad. El Consejo Social de cada Universidad está compuesto por un número total de 25 Consejeros, 10 en representación de la Junta de Gobierno de la Universidad y 15 en representación de los intereses sociales. Corresponde al Consejo Social la supervisión de las actividades de carácter económico de la Universidad y del rendimiento de sus servicios; promover la colaboración de la sociedad en la financiación de la Universidad, y las relaciones entre ésta y su entorno cultural, profesional, económico y social al servicio de la calidad de la actividad universitaria, a cuyo fin podrá disponer de la oportuna información de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación.
- Asimismo, le corresponde la aprobación del presupuesto y de la programación plurianual de la Universidad, a propuesta del Consejo de Gobierno. Además, le corresponde aprobar las cuentas anuales de la Universidad y las de las entidades que de ella puedan depender y sin perjuicio de la legislación mercantil u otra a las que dichas entidades puedan estar sometidas en función de su personalidad jurídica.

VII. CONCLUSIÓN

Educar, en los postulados constitucionales y legales, representa ante todo, una función social que compromete al Estado, la familia y la sociedad. No es sólo, por tanto, un acto individual o particular, sino un asunto colectivo, público y nacional. De este modo, educar implica el cumplimiento de un conjunto de fines y objetivos generales.

Desde esta perspectiva, la educación no se dirige sólo al aspecto meramente intelectual, esto es, a la transmisión de conocimientos, sino también al desarrollo cultural, físico y moral de aquellos a quienes se educa. La educación comprende la formación, el conocimiento o la transmisión de unos saberes sobre determinados objetos, bien con fines meramente teóricos o con propósitos pragmáticos. Pero la educación no se agota en estos aspectos, dado que el acto educativo desborda el carácter meramente objetivo y pragmático del objeto de

estudio o de instrucción, para articularse con ámbitos complejos, como la formación en valores, la identidad cultural, la cultura democrática y el libre desarrollo de la personalidad, fin último de la estructuración del ser.

En cada una de estas dimensiones de la vida social dichos procesos educativos se instauran, objetiva y subjetivamente, colocando universos simbólicos y referentes humanos, los cuales se prejuzgan como deseables por la sociedad. De esta manera se definen contenidos y procesos que orientan a su realización a través de concepciones implícitas y/o explícitas de formación, persona y sociedad, con la rica diversidad y pluralidad que ofrece nuestra nacionalidad y la visión antropológica que hemos forjado históricamente.

Dentro de esta perspectiva, el derecho a la educación guarda estrecha relación con los derechos sociales, toda vez que le permite al individuo «participar efectivamente en una sociedad libre» y adquirir las aptitudes y conocimientos necesarios para tomar parte en la sociedad. De igual manera, está vinculado con los derechos económicos en la medida en que la educación, de un lado, promueve la integración y la movilidad social en una economía moderna y, de otro, busca satisfacer derechos económicos como la libertad de empresa, el derecho a una vivienda digna y a la recreación. Desde la perspectiva de los derechos humanos, el derecho a la educación supera la división establecida entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, de otra, toda vez que la educación posee un conjunto de características transversales para el potenciamiento de los seres humanos en todas las esferas de la vida.

Lo anterior implica medidas que favorezcan en la esfera social, las condiciones y las garantías para el acceso, la permanencia y la calidad. Es importante, en primer lugar, incluir en la legislación medidas y programas administrativos, con las inversiones económicas necesarias que hagan de la educación básica un derecho obligatorio y asequible a todos. Una discusión de esta naturaleza pasa por definiciones de la sociedad y el Estado en torno a si el Estado tiene la obligación de aplicarla de inmediato o progresivamente; en segundo lugar, la responsabilidad de hacer extensivo dicho derecho a la enseñanza media, técnica y profesional; en tercer lugar, universalizar la gratuidad de la educación superior sobre la base de las capacidades de los estudiantes y, en cuarto lugar, fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de la educación básica.

Es claro entonces que el derecho a la educación implica dar a la enseñanza un valor fundamental para el desarrollo de personas auténticamente libres y responsables, y para el crecimiento de la sociedad. Los poderes públicos deben garantizar una enseñanza básica igual y gratuita para todos, incluidos los hijos de los emigrantes residentes en España. Una educación de calidad que potencie también el esfuerzo y el trabajo, y que dignifique la figura del maestro.

El Estado debe garantizar también la libertad de enseñanza. La educación no debe responder a las ideas o creencias del gobernante, sino al pluralismo de la sociedad. Por eso, el Estado debe reconocer el derecho a crear y dirigir centros educativos, a elegir centro, a la libertad de cátedra, a elegir la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones de los padres.

VII

RECENSIONES

Duverger, Maurice:
Les Constitutions de la France
Editorial PUF, XIV ed., marzo 2004

La milicia de Vichy lo secuestró y los japoneses decidieron traducirlo por considerarlo el mejor libro descriptivo de la Francia de los años cuarenta. Estamos hablando del librito de Maurice DUVERGER *Les Constitutions de la France* que ahora reimprime la editorial Presses Universitaires de France (PUF) dentro de la serie *Que sais-je?* Hablamos de librito en el mejor sentido de la palabra, porque es breve, ameno y a la vez riguroso y, cómo no, de estructura y desarrollo cartesiano.

Comenzando por la estructura, la obra consta de cuatro capítulos que se corresponden con las cuatro grandes etapas de la historia constitucional de Francia: Antiguo Régimen, de la Revolución Francesa al final del Segundo Imperio, Repúblicas parlamentarias y República semipresidencialista.

Dentro de cada capítulo, epígrafes claros y dentro de los mismos, letra grande para quien se conforme con una visión general, letra pequeña para el sediento de detalles, y apenas notas a pie de página. ¡Cuántas veces perdemos los lectores el hilo argumental por no querer privarnos ni de la información más accesorial!

En este caso, un armazón muy sencillo que hace fácilmente comprensibles épocas vertiginosas en las que las Constituciones intentan, con más o menos éxito, poner un poco de orden. Pero aunque el universo político parezca un caos, hay ciertas constantes que dan sentido a la evolución histórica y a las instituciones de un determinado país. Una Constitución no es un texto que surja del vacío. La palabra *Constitución* designa —según dice el autor en las primeras líneas— el conjunto de las instituciones políticas de una nación, afirmación que no puede sino sorprender viniendo de Francia, patria de la concepción racional-normativa de Constitución. Hagamos un breve recorrido histórico para extraer las líneas maestras.

En el Antiguo Régimen asistimos a la consolidación del absolutismo. No es el carácter hereditario de la Corona lo que caracteriza el absolutismo, por-

* Secretaria General de la Asamblea de Madrid.

que en fecha tan temprana como 1223, Felipe-Augusto rompe con la cooptación al no asociar a su hijo a la Corona, produciéndose la sucesión de manera completamente pacífica. La teoría del absolutismo se resume en dos fórmulas: el rey concentra todos los poderes y en el ejercicio de cada uno de ellos no conoce frontera, a pesar de la limitación teórica de las leyes fundamentales del reino. Pero aun con esto, si comparamos la antigua monarquía francesa con cualquier dictadura moderna, el mismísimo Luis XIV se nos aparecería como un rey liberal. Primero, porque las funciones del Estado de entonces nada tienen que ver con las del Estado social de ahora, y segundo, porque entre el sujeto del poder —el Rey— y el objeto del mismo —los ciudadanos— se interponían una serie de cuerpos intermedios que con sus privilegios suponían un contrapeso al poder real. Es en esta época además cuando se empieza a perfilar el esquema de un órgano decisorio —el Rey—, asesorado por órganos consultivos y rodeado de órganos representativos, Estados generales y Parlamentos. Los últimos son en realidad tribunales, pero los Estados generales encierran el embrión de lo que más tarde serán los Parlamentos en el sentido moderno del término. Con independencia de instituciones concretas, en el Antiguo Régimen se intuye la idea de Constitución y, además, de Constitución rígida.

Si TOCQUEVILLE demostró que la ruptura entre el Antiguo Régimen y la Revolución es menor de lo que a primera vista podía parecer, esa continuidad es más evidente aún dentro del período comprendido entre 1789 y 1875, durante el cual asistimos a la sucesión de trece Constituciones escritas: la Constitución de 1791, la Constitución de 1793, la del año III o del Directorio, la Constitución del año VIII o del Consulado decenal, la del año X o del Consulado vitalicio, la Constitución del año XII o del Imperio, la Constitución senatorial de 1814, la Carta de 1814, el Acta adicional a la Constitución del Imperio, la Carta de 1830, la Constitución de 1848, la Constitución de 1852 y la Constitución de 1870. Que no se preocupe el lector porque no vamos a entrar en su análisis. Simplemente haremos un par de consideraciones. En un intervalo de 86 años Francia se encuentra con más de quince regímenes políticos interrumpidos por al menos cuatro revoluciones y dos golpes de Estado. ¿Las causas de esta inestabilidad? Sin duda son variadas. Entre ellas la supresión violenta y completa de la Constitución tradicional en que el país se había basado durante siglos hasta la excesiva rigidez y detalle de las Constituciones escritas, que dificulta una suave adaptación a los cambios sociales y políticos. El ejemplo de TALLEYRAND parece suficientemente ilustrativo. Y así, llega DUVERGER a la conclusión de que hay dos ciclos políticos de estructura semejante: monarquía limitada, república, dictadura. El primer ciclo se desarrollaría de 1789 a 1814 y el segundo de 1814 a 1870.

Llegamos así al capítulo III, dedicado a las repúblicas parlamentarias, III y IV, caracterizadas por la estabilidad constitucional e inestabilidad gubernamental debida a una tendencia imparable al régimen asambleario. Describe muy bien DUVERGER este proceso en el que tiene una importancia sobresaliente el concepto de mutación constitucional. Quizás de lo más interesante de este capítulo sea el epígrafe dedicado a la irregularidad del régimen de Vichy. En su origen el Gobierno Pétain se establece de conformidad con las normas de la Cons-

titución de 1875. La irregularidad arranca de los actos constitucionales núms. 1 y 2 por los que el mariscal Pétain establece un régimen autoritario sin respetar la ley de revisión constitucional de 10 de julio de 1940, que obligaba a someter la nueva Constitución a ratificación popular y a la aplicación de la misma por las Cámaras que ella misma crearía. No debemos olvidar que la primera edición data de 1942.

El capítulo IV está ya dedicado a la V República. Se trata probablemente de la mejor parte del libro, en la que el autor despliega sus dotes de sagaz observador. Plasma una serie de ideas que más tarde repetirán la mayoría de los tratadistas políticos de este período. Una de ellas es que la estabilidad gubernamental de la V República no se debe tanto a la estructura de las relaciones institucionales configuradas en la Constitución de 1958, como al sistema electoral de escrutinio mayoritario a dos vueltas. Nos topamos aquí con la famosa *Ley Duverger* ampliamente desarrollada en su conocida obra *Los Partidos Políticos*.

Fecha fundamental para la V República es 1962, año en el que se instaura el sufragio universal para la elección del Presidente de la República. De 1958 a 1962 la figura del Presidente destaca en gran medida por la personalidad del General De Gaulle, pero va a ser el nuevo sistema de elección lo que haga de Francia una república semipresidencial, pues en democracia el sufragio universal directo equivale a la consagración de Reims en la antigua monarquía francesa. Esta teoría que el autor recogió tempranamente en sus obras *Mañana, la República* (1958) y sobre todo en *La VI República y el régimen presidencial* (1961), va seguida de un interesantísimo análisis de la cohabitación, concluyendo que el Presidente despliega todo su poder precisamente cuando esa cohabitación no existe, porque la mayoría parlamentaria le reconoce como su jefe.

Se trata, en definitiva, de una obra amena, fundamentalmente descriptiva pero repleta de sagaces observaciones, aunque no se comparta la conclusión del autor según la cual Francia se ha dotado de un régimen semipresidencial muy original, susceptible de diversas variantes, que constituye sin duda el mejor sistema político del mundo y el más moderno.

Solozábal Echevarría, Juan José:
Nación y Constitución.
Soberanía y autonomía en la forma política española
Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, 378 pp.

Escribo esta recensión en momentos en los que es centro del debate jurídico político una posible reforma constitucional que, precisamente afecta, entre otras materias, a la organización territorial del Estado. Asimismo, nos encontramos en vísperas de unas nuevas elecciones al Parlamento vasco por lo que esos términos «Nación y Constitución» que dan título al libro de Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA son, junto a otras como «comunidades nacionales», «nacionalidades», «soberanía» de uso constante en el panorama político español. Por estas visibles razones, esta recopilación de artículos, escritos y publicados por el autor entre los años 1997 y 2003, no deja de tener un gran interés en este período en el que se vierten opiniones distintas, constantemente, sobre el futuro y continuidad de ese nuestro llamado Estado de las Autonomías.

Estos escritos se hallan recogidos en dos partes: una primera cuya rúbrica es la de «Cuestiones autonómicas», que trata de diversos temas que se plantean en la estructura del Estado autonómico desde una perspectiva más general que la mostrada en la segunda parte, que se denomina «Papeles de Alzate» y que se refiere más en concreto al futuro del País Vasco. Analicemos, pues, brevemente las cuestiones abordadas en ambas partes dando sólo pequeñas pinceladas extraídas de las ideas plasmadas, en ocasiones de manera repetida, lo cual es fruto de la propia estructura del libro, por el autor en esta obra.

Abre el autor la primera parte con un artículo en el que se zambulle de lleno en el estudio de la soberanía, mostrándonos un análisis histórico de este concepto al haber sido la clarificación del mismo la posible respuesta a quien es el titular del poder. No obstante, el concepto de soberanía no es útil para responder a la realidad del Estado Federal y analiza si lo es para el Estado Autonómico, que es la forma en la que se desenvuelve el Estado español. En nuestro Estado, el pueblo, entendido como una unidad, es el sujeto de la soberanía y a él le corresponde el poder constituyente; por ende, tiene la capacidad

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

de dotarse y de disponer de un orden constitucional. El momento de hacerlo, el momento constituyente, nos destaca SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA que tiene una resonancia nacionalista, pues supone la pertenencia a un grupo humano que se autodetermina jurídicamente. De este planteamiento el autor extrae, por un lado la legitimación nacionalista de la Constitución y, por otro lado, lo que denomina nacionalismo constitucional, esto es, la Constitución identifica el contenido del nacionalismo. El residenciar la soberanía en el pueblo español significa cerrar el paso a conceptos de autodeterminación y a los derechos históricos que incidan en la titularidad del poder, si bien no se limita el régimen foral por la Constitución porque lo reconoce pasando de un status consuetudinario a uno constitucional, tema que aborda con más detenimiento en otro de sus escritos, como veremos. Finalmente, plantea la afirmación del Estado Autónomico sobre la aceptación en la sociedad de su necesidad y de su eficacia y para ello será necesario el mantenimiento de sus competencias, de su representación simbólica así como una lealtad constitucional y respeto al pluralismo constitutivo de España en el plano político y en el jurídico la homogeneidad e integración, lo cual se lleva a cabo a través de la regulación de las propias competencias y de la legislación básica y del principio de supletoriedad teniendo en cuenta la interpretación del Tribunal Constitucional relativa al mismo.

Por lo que se refiere ya a la segunda de sus publicaciones recogidas en este libro tiene como tema argumental el siempre problemático en España régimen lingüístico. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA presenta la cooficialidad lingüística recogida en la Constitución como garantía institucional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el modelo lingüístico no está exclusivamente en esta norma suprema, ya que las lenguas cooficiales al castellano tendrán su régimen en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, pero en éstos sólo viene recogido en sus líneas generales, pues la reserva no supone exclusividad en la materia. Por consiguiente, el constituyente difiere en bloque y en blanco la fijación del régimen lingüístico, lo cual trae determinadas consecuencias porque no impone ni pautas ni contenidos. Nos señala, asimismo en el presente, algunas decisiones del constituyente a este respecto: la lengua oficial de todo el Estado es el castellano (art. 3.1); cooficialidad del mismo en las Comunidades Autónomas con lengua propia (art. 3.2); derecho a su uso y deber de su conocimiento; respeto y protección al pluralismo lingüístico, incluyendo también al castellano (art. 3.3). Es asimismo interesante destacar que nos muestra el derecho a usar el castellano como un derecho de libertad pero no fundamental, no delimita su contenido la Constitución y por ello se puede poner en conexión con facultades integrantes en otros derechos con trascendencia lingüística. No obstante, su contacto con la garantía del deber de usarlo provoca la existencia de obligaciones para los poderes públicos así lo podemos derivar de la Sentencia 337/1994 del Tribunal Constitucional. También, nos recuerda la existencia de algunos problemas que en la cotidianidad genera, por ejemplo, la utilización en determinadas ocasiones, como en el acceso a la función pública, como mérito de acceso, lo cual no puede llevar a situaciones discriminatorias.

Entrando ya en «Constitución y Derechos históricos», debemos indicar que en él se centra en que supone la inclusión de la foralidad en la Disposición Adicional Primera, que desde un punto de vista político no satisfizo las pretensiones soberanistas vascas. Es su primer reconocimiento porque antes su existencia era *praeter* o extraconstitucional, en parte porque se consideraba que era difícil llevarlo a cabo al ser contrario al principio de igualdad inscrito en las raíces del constitucionalismo. La institución no se define en la Constitución, sino sólo es mencionada y su contenido se fija extraconstitucionalmente; de este modo, se establece una garantía institucional, pero al mismo tiempo se rebaja, pues se permite su actualización. Su reconocimiento le impone también limitaciones y exigencias inevitables porque no puede contradecirla en sus principios y porque no son derechos originarios sino procedentes de la soberanía popular. Analiza la foralidad dentro del juego de la autonomía destacando su distinto carácter respecto de las provincias y la protección que de las competencias de estos territorios históricos se ha establecido a través de la Comisión arbitral prevista en la Ley 13/1994 del Parlamento vasco, pero además subraya, con la repercusión jurídica que esto tiene, el complicado encuadramiento como reglamentos autónomos o independientes de las normas forales en la escala de las fuentes del ordenamiento jurídico español. Asimismo, nos reseña la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que permite la excepción de la aplicación de la regulación básica del Estado que obliga a todas las Comunidades Autónomas amparándose en un título competencial con respaldo foral, reflexionando sobre sus consecuencias y sobre dónde está el límite.

En el capítulo IV del libro recoge otro artículo con el título de «Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española», en el cual aborda esta cuestión tratando de estudiar una categoría ya existente en la realidad recogiendo con sus aspectos tanto jurídicos como políticos como pueden ser los que confluyen en el nacionalismo. Para ello, nos aporta teorías como las de KYMLICKA y TAYLOR, teorías del multiculturalismo que implican la no contraposición entre liberalismo y grupos y liberalismo y desarrollo individual que en él se recoge, el cual es consustancial a la cultura, que es un derecho colectivo; también el respeto a la igualdad, que a su vez en ocasiones puede generar políticas de discriminación positiva. Sin embargo, nos señala SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA los inconvenientes que HABERMAS ha observado en esta teoría debido a que considera superior en valores la legitimación democrático-procedimental del poder, que no ahoga la libertad, frente a la legitimación nacionalista, que sí puede llegar a hacerlo. Partiendo de estas teorías estudia los derechos colectivos fundamentales en nuestra Carta Magna y los simplemente constitucionales, hace hincapié en el estudio del derecho de autodeterminación que, como tal, según SOLOZÁBAL sólo es el que le corresponde a las colonias para liberarse de las metrópolis o, en todo caso, en supuestos de pretensiones de autodeterminación que se da en situaciones no democráticas.

En el escrito titulado «El Estado Social como Estado autonómico», desde una perspectiva jurídico-constitucional manifiesta la incidencia que en el principio de igualdad tiene la actuación social de las Comunidades Autónomas. Basa su estudio en la tesis de que en un Estado territorialmente descentralizado

el principio de igualdad, que es consustancial a todo Estado constitucional «ha de consistir en el mantenimiento de unos criterios de homogeneidad institucional básicos y en la exigencia de que todos los ciudadanos compartan el mismo status jurídico elemental» dentro del cual para SOLOZÁBAL están los derechos sociales y ello no debe significar, por tanto, una completa uniformidad. Según el autor, para conseguir esta igualdad el Estado deberá tener competencias normativas amparadas en el artículo 149.1.1 de la Constitución y con la finalidad de regular en unas condiciones que aseguren la igualdad el ejercicio del derecho social de que se trate.

En el siguiente artículo el autor realiza un estudio comparado de las formas de Estado compuesto para servirse así de las mismas para resolver algunos problemas o retos generados en el Estado autonómico como la igualdad entre las Comunidades Autónomas, los hechos diferenciales y la cooperación entre territorios. De este modo, desde un principio niega la viabilidad o la utilidad de la Confederación para dar respuesta a problemas políticos como los planteados por el derecho de autodeterminación que sin cobertura plantean algunos territorios. Destaca el *new federalism* con esos importantes principios del federalismo cooperativo y la lealtad federal para después comparar el Estado federal y el autonómico y equiparlos sustancialmente, salvo las especificidades jurídicas y políticas de nuestra forma de Estado que han permitido al menos hasta el momento, un alto grado de consenso.

De nuevo incide en el principio de igualdad con «Igualdad y hechos diferenciales en el Estado autonómico», manifestando que la igualación entre las Comunidades es garantía del funcionamiento correcto del Estado autonómico y también de su capacidad de integración, no obstante el límite de los hechos diferenciales reconocidos constitucionalmente (especificidades de orden lingüístico, foral e insular como base de un régimen especial privativo) y el funcionamiento del principio dispositivo.

El difícil tema de la nación es examinado en el capítulo VII en un intento de extraer el concepto que de la misma la Constitución ha establecido y para ello nos muestra el pensamiento de resolución de problemas concretos de AZAÑA y el más global de ORTEGA en torno a esta cuestión como antecedentes claros al pensamiento recogido en nuestra Norma fundamental, a lo que une otras visiones como las de ACTON o los austromarxistas. Recogiendo ideas que ya hemos ido exponiendo en el resumen de los anteriores artículos extrae una serie de conclusiones, como la aportación al Derecho constitucional de una nueva forma de Estado descentralizado, el relativo buen funcionamiento del mismo por varios factores (moderación por parte del Estado central, lealtad institucional, actividad del Tribunal Constitucional...), mantenimiento del denominado problema vasco.

Posteriormente, en otro escrito, desde un punto de vista más concreto estudia el Estado Autonómico pronunciándose por la viabilidad jurídico-política del Plan Ibarretxe, y lo hace desde un punto de vista jurídico, aunque con algún pronunciamiento sobre las implicaciones políticas. Parte de la base de la posibilidad de reforma de la forma política asentada por la Constitución pero de acuerdo con los cauces procedimentales por ella fijadas y en el caso de modi-

ficación de los Estatutos de Autonomía ésta se debe realizar con respeto del contenido constitucional que los vincula por el carácter normativo de la Carta Magna. Se refiere a la iniciativa de reforma del Estatuto y a la intervención en la reforma de las Cortes Generales, que él no considera únicamente de confirmación o de veto, observando en concreto las especialidades procedimentales respecto a otro tipo de proposiciones de ley como es la posibilidad de retirada por la Asamblea autonómica en cualquier momento, para después referirse al momento de confirmación o no del mismo por referéndum y si ésta es posible fuera de la reforma estatutaria sin que adopte la decisión el Gobierno central, a lo que responde el autor negativamente. Finaliza este artículo reflexionando sobre la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la soberanía desde su planteamiento de la posibilidad de una dualidad de lealtades no contrapuestas, sobre la inadecuación de asumir todas las competencias de Justicia y de relaciones internacionales, lo cual se pretende en el Plan, concluyendo que cualquier modificación que el rebasamiento del marco político vasco sólo puede hacerse de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

La primera parte la concluye con un tema que también incide directamente en la distribución territorial del poder, pues es el de la «Constitución y orden constitucional en la Unión Europea», el cual está de reciente actualidad debido al referéndum al que ha sido sometido el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. En él SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, señala que en la Unión no se puede hablar de la existencia de una Constitución federal propiamente dicha, pero eso no significa que no nos hallemos ante un federalismo de integración, no de devolución, donde tienen un especial protagonismo los Estados que la han constituido. Este protagonismo se demuestra en el más o menos reciente asentamiento del principio de subsidiariedad en el ámbito competencial frente a las tendencias excesivamente centralizadoras de la Unión. A ese carácter federal también parece responder el Tribunal de Justicia aunque con diferencias sobre el objeto y parámetro de control respecto a sus homónimos en los sistemas federales. Por todo ello, según el autor no se permite una lectura constitucional al hallarnos ante una organización internacional, al faltarle esa legitimación nacional propia de las Constituciones, si bien eso no significa que sea un orden sin justificación democrática. Debemos hablar más bien de una legitimidad estatal. Analiza la posible reforma de la Unión y lo hace desde un punto de vista no procedimental, sino material y sobre todo atendiendo al ámbito competencial y a la regulación de derechos. Respecto de lo primero, destaca que las competencias de la Unión son de atribución, sin embargo, al referirse en gran medida a objetivos tienden a ampliarse, tendencia que se frena actualmente a través de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad que aparecen juntamente proclamados, lo cual no resulta muy clarificador en torno a su aplicación. Por lo que se refiere a la segunda cuestión se pronuncia a favor de la incorporación de la Declaración de derechos en el Tratado antes mencionado, lo cual, como es conocido, ha sucedido y está sujeto en estos momentos a ratificación por referéndum de los ciudadanos europeos.

Entramos ya en la segunda parte denominada «Papeles de Alzate», que se abre con el siguiente título: «Estatuto vasco y orden constitucional», que pre-

tende abordar la autonomía vasca desde una perspectiva jurídico-constitucional. Con esta finalidad realiza un interesante estudio histórico de la foralidad para llegar a la situación presente de reconocimiento y garantía de la misma por la Constitución, en consecuencia, con base y límite en ella, y de «actualización» de estos derechos históricos, de los que son titulares los territorios forales, por el Estatuto de Autonomía y en su caso por la ley autonómica. Vuelve a repetirnos, como en otros artículos ya vistos, el carácter cuasi constitucional del Estatuto tanto en la respectiva Comunidad como en el Estado y precisamente, en la regulación institucional y competencial que le da esta determinación, el Estatuto vasco es único por la asunción del régimen foral. Pero la conclusión que extrae es sobre todo que los problemas del sistema político vasco no está «en los déficits institucionales ni en la insuficiencia de los instrumentos de autogobierno, sino en las carencias de su legitimación» que deriva en buena medida de «la vigencia en el propio nacionalismo de planteamientos confederalistas, difícilmente asumibles en ninguna forma política moderna».

En el segundo estudio de esta parte abandona un planteamiento fundamentalmente jurídico para incidir más en una visión de teoría política del problema vasco que manifiesta la posibilidad de la doble lealtad y la imposibilidad o más bien extrema dificultad de mantener un dialogo con el nacionalismo por su carácter total y de inadmisión de su parcialidad que nos recuerda a las críticas de HABERMAS que con anterioridad el mismo autor nos reseñaba.

De nuevo, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA en la «Soberanía como mito político» explora este concepto como demanda irrenunciable del nacionalismo cargado de emotividad y que sólo admite la adhesión sin propiciar un debate racional en torno a él. Pero muestra a su vez este catedrático los caracteres que ostenta la autonomía vasca con una cierta potestad cuasi constituyente reflejada en su Estatuto y sobre todo con una disposición de competencias que no se vería sino mermada por una reclamación a esa mítica soberanía. Rompe conscientemente con la idea de derecho al referirse a la autodeterminación en el escrito subsiguiente al definirlo como pretensión política que consiste en «la capacidad de una colectividad territorial de decidir soberanamente sobre su propia forma política» y «cuya razonabilidad hay que examinar caso por caso, pero que no disfruta de una justificación meta política en el campo de la ética o de las evidencias jurídicas». No sólo no es reconocido por nuestra Constitución, sino que por su contenido es contrario a ella.

El capítulo V de esta segunda parte se centra en los partidos nacionalistas y nacionales, protagonistas dentro del entramado autonómico y en el difícil encaje de los primeros en la concepción total del Estado por su marcado bilateralismo debido en muchas ocasiones a sus visiones confederales. El Estado autonómico también incide en los partidos nacionales que pueden verse enfrentados en su interior en las correspondientes facciones que pueden gobernar, por un lado, gobiernos regionales y, por otro lado, el Gobierno nacional. Realmente para superar los inconvenientes que surjan se debe aceptar el pluralismo, muchas veces mas técnico o institucional que estrictamente polí-

tico, existente en la representación y en los escenarios políticos, síntoma no de incoherencia, sino de riqueza políticas.

La asunción de la historia de una manera completa tal y como se dio desde el inicio de los fueros es una sugerencia que realiza el autor desde el inicio del artículo «Nacionalismo vasco y democracia constitucional. Seis claves», que recoge a su vez diversos artículos publicados en *El País* y en *El Correo* y que serviría para calibrar adecuadamente el nivel de dependencia con que la autonomía vasca actualmente cuenta. Con el término «posnacionalismo» SOLOZÁBAL da su visión de los errores (el problema vasco sólo a los vascos compete, el hostigamiento inadecuado al nacionalismo vasco, la autodeterminación como solución...) que se deben superar como demuestra la lectura de los anteriores resultados electorales y que posiblemente sea adecuado volver a releer tras la celebración de las venideras. En este compendio de escritos otras ideas destacan como la necesidad para que haya libertad de que haya paz, la Constitución no es anticonstitucionalista ni el nacionalismo anticonstitucional, la diferencia que hay entre partido y gobierno, lo cual se debe reflejar en el panorama vasco en mayor medida.

Por último, se cierra este libro con el comentario a otros tres libros, concretamente: *Un pueblo escogido*, de Antonio Elorza, *La historia de ETA* con el anteriormente citado como coordinador, y *La patria de los vascos* de Javier CORCUERA en los cuales se hacen estudios históricos del nacionalismo desde diferentes visiones o personajes, dando la posibilidad a SOLOZÁBAL de destacar sus opiniones al respecto.

No nos queda ya, finalizada la reseña de todos los estudios que integran esta obra, sino decir que fue el establecimiento del Estado autonómico con la Constitución de 1978 una de las principales novedades de la misma, en ese intento de dar respuesta a la distribución territorial del poder en el Estado de una manera completamente distinta a como se ha hecho desde el Renacimiento en lo que podemos denominar Nación española. Sin embargo, aunque ha servido para transformar los conflictos en clave existencial en conflictos jurídicos de razón competencial, no está exento en estos momentos de ser cuestionado. Posiblemente como hace este autor hay que creer aún más en la compatibilidad plena de lealtades políticas «asumiendo toda la historia propia... sin exclusiones ni mutilaciones del patrimonio común».

Alli Aranguren, Juan Cruz:
Derecho Administrativo y Globalización

(Serie Monografías)

Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra
Thomson, Civitas, 1.^a edición, 2004

El Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (1999) dice que *«la mundialización es más que la corriente de dinero y productos, es la interdependencia cada vez mayor de la población mundial. Y la mundialización es un proceso que integra no sólo la economía, sino, además, la cultura, la tecnología y la estructura de gobierno»*.

Administración y globalización (concepto que, en su sentido estricto, no siempre se hace coincidir con el de mundialización, y se asimila más bien a la transferencia internacional de bienes y servicios), dos conceptos que podrían parecer difíciles de articularse conjuntamente, y que, sin embargo, están condenados a entenderse. ¿Cómo poder administrar algo global? ¿Existe alguna fuerza capaz de administrar un fenómeno de tanta magnitud como es la globalización? Ante la inexistencia de un poder mundial capaz de hacer frente a este fenómeno de forma unitaria, la Administración Pública de cada Estado es quien ha de enfrentarse a ello en su territorio. El Derecho administrativo propio de cada Estado necesita adaptarse a los nuevos tiempos y dar respuesta a las incipientes necesidades. Lejos de pensar que el Estado ha llegado a su fin, como algunos han sostenido, quizá sea más real entender que estamos en un proceso de transición a una nueva forma de Estado, ¿cuál? Es difícil de decir, pero ya existen teorías sobre ellos, como las de FUKUYAMA, que se muestra partidario de la construcción de un Estado fuerte capaz de hacer frente a los graves problemas a los que se enfrenta el mundo. En ese Estado fuerte tendrá un papel significativo la Administración Pública, pero aún estamos en los comienzos de la articulación de dicha Administración.

Estamos ante un libro de amplio contenido y estructura compleja, a veces desconcertante, pero no por ello deja de ser claro su entendimiento. Casi

★ Letrada de la Asamblea de Madrid.

podríamos pensar que estamos ante dos libros, uno de Economía y otro de Derecho, publicados conjuntamente, si bien la última parte del volumen trataría de aunar los contenidos de las dos primeras.

Tras una breve introducción, se divide la obra en dos amplios capítulos (que bien podrían considerarse libros), que a su vez se subdividen en una pluralidad de subapartados de contenido variado.

Comienza el libro con una **introducción** a lo que dedicará el autor gran parte de su obra, una referencia general al surgimiento del Derecho Administrativo y su posterior evolución a través de las distintas formas de articulación del Estado. Parte para ello ALLI ARANGUREN de la necesidad de tener siempre presente las circunstancias de cada momento histórico para poder conocer la concreta articulación del Estado, del Derecho y de la Administración. Si con mayor o menor retraso, y sin perder su identidad, todos ellos se han adaptado a las exigencias, a veces inciertas y variables, de los nuevos tiempos, otro tanto cabe esperar que suceda en los momentos actuales. En este punto, es indicativa de la opinión sostenida por el autor en toda la obra, en relación con el nuevo marco y el Derecho administrativo, la frase en la que dice que *«la afectación de los cambios socioeconómicos sobre el Estado repercute inmediatamente sobre el Derecho Administrativo que, por su propia naturaleza, está en continua evolución y acredita, mucho más que otras ramas del Derecho, su carácter instrumental»*.

El **Capítulo I** lleva por título «El Derecho Administrativo y la evolución del Estado». Dedicar ALLI ARANGUREN casi la mitad de su obra a la exposición de la evolución del Estado y cómo el Derecho Administrativo se ha ido adaptando a lo que le exigen las nuevas circunstancias. En mi opinión, el autor ha efectuado una exposición excesivamente amplia de esta materia, máxime si tenemos en cuenta que el título de la obra hace que el lector espere encontrarse directamente con un análisis de la situación del Derecho Administrativo en los tiempos presentes. No obstante lo anterior, ha de reconocerse al autor el haber sabido hacer una exposición clara y precisa de la evolución del Estado y del Derecho de la Administración, con múltiples referencias doctrinales y un análisis pormenorizado de las aportaciones de los principales representantes de esta rama de la doctrina jurídica.

En la primera parte del capítulo primero, como pone de relieve su propio título, «El origen histórico del Derecho Administrativo», hace el autor un recorrido por los siglos XIX y XX a través de las distintas formas de articulación del Estado y la adaptación al mismo del Derecho. Comienza su exposición aludiendo al debate histórico en torno a si el Derecho Administrativo surgió con la Revolución francesa (postura sostenida, entre otros, por WEIL y FROSTHOOF) o lo hizo en un momento anterior, en los grandes imperios burocráticos de la antigüedad, para llegar, finalmente a la conclusión de que lo realmente importante es el nuevo camino que comenzó a partir del citado proceso revolucionario en la Europa continental. Gran influencia ejercerán a partir de entonces la Teoría del Estado y las doctrinas constitucionales en la articulación del Derecho Administrativo, incluso cuando éste adquiere su independencia dogmática. Como ya recordara SANTAMARÍA, la rama del ordenamiento jurídico que regula la Administración Pública es, ante todo, un producto histórico, y podría-

mos decir que también sociológico, y únicamente desde estas perspectivas puede comprenderse, teniendo en cuenta, además, que la propia historia y la sociedad del momento serán quienes pongan de relieve la mutación de las instituciones administrativas para adaptarse a las exigencias sociales.

La exposición continúa con la realización de una síntesis, primero, del Estado Liberal de Derecho, para luego analizar, a través de las figuras de HAU-RIOU y O. MAYER, las aportaciones del mismo al ordenamiento jurídico público. Posteriormente, centra el autor la atención en el tránsito hacia el Estado Social de Derecho y su plasmación en las doctrinas del servicio público de DUGUIT y del Derecho público alemán a través de FLEINER. También analiza el Estado Social, su consideración de sistema de distribución y redistribución del producto social, y se detiene especialmente en el análisis de la conocida «procura existencial» de la que hablara FORSTHOFF. Y, finalmente, termina con la referencia al Estado social y democrático de Derecho y la crisis del mismo, centrándose principalmente en las críticas neoliberales, los procesos de creación de espacios políticos y económicos supraestatales y la descentralización funcional y territorial, temas sobre los que volverá reiteradamente a lo largo del libro.

La segunda parte del primer capítulo se titula «Las concepciones funcional y subjetiva del Derecho administrativo». Parte el autor de la definición de las dos facetas que, tradicionalmente, se han manejado para determinar el objeto de esta rama del ordenamiento. A partir de ahí, analiza cada una de ellas. Así, dentro de la faceta funcional, se centra el autor en tratar de dar una visión acerca de la función ejecutiva y las posiciones del Gobierno como director de la política y cabeza de la Administración Pública; realiza una exposición sintética de la figura del servicio público (a la que ya se había referido al hablar de DUGUIT); llama la atención sobre los poderes exorbitantes de la Administración y, finalmente, partiendo de la distinción de LAUBADÉRE entre ordenamiento jurídico y actividad jurídica, y de los planteamientos de ZANOBINI y RIVERO, analiza la función administrativa propiamente dicha; para concluir esta parte con una referencia a la conformación social a través de la exposición de la doctrina de WOLFF.

En cuanto a la concepción subjetiva del Derecho Administrativo, realiza ALLI ARANGUREN un análisis de la misma distinguiendo entre el criterio orgánico, por un lado, y la Administración como sujeto, por otro. En cuanto al primero, señala el autor que la unidad de la heterogénea actividad administrativa proviene del sujeto que la realiza, es decir, del complejo orgánico que se integra en el poder ejecutivo, como sostienen GARRIDO FALLA y MIELE. A continuación, analiza el autor varios aspectos relacionados con la consideración de la Administración como sujeto entre los que destacan la actividad administrativa como actividad que vela por los intereses colectivos; la Administración como complejo orgánico; la Administración como organización, que para GIANNINI es «el aparato del Estado»; y la actuación administrativa en sentido estricto, que según el autor italiano se caracteriza por ser actividad del aparato administrativo, autoritaria y regida por un Derecho propio, el administrativo.

La tercera y última parte del capítulo inicial tiene por título «La unidad del Derecho público en dos maestros franceses», y en ella, ALLI, partiendo de la conexión existente entre las ramas constitucional y administrativa del ordenamiento, realiza una exposición de los planteamientos que VEDEL y RIVERO hicieron al respecto, con especial hincapié en la necesidad de defensa de los derechos humanos, lo cual no deja de ser una consecuencia del propio desarrollo de los mismos acontecido como consecuencia de las dos grandes guerras del siglo XX.

El **Capítulo II**, bajo el título de «Los retos actuales del Derecho Administrativo», es, a mi juicio, la parte más interesante (por resultar más novedosa) de la obra, si bien, como ya señaláramos, tiene un contenido complejo, con importantes referencias económicas. Partiendo de la consideración, no siempre compartida, de que el Estado ha llegado a su culminación en el siglo XX, expone ALLI la tesis, esta vez sí compartida por la mayoría, de que estamos viviendo un intenso período de transición, en el que es necesario adaptar la sociedad y todas sus instituciones, jurídicas o no, a las nuevas exigencias. Estos cambios tienen y tendrán una especial incidencia en la función administrativa, en la medida en que parece constatarse la recuperación de una concepción del Estado relacionada con la ideología liberal, «*cuyo ordenamiento jurídico se expande en un nuevo orden económico que afecta a la disponibilidad de medios, la gestión más eficiente de los mismos desde una mayor presencia de las técnicas económicas de gestión en una valoración económica del Derecho*». El autor, a través de las cinco partes en que se divide el segundo capítulo, tratará de mostrar las líneas por las que parece caminar el ordenamiento administrativo.

La primera parte del capítulo se dedica a la exposición de «La Administración y el Derecho administrativo al inicio del siglo XXI». Si el Derecho moderno se ha caracterizado por su carácter sistemático, su generalidad basada en conceptos abstractos agrupados en categorías y la estabilidad, la nueva configuración del ordenamiento jurídico, o el *Derecho posmoderno* como prefiere llamarlo el autor, se caracteriza por ser un instrumento flexible (dentro de los márgenes que el Derecho admite al respecto) de regulación. El Derecho ha de ser un medio (función instrumental) para gobernar sociedades complejas y que garantice la creación de gobiernos más abiertos y participativos. Entre las consecuencias que se derivan de lo anterior, se destacan en el libro el surgimiento de una pluralidad de fuentes del Derecho (tanto internas como externas, a nivel horizontal y vertical), la adaptabilidad de las normas y su carácter muchas veces técnico.

Esta nueva forma de articulación del ordenamiento jurídico tiene que hacer frente a múltiples aspectos, destacando entre ellos el mantenimiento de una Administración servicial y garante. Como se dice en el libro, a medida que el cambio producido en una sociedad es más profundo, resulta más complicado mantener la neutralidad administrativa, pudiendo llegarse al caso de que la Administración Pública, a través de la tecnocracia, se enfrente al poder político. En cualquier caso, se mantienen principios básicos de la organización del Estado, y entre ellos, la consideración de la Administración como servidora del interés general, siendo conscientes de que éste no deja de ser un concepto jurí-

dico indeterminado, y que será el momento histórico el que determine su concreto contenido en un momento dado. Asimismo, se está insistiendo con especial interés en la necesidad de que la Administración aparezca como garante de los derechos y libertades. A este respecto son significativos los textos constitucionales más recientes, las declaraciones internacionales sobre la materia (así, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, incluye el derecho a que las instituciones y órganos de la UE traten los asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable), y la propia obra interna del legislador, que tratan de situar al ciudadano como figura central del ordenamiento administrativo (recordemos el art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que, entre otras cosas, asume el contenido de la Ley 1/1998, de Garantías de los Contribuyentes). Y todo ello con independencia de la llamada «huida del Derecho Administrativo» y de la descentralización tanto funcional como territorial de la organización administrativa.

En segundo lugar, centra el autor su atención en *el Derecho administrativo económico*, en la medida en que parece considerar que la economía es el eje en torno a lo que se mueve toda la sociedad. Tras hacer una exposición del origen histórico del llamado Derecho económico, procede luego a referirse a su crisis, puesta de manifiesto principalmente por la escuela económica liberal de Chicago. La globalización, en opinión del autor, ha provocado una reducción y flexibilización de las normas, una pérdida del anterior protagonismo estatal y de su poder en beneficio de otros ámbitos de decisión en una suplantación del Derecho nacional por el supraestatal.

Existiendo actualmente una sociedad globalizada, que tiende a la máxima libertad y a la reducción del papel de los poderes públicos, se constata que la Administración pierde protagonismo en la vida económica, incrementando, en cambio, las actividades de policía administrativa y de fomento de la actividad de los particulares. No obstante lo anterior, se mantienen intervenciones que implican acciones positivas a costa de los ciudadanos titulares de bienes de los que el ordenamiento jurídico exige que cumplan una función social (recordemos el art. 33.3 de nuestra Constitución), y también es preciso no perder de vista que los Estados, en uso de su soberanía, se han sometido a regulaciones realizadas por organismos internacionales y regionales (OMC, UE,...) para hacer razonable la integración económica regional y global. Realiza ALLI una sintética exposición del modelo económico de la Constitución de 1978 y de la libertad de empresa y la actuación pública empresarial, haciendo referencia al régimen jurídico impuesto al respecto por la Unión Europea. En relación con ésta, llama la atención el autor sobre el principio de subsidiariedad aplicado a la actividad pública económica.

Como tercera parte del capítulo segundo, expone el autor *las tendencias económicas y sociales de la posmodernidad*. Comienza su exposición, una vez más, con una referencia a los profundos y múltiples cambios en los que está inmersa la sociedad actual, y dedica unas cuantas páginas a profundizar en el análisis de la corriente neoliberal imperante. Dicha corriente presenta varias líneas

que la fundamentan, así, la neotecnocracia, la competitividad, la tecnología, la desintegración de los vínculos sociales y el rechazo de lo público frente a lo privado. Todo ello ha propiciado la globalización, término a cuyo análisis se dedica buena parte del capítulo segundo. En efecto, elabora ALLI una completa síntesis del fenómeno globalizador, con referencia a los principales autores que se han dedicado a su estudio (GIDDENS, OMAHE, SOROS,...) y de las aportaciones efectuadas por los distintos organismos internacionales. La globalización, no obstante, ha sido también objeto de críticas, que se recogen en la obra analizada y entre las que el autor destaca la pérdida del papel del Estado. En este sentido, el Fondo Monetario Internacional ha aludido a las reformas de segunda generación, que buscan fortalecer las instituciones públicas y su transparencia, la regulación de los mercados y los servicios públicos, etc.

Este apartado tercero finaliza con una serie de referencias a la regionalización, la defensa de las identidades y la superación del Estado-Nación y a la conciencia ambiental que se está desarrollando a nivel mundial (recordemos el concepto de desarrollo sostenible) y que es sin duda una de las principales líneas de expansión del Derecho administrativo y de la actuación de las Administraciones Públicas a todos los niveles.

El cuarto apartado del capítulo segundo se dedica al análisis de una materia que, quizá por poco conocida en nuestro ámbito cultural, resulta llamativa al lector: *el Análisis económico del Derecho (AED)*. Éste es el método que ha sido utilizado, fundamentalmente, para realizar la crítica al Derecho económico y a sus fundamentos ideológicos. Por medio del mismo, se apoyan las tesis relativas al predominio del mercado y el rechazo del intervencionismo estatal por considerarlos económicamente más eficientes. El AED parte de considerar que el Derecho tiene un valor económico que puede analizarse, al ser un instrumento regulador de conductas individuales y sociales. En cualquier caso, lo cierto es que el AED, surgido en las escuelas de Yale y Chicago, apenas ha tenido incidencia en el ámbito del Derecho continental europeo. No obstante, algunos de sus planteamientos podrían ser útiles en su aplicación al Derecho en general y al orden administrativo económico en particular, al ayudar a superar ciertas dificultades, como las relativas a los contratos administrativos afectados por los flujos financieros, el reparto de riesgos y la localización de sus oportunidades, etc. Pero siempre respetando los principios rectores del orden jurídico.

El capítulo segundo finaliza con una amplia exposición de *las adaptaciones del Estado y la Administración* a las nuevas necesidades. Probablemente no esté ocurriendo nada que no haya sucedido en otros momentos de la historia, pero lo que si es cierto, es que los cambios se están sucediendo a una velocidad y con una intensidad mayor por los propios avances tecnológicos. La transformación del Estado se realiza según el tipo de sociedad que se quiera establecer o mantener en las democracias consolidadas. Todo ello en un contexto político e institucional nuevo, como es el de la construcción de nuevos espacios, entre nosotros la Unión Europea, en el que es preciso determinar cuestiones tales como el alcance de las soberanías, las normas de integración, etc. Como consecuencia de la globalización económica, los Estados y las Administraciones de los

mismos siguen teniendo un papel significativo, que determina la necesidad de un orden jurídico administrativo que haga frente a los nuevos retos.

Entre los conceptos que están vinculados a la globalización y que por ello están siendo objeto de una reformulación está el de gobernanza, asumido tanto por las instancias internacionales (UE, ONU...) como por los propios Estado. La gobernanza hoy ha de entenderse, según ALLI, como *«proceso de transformación del modo de gobernar caracterizado: a) por superar la exclusividad de los poderes públicos en la gestión de los asuntos públicos dotados de potestades exorbitantes y de una capacidad coercitiva sobre la sociedad, y b) por reconocer la pluralidad de agentes sociales con posibilidad de intervenir en los asuntos públicos e interdependencia entre los mismos, de modo que su asociación implique su participación y cooperación en la toma de decisiones, la gestión y las responsabilidades»*. Analiza el autor con cierto grado de detalle el concepto de gobernanza desde las perspectivas europea y neoliberal.

Se dedican también unas páginas del libro al estudio de la organización en redes del mundo actual. Se considera que *«las redes son instrumento de definición y gestión de políticas, programas y proyectos públicos por medio de procesos de articulación de las relaciones interestatales, intergubernamentales e intersociales»*. Cualquier análisis de las múltiples redes existentes (por ejemplo, las políticas y de cooperación intergubernamental) muestra que las mismas han establecido una nueva forma de relación entre los poderes públicos, y de éstos con la sociedad, basado siempre en el principio de la cooperación y la coordinación para conseguir los objetivos comunes o compartidos.

Si la globalización alude generalmente a ideas económicas, lo cierto es que también se está produciendo una globalización jurídica. No podemos hablar de la existencia de un Derecho mundial, pero si se ha avanzado, lenta pero considerablemente, en el Derecho internacional (sobre todo en el ámbito de los derechos humanos), siendo notable este avance en Europa y, fundamentalmente, en la Unión Europea. Señala el autor que se ha producido un cambio de paradigma en relación con la capacidad normativa del Estado, en la medida en que en el mismo se multiplican los centros productores de normas y, asimismo, se ve afectado por normas internacionales. En opinión de ALLI ARANGUREN, los desafíos a los que se hacen frente por los juristas en la actualidad se refieren principalmente a la existencia de una pluralidad de procesos de internacionalización del Derecho, que crean confusión y a que el ordenamiento jurídico trata de caminar hacia su unificación, uniformidad y armonización en muchas materias, olvidando que una misma norma no siempre produce los mismos resultados en todas las sociedades.

En concreto, el Derecho administrativo puede considerarse que está afectado por una crisis, en cuanto que no se adapta a las nuevas exigencias, crisis que quizá sea mayor en los Estados que realizaron una adaptación más radical a los postulados del Estado Social, al seguirse hoy una línea aparentemente inversa. Básicamente, la citada crisis afecta a su sistema normativo (es necesario que se adapte a la heterogeneidad y complejidad de fuentes creadoras del Derecho), al competencial (en la medida en que existen ámbitos de decisión supra e infraestatales) y al orgánico, puesto que *«se trata de reestructurar los orga-*

nismos y sistemas públicos en sus principios, su cultura, su responsabilidad para conseguir con la mayor eficiencia económica la mayor eficacia en la gestión». A las anteriores consideraciones podemos añadir que las Administraciones Públicas han de dar respuesta a problemas que sin surgir en el interior del Estado, están, sin embargo, condicionando de alguna forma su capacidad de actuación (pensemos en la inmigración o en el medio ambiente).

Podemos concluir recordando que la historia es un cambio constante al que han de hacer frente las sociedades para lograr su pervivencia en el tiempo. Sólo adaptándose a las nuevas exigencias, pero respetando y ahondando en los valores considerados superiores e inderogables y que tanto ha costado conseguir, será posible perfeccionar el camino que comenzó a caminarsse hace más de dos siglos.

Blanquer, David:
Contaminación acústica y calidad de vida.
Un entorno de calidad para el turismo urbano
Valencia, Tirant lo Blanch-Fundación Cañada Blanch,
Serie Ocio y Turismo, 2005, 451 pp.

Sumario: I. EL CONTINUO COMBATE JURÍDICO CONTRA LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA.—II. LAS IDEAS PRINCIPALES DE LA OBRA: UNA VISIÓN GENERAL.—III. COMENTARIOS FINALES PERSONALES.

I. EL CONTINUO COMBATE JURÍDICO CONTRA
LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

El trabajo del que gustosamente vamos a dar cuenta tiene como objeto de estudio un problema presente prácticamente en todos los núcleos urbanos de nuestro país: la contaminación acústica. El ruido es fuente generadora de problemas importantes para la salud humana, y en esta medida afecta a la calidad de vida, como el autor afirma desde la primera página de su trabajo. A lo largo de la obra se va desgranando la problemática que genera la contaminación acústica desde los distintos enfoques jurídicos con que puede ser abordada: constitucional, penal, civil y administrativa. La finalidad del trabajo es así el análisis y estudio de los diversos mecanismos jurídicos existentes en el Ordenamiento jurídico para luchar contra esta fuente de degradación de la calidad de vida. Entre esas herramientas destacan especialmente de las que dispone en la actualidad la Administración Pública para combatir la contaminación acústica.

En concreto han sido tradicionalmente los Municipios quienes se han encargado, por razón de sus competencias, de liderar dicho combate, y no siempre satisfactoriamente. En efecto, hasta la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido ninguna norma con rango de Ley estatal había acometido dicha tarea. Así, el ruido ha sido considerado una forma de contaminación atmosférica y, en cuanto tal, incluido en el ámbito de aplicación en la ley básica esta-

* Profesor del Área de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

tal reguladora de esta materia: la Ley de Contaminación Atmosférica del año 1972. Esta Ley define la contaminación atmosférica como la «presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza». Bajo esta definición encontraban cabida, además de la contaminación atmosférica en sentido estricto, la contaminación lumínica, cuya problemática se encuentra lejos de ser abordada integralmente por los poderes públicos, y la contaminación acústica.

Sin embargo, este enfoque era del todo insuficiente para su tratamiento. Los Ayuntamientos, principales gestores del problema de la contaminación acústica, han visto durante años cómo tenían que buscar cobertura en distintas normas para justificar las medidas que adoptaban contra la contaminación acústica, y ello cuando se decidían a hacerlo ¹. De este modo, la jurisprudencia recaída ha tendido a amparar las actuaciones municipales en función de la interpretación más o menos amplia que efectuaran de la norma de cobertura. Seguidamente vamos a poner algunos ejemplos de diversos conflictos sustanciados en sede judicial relativos a conductas relacionadas con la contaminación acústica para comprobarlo. Nótese la considerable variedad de las materias sobre las que versan las distintas normas de cobertura invocadas.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2004, de 23 de febrero, consideró que la normativa municipal sobre contaminación acústica vulnerada tenía un engarce directo con la Ley de Contaminación Atmosférica de 1972, en la medida en que el ruido está integrado por «partículas o formas contaminantes» o se trata de una «forma de energía» que se emite a la atmósfera e implica «riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza». No obstante, tres magistrados formularon un voto particular disidente al Fallo mayoritario del Tribunal Constitucional fundamentándose, precisamente, en la amplitud de la interpretación realizada de la noción de contaminación atmosférica.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2004, de 26 de febrero, estimó el recurso de amparo interpuesto por el titular de un establecimiento de ocio contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que había confirmado la sanción que le había sido impuesta por el Alcalde Presidente de la ciudad de Santander por contravenir la Ordenanza municipal de protección del Medio Ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones. Dicha Ordenanza tipifica como infracción administrativa grave «ejercer acti-

¹ Como afirma el voto particular emitido por el Magistrado del Tribunal Constitucional a D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, entonces Presidente de dicha institución, a la decisiva Sentencia para la materia que nos ocupa 119/2001, de 24 de mayo:

«La pasividad de los poderes públicos, en particular la inoperancia de los Ayuntamientos, resulta más censurable si tenemos en cuenta que las técnicas modernas facilitan la insonorización perfecta, sin que trasciendan a la calle los ruidos producidos en el interior de un local (verbigracia, una sala de fiestas), o que tengan su causa en aparatos de refrigeración o de extracción de humos. Es un problema estrictamente económico. Si se superan con exceso los indicados límites de la OMS, pueden generarse comportamientos sociales agresivos, impidiendo en todo caso que los afectados puedan conciliar el sueño y disfrutar de sus domicilios en unos términos que hagan de éstos reconocibles como tales y no sólo como nichos habitacionales.»

vidades industriales con puertas o ventanas abiertas». Según el Ayuntamiento de Santander y el Ministerio Fiscal la sanción tenía cobertura legal en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC) ². Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió que la sanción impuesta carecía de cobertura normativa alegada porque el concepto de seguridad pública debe ser interpretado en sentido restrictivo, de forma que no puede ser identificado sin más con la protección de personas y bienes, y el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, pues de lo contrario prácticamente todas las normas que integran el Ordenamiento jurídico podrían ser calificadas como de seguridad pública (STC 104/1989, de 8 de junio, entre otras muchas citadas por el propio Tribunal Constitucional) ³. Según el Tribunal Constitucional:

«La Ordenanza no deja de establecer un conjunto de reglas que protege la tranquilidad ciudadana a través de una intervención administrativa que no resulta extraordinaria y que se desarrolla de manera constante y regular, permitiendo el funcionamiento normal de las actividades afectadas de modo que los ruidos y vibraciones que produzcan no alteren la calidad de vida de los ciudadanos; finalidad en la que se inserta incluso el régimen sancionador, en el que no se pueden atisbar reacciones para situaciones que puedan ser consideradas de riesgo extraordinario. Por tanto, el fundamento de la Ordenanza no se puede incardinar propiamente dentro del concepto de seguridad pública ni, en suma, en el ámbito estricto de cobertura de la LOPSC» ⁴.

² Artículo 23.ñ) LOPSC: «La apertura de un establecimiento, el inicio de sus actividades o el desarrollo de su funcionamiento sin autorización o sin adoptar total o parcialmente las medidas de seguridad obligatorias o cuando aquéllas no funcionen o lo hagan defectuosamente, o antes de que la autoridad competente haya expresado su conformidad con las mismas.»

Artículo 23.e) LOPSC: «La apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización o excediendo los límites de la misma.»

³ La noción de seguridad pública se refiere más bien a «a las organizaciones y medios instrumentales, en especial lo cuerpos de seguridad a que se refiere el artículo 104 de la CE». No obstante, también se encuentran comprendidos en la seguridad pública las normas cuyo ámbito material no es regular las funciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad, sino las desempeñadas por otros órganos o autoridades administrativas que su actuación se refiere a «situaciones o productos que son susceptibles de ocasionar graves riesgos para las personas y bienes, lo que exige la adopción de medidas de especial intensidad». Es el caso, pone como ejemplo el Tribunal Constitucional, de los servicios de protección civil o los servicios necesarios para la custodia, traslado y, eventualmente, destrucción de estupefacientes o psicotrópicos. Tanto las fuerzas y cuerpos de seguridad como estos servicios señalados, desempeñan funciones relativas a la seguridad pública, pero entendida en un sentido estricto, que es precisamente el seguido por la LOPSC, cuyo artículo 1.2 señala que las potestades administrativas previstas en la propia Ley tienen como finalidad «asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la comisión de delitos y faltas».

⁴ Curiosamente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de abril de 1995, afirmaba que el hecho de tratarse de una actividad clasificada «justifica en todo caso la intervención de la Administración, en cuanto aquélla se halla sometida a la condición implícita de tener que ajustarse a las exigencias del interés público. Si a ello unimos las facultades de la Administración en orden a la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas es claro que la función de policía de la Administración incluye la posibilidad de adoptar medidas cautelares por razón de garantizar el normal desarrollo del procedimiento, evitar la comisión de nuevas infracciones o asegurar el cumplimiento de la sanción que pudiera imponerse».

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 24 de noviembre de 1994 anuló la medida de cierre decretada por el Ayuntamiento de Logroño de un establecimiento tras varias inspecciones en el plazo de un año que habían confirmado el exceso de ruidos, al considerar que se había impuesto la sanción de cierre del local incumpliendo el procedimiento sancionador establecido en el artículo 37 de la Ordenanza de ruidos y vibraciones y 34 y 37 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por RD 2414/1961, de 30 de noviembre (en adelante RAMINP). Dichos preceptos disponen la obligación de efectuar hasta tres inspecciones antes de ordenar el cierre del local o alguna otra de las medidas sancionadoras establecidas en el artículo 38. El Ayuntamiento de Logroño apelaba para justificar su actuación en el cumplimiento de las obligaciones propias de la actividad administrativa de «policía de tranquilidad» en relación a los derechos constitucionales a la Salud (art. 43), Medio Ambiente (art. 45), e inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), así como de la establecida en el artículo 42 de la Ley 14/1986, General de Sanidad de 25 de abril, que atribuye a los Ayuntamientos el control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones.

La Sentencia del TSJ de La Rioja fue casada posteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2000. Pues bien, el Tribunal Supremo estimó que las alegaciones de cobertura normativa vertidas por el Municipio no eran de suficiente entidad como para evitar la obligación de realizar una tercera inspección. Sin embargo, el Ayuntamiento de La Rioja consideraba que la medida de cierre no era de carácter sancionador, sino que, de acuerdo con la doctrina de la propia Sala, sentada entre otras en su Sentencia de 1 de julio de 1992, así como con los artículos 37 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de Consumidores y Usuarios, según la cual no tiene «carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad...»), debía ser en todo caso considerada una medida de carácter provisional hasta se rectificaran los defectos sonoros existentes en el local. El Tribunal Supremo estimó que, efectivamente, se trataba de una medida cautelar justificada, pues el ruido era lo suficientemente elevado para perjudicar seriamente a los vecinos, lo cual se constató en las mediciones efectuadas por la policía municipal, y aquella naturaleza se deducía de que el cierre se ordenó hasta que se presentara un proyecto de mejoras técnicas, y de que en el expediente se hacía referencia a la incoación de un procedimiento sancionador.

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, y la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido⁵, han introducido un cambio sustancial en este panorama, al ampliar las posibilidades de

⁵ La Ley ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Parlamento de Cataluña (recurso número 965/2004).

ordenación y de actuación contra la contaminación acústica. La primera cambia decisivamente el margen de actuación de los municipios en todas las materias de su competencia, incluida la contaminación acústica, por tanto. La Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local se debe en gran parte, como ella misma reconoce, a la doctrina constitucional seguida en la Sentencia 132/2001, de 8 de junio. Esta Sentencia viene a poner casi definitivamente remedio a una realidad insostenible jurídicamente como era el desarrollo normativo por los Municipios de materias que realmente afectaban a su círculo de intereses pero respecto a las cuales las leyes estatales o reguladoras se habían olvidado por completo de ellos, entre las que se encontraban, justamente, la contaminación acústica. La Ley del Ruido, sin embargo, atribuye importantes competencias a los Ayuntamientos, de tal modo que al menos ya no actuarán bajo la sombría y permanente sospecha de actuar al margen de la legalidad.

Igualmente decisiva para este cambio de mentalidad y, por tanto, para la actuación municipal en relación con la contaminación acústica ha sido la decisiva Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo, que recoge y desarrolla la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso López-Ostra, entre otros), en torno a la íntima conexión entre el Medio Ambiente y los derechos fundamentales a la integridad física y personal y la intimidad personal y familiar —si bien de esta doctrina se pueden extraer algunas conclusiones negativas, como más adelante se comprobará. Valgan varios ejemplos de cuanto se acaba de decir.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2002 estimó el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Oviedo contra una del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que había anulado la sanción de cierre que había impuesto al propietario de una discoteca que venía emitiendo un nivel de ruidos excesivo, e incumpliendo los requerimientos del Ayuntamiento durante más cuatro años. El Tribunal de ámbito autonómico consideró que se habían incumplido los plazos establecidos en el RAMINP para sancionar. Sin embargo, el Tribunal Supremo entendió que esta norma debía ser interpretada de acuerdo con la doctrina constitucional que vincula el ruido con la integridad personal, física y moral (art. 15 CE) y la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), así como con el principio de proporcionalidad de la actividad administrativa sancionadora, de forma que:

«la amenaza grave para la tranquilidad de los vecinos constituye un daño suficiente como para estimar proporcionada la medida de cierre, y la extensión a la totalidad del local se justifica ante la razonable necesidad de evitar que el mismo continuara funcionando ilegalmente por la vía de hecho y, por consiguiente, que continuase frustrándose la finalidad que el poder público está obligado a cumplir de asegurar la tranquilidad y el descanso de todos».

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) número 67/2004, de 31 de enero, resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una asociación de empresarios de motocicletas y repuestos contra la Ordenanza Municipal del

Ayuntamiento de la ciudad de Murcia de 30 de marzo de 2000, de Medio Ambiente contra ruidos y vibraciones.

Esta norma establece la posibilidad de que la Policía Local detenga a todo vehículo del que sospeche que emite niveles sonoros excesivos, y en su caso procederá a su inmovilización, con traslado al depósito o a un taller para su reparación, cargando los consiguientes gastos al propietario. La medida tiene así una eminente naturaleza cautelar, sin perjuicio, por tanto, de la correspondiente responsabilidad sancionadora en que se incurre. En definitiva, se trata de una medida de las denominadas provisionalísimas a las que se refiere el artículo 72.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJPAC), por ser adoptada en tanto en cuanto no se remedie la situación y antes del inicio del procedimiento sancionador.

Pues bien, es cierto que dicha medida no estaba contemplada en el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en lo sucesivo, *TartLSV*), porque hasta el año 2001, mediante la reforma efectuada de esta norma por la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, no se incorporó la posibilidad de que fuera adoptada antes del inicio de los procedimientos sancionadores por exceso de ruido, debiendo mediar en todo caso un peligro grave para la circulación, las personas o los bienes, o la obstaculización de la primera. Igualmente, la asociación recurrente entendía que la medida de inmovilización tampoco tenía cabida en ninguna norma medioambiental, y en concreto en la normativa autonómica: ni en la Ley 1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia, ni en el Decreto 487/1998, de 30 de julio, sobre Protección al Medio Ambiente frente al ruido. En la primera no, porque su artículo 21 exige un grave e inminente riesgo para el medio ambiente para ordenar el cese de una actividad, y en el segundo tampoco, porque no hace mención a medidas cautelares en relación con los ruidos emitidos por vehículos a motor. En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 de la LRJPAC, que establece la obligatoriedad de que sea una Ley la que establezca la posibilidad de adoptar medidas provisionales antes del inicio de los procedimientos sancionadores, la medida contemplada en la ordenanza no se sujetaba al principio de legalidad.

El Tribunal consideró ajustada a Derecho la medida dispuesta en la Ordenanza, fundamentándose en la doctrina constitucional de la autonomía institucional de la autonomía local (arts. 137 y 140 de la Constitución), y en concreto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio, ya mencionada. Entendió la Sala que expresión de la autonomía local para la gestión de sus intereses es «la actividad administrativa concretada en la elaboración de una ordenanza», atribución que les es reconocida en el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Dicha competencia va a su vez a ser desarrollada por los municipios en las materias concretadas en la misma Ley, entre las cuales se encuentran «la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas» [art. 25.2.b)], y en la protección del medio ambiente [art. 25.2.f)]. Y partir de

ahí la Sala estimó que la medida dispuesta en la Ordenanza tenía cobertura legal tanto en la legislación sobre tráfico como en la medio ambiental, cuando lo cierto es que era el Decreto autonómico, que desarrollaba la Ley de Protección del Medio Ambiente, atribuía a los municipios competencias sólo para el control y vigilancia de los focos emisores de contaminación acústica.

Finalmente, la Sala acudió a la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, posterior, por tanto, al momento en que fue interpuesto el recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza Municipal, cuya Exposición de Motivos hace referencia a la relación entre la contaminación acústica, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 de la Constitución), y los derechos constitucionales a la salud y el Medio Ambiente (arts. 43 y 45 de la Constitución). Y así, el artículo 12.2.a) califica a los vehículos a motor como emisores de contaminación acústica, el artículo 18 ordena a las Administraciones Públicas la adopción de medidas adecuadas para prevenirla «en particular mediante la aplicación de las tecnologías de menor incidencia acústica de entre las mejores técnicas disponibles», y finalmente, el artículo 6 atribuye a los Ayuntamientos la aprobación de ordenanzas locales en relación con las materias objeto de la Ley.

De dicha Ley, el Tribunal dedujo que la medida dispuesta en la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de la ciudad de Murcia gozaba de cobertura legal suficiente. No obstante, dicha norma no atribuye a los Ayuntamientos de forma expresa la posibilidad de establecer una medida provisional como la impugnada. El artículo 31 de la Ley del Ruido se refiere específicamente a las medidas provisionales, estableciendo respecto a las mismas: «Una vez iniciado el procedimiento sancionador, el órgano competente para imponer la sanción podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales: a) precintado de aparatos, equipados o vehículos; d) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o daño»⁶.

⁶ De todos modos, en la actualidad, el artículo 70.2 del TartLSV presta cobertura suficiente a la medida controvertida. Lo importante es que el enfoque de los Tribunales va cambiando, por una parte, porque han tomado definitiva conciencia de la problemática del ruido, y, por otra, porque otorgan una importancia mayor a la autonomía local, lo que sirve a su vez contar con más medios para afrontarla. Y así, en el concreto caso del tráfico, por ejemplo, el Tribunal Supremo afirmaba en su Sentencia de 29 de mayo del 2000 (Ar. 4503), reproduciendo la doctrina sentada por la Sentencia de 26 de noviembre de 1996:

«La ordenación del tráfico urbano adquiere en nuestros días una nueva y relevante dimensión pública. Puede afirmarse sin exageración que su correcta regulación influye no sólo en la libre circulación de vehículos y personas, sino incluso también en el efectivo ejercicio de otros derechos, como el de acceso al puesto de trabajo, el disfrute de servicios tan imprescindibles como los sanitarios, educativos, culturales, etc... sin excluir desde luego su conexión con la protección del medio ambiente y la defensa del Patrimonio, amenazados y uno y otro por agresiones con origen en dicho tráfico. La calidad de vida en la ciudad tiene mucho que ver con el acertado ejercicio y la adecuada aplicación de cuantas técnicas jurídicas —normativas, de organización de los servicios públicos, de gestión del demanio público, etc.— están a disposición de las Administraciones Públicas competentes en la materia» [F] 4.º.

II. LAS IDEAS PRINCIPALES DE LA OBRA: UNAVISIÓN GENERAL

El ruido es fuente de conflictos no sólo desde una perspectiva jurídico-administrativa, sino también constitucional, civil e incluso penal. El problema de la contaminación acústica puede ser abordado desde las cuatro ramas del Derecho mencionadas. El trabajo desarrollado por BLANQUER aborda, justamente, los diversos problemas que se presentan en cada uno de dichos ámbitos, incidiendo particularmente en la actividad de las Administraciones Públicas respecto a la contaminación atmosférica. La espina dorsal de dicho trabajo es, como el propio autor indica en la primera página, la calidad de vida.

El libro está estructurado en diez capítulos. Los tres primeros tienen un carácter fundamentalmente introductorio. En el primero de ellos BLANQUER nos intenta trasladar la noción de calidad de vida en el entorno urbano, como concepto que no se reduce a la garantía de protección del entorno, sino intrínsecamente relacionado con la cohesión económica y social. A su juicio, la calidad de vida estaría también integrada por una serie de derechos como el de acceso a la vivienda, a la educación, a la cultura o el disfrute del medio ambiente. Todos estos elementos contribuyen a mejorar la calidad de vida en el entorno urbano, tanto de los vecinos como de los visitantes. A su vez, todos ellos y, la protección del medio ambiente, no ponen sino de manifiesto la naturaleza esencialmente antropocéntrica de la calidad de vida. Desde esta óptica todas las normas relativas a la protección del ambiente urbano han tenido como trasfondo, como auténtico protagonista, al propio ser humano. Así, según el autor, los distintos objetivos perseguidos por las normas sobre protección de la flora y fauna, o las relativas a la protección de la contaminación en sus diversas formas han estado realmente al servicio del ser humano. En el capítulo segundo, BLANQUER nos ilustra sobre la contaminación estética de las ciudades, una cuestión relacionada directamente con la calidad de vida en el entorno urbano antes que con la contaminación acústica.

Es a partir del tercer capítulo del libro cuando el autor se adentra por fin en la contaminación acústica, y lo hace poniéndola en conexión con las actividades turísticas y de ocio en el entorno urbano. No obstante, llama la atención el hecho de que aborde la noción dogmático-jurídica de «ruido», limitándose a reproducir las definiciones contenidas en la Directiva 2002/49, de 25 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, la Ley estatal 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, la Ley 16/2002, de 28 de junio, de Protección contra la contaminación acústica de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y, en fin, la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de Protección contra la acústica de la Comunidad Autónoma de Valencia. Esta forma de proceder, que se repite a lo largo del trabajo en numerosas ocasiones, no debe ser valorada necesariamente de forma negativa. Al poner sobre la mesa las distintas definiciones de lo que entienden por «ruido» las normas mencionadas, se están sentando las bases de lo que podría ser un ulterior estudio dogmático-jurídico más profundo de esta cuestión, porque,

justamente, uno de los problemas que presenta el estudio de la contaminación acústica es la diversidad temática de las normas que se han ocupado de ella, como se ha podido comprobar.

El cuarto capítulo ya sí está íntegramente referido a la contaminación acústica. En este capítulo se repasa la evolución histórica de la lucha contra el ruido, teniendo en cuenta las distintas vestes que ha adoptado en atención al bien jurídico tutelado: las relaciones de vecindad, la tranquilidad ciudadana y el orden público, y la protección del medio ambiente. Sintetizar en pocas páginas esta evolución no es ni mucho menos sencilla, aunque el autor del trabajo lo logra esbozando algunas de sus líneas esenciales. En unas pocas páginas se realiza un gran trabajo, al describir someramente el paso de un enfoque puramente jurídico privado a uno jurídico público, momento en el que actualmente nos encontramos. En palabras del autor «uno de los rasgos más notables de la lucha contra el ruido es la evolución histórica del tratamiento jurídico de los conflictos que intereses que suscita, dinámica que se orienta hacia la progresiva regulación pública de los conflictos que se plantean en las relaciones de vecindad» (2005: 103). De este modo, el ruido ha pasado de ser una cuestión característica del Derecho Privado, al afectar únicamente a las relaciones de vecindad, y como tal era considerado en el Derecho Romano, a ser objeto de tratamiento jurídico-administrativo y, lo que es más relevante, del Derecho Constitucional. Este tránsito de un enfoque a otro viene de la mano, a su vez, del cambio social en nuestro país, esto es, de una sociedad agraria básicamente, al desarrollo industrial y post-industrial.

Consecuentemente, las herramientas que proporcionaba el Derecho Privado para luchar contra el ruido se quedaron totalmente obsoletas para luchar no ya contra el ruido doméstico, sino contra otras fuentes de perturbación como son las actividades molestas y, ahora ya, las actividades de ocio, que afectan a los intereses generales por los que vela ya especialmente la Administración Pública, como son, entre otros: la propia tranquilidad, incluida a su vez en la noción de Orden Público, y ya en el momento actual el derecho al disfrute del Medio Ambiente. Este fenómeno evolutivo es explicado de forma meridiana por el autor acudiendo, y poniendo como ejemplo, las diversas normas que se han ocupado de ordenar la problemática acústica ⁷.

La última etapa de esta evolución hacia la tutela jurídico-pública contra el ruido viene de la mano, según BLANQUER, de la garantía constitucional de los derechos fundamentales no sólo frente a los poderes públicos, sino frente a terceros. En efecto, el autor explica de forma somera y clara cómo la convergencia de objetivos entre Estado y Sociedad consagrada por el Estado social y demo-

⁷ Algunos ejemplos son la Real Orden de 11 de abril de 1860, que otorgaba competencias a los Ayuntamientos para regular los establecimientos peligrosos e insalubres, la Real Orden de 17 de noviembre de 1925, que reguló la intervención administrativa en las actividades insalubre nocivas y peligrosas, el Reglamento de Actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre), o las Leyes ordenadoras contemporáneas como son la Ley de Galicia 7/1997, de 11 de agosto, de protección contra la contaminación acústica, o la propia Ley estatal 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido.

crático de Derecho ha propiciado que los derechos fundamentales no sólo sean oponibles frente a los poderes públicos, sino también frente a terceros, esto es, frente a los propios ciudadanos, y en esta medida que el ruido trascienda del ámbito doméstico y se sitúe en la esfera de responsabilidad de los poderes públicos, que tienen así la obligación de luchar contra él incluso cuando la fuente perturbadora es otro ciudadano (2005: 115-124). Así como las Constituciones liberales se caracterizaban por la divergencia de objetivos entre Estado y Sociedad, y en esta medida la configuración ilimitada de los derechos individuales impedía que el primero entrara a condicionar el ejercicio de los segundos, el Estado social y democrático de Derecho ha consagrado su definitivo acercamiento, bañando todo el orden jurídico político de los mismos valores, lo que ha impetrado la obligación estatal de tutelar la garantía de esos derechos, no sólo en relación con su propia actividad, sino respecto a la que despliegan el resto de sujetos. En consecuencia, si el ruido perturba el derecho a la integridad física y moral, así como el derecho a la intimidad personal y familiar corresponde a los poderes públicos velar por que, incluso en el ámbito de las relaciones de vecindad, esa intromisión no se produzca.

Sentado todo lo anterior, la obra se adentra ya en un terreno mucho más complejo como es el definir el alcance y límites de los distintos derechos afectados por la contaminación acústica, así como su posible colisión con otros derechos que son también merecedores de protección constitucional. Con este objetivo el autor sigue los siguientes pasos. En primer lugar, trata de identificar cuáles son esos derechos o facultades afectados por el ruido. A continuación hace lo propio respecto a los derechos en los que podría entenderse amparada una hipotética facultad para provocar ruido. En segundo lugar, analiza cuál es el núcleo esencial y los límites inherentes y externos a cada uno de esos derechos. En tercer y último lugar, conocido todo lo anterior, desarrolla los criterios o principios de resolución de conflictos entre los derechos en los que se ampara el más amplio derecho al silencio y el derecho a emitir ruido. El trabajo acometido por el autor en los tres capítulos que dedica a la labor descrita es, a nuestro juicio, el más arduo desde un punto de vista jurídico. Sin duda se enfrenta a él con valentía, y alcanza el objetivo prefijado, si bien la cuestión que se plantea podría haber sido merecedora de una única monografía.

Seguidamente vamos a describir los puntos principales del proceso de análisis que acabamos de mencionar. El primer paso es, como decíamos, identificar los derechos o facultades sobre los que gira lo que el autor denomina «derecho al silencio». Partiendo de lo establecido en las Leyes reguladoras de la contaminación acústica, estatal y autonómica catalana en particular, y acorde a la doctrina jurisprudencial constitucional, BLANQUER identifica los siguientes derechos como aquellos en los que encuentra cobertura el más genérico derecho al silencio: el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la salud (art. 43 CE), el derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18 CE), el derecho a la libre elección del domicilio (art. 19 CE) y, cómo no, el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE). Por otra parte, según el autor, otra serie de derechos podrían amparar un hipotético derecho al ruido: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, en cuan-

to fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE), el derecho al ocio (art. 43.3 CE), la libertad de movimientos (art. 19), el derecho de manifestación (art. 21 CE), el derecho a la libertad de empresa y la riqueza económica del país (art. 38 CE), la protección de la cultura (art. 44.1 CE) y, en fin, el patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE).

A lo largo de todo el capítulo quinto del libro, el autor del trabajo va describiendo la íntima relación de esos derechos al silencio y al ruido con cada uno de los derechos mencionados, todos ellos merecedores de protección constitucional y legal. De este modo, es evidente la directa conexión entre el derecho al silencio con el derecho a la salud, e incluso con el derecho fundamental a la integridad física y moral. No obstante, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, no todo ruido afectará al derecho a la salud y, por tanto, el derecho a la integridad física y moral. Si la perturbación no es constante puede producir incomodidad o molestia, pero puede que no afecte al derecho a la integridad física o a la salud. Que esa perturbación termine produciendo un efecto en la salud o incidiendo en la integridad física o moral depende de un cúmulo de circunstancias como son la intensidad del ruido emitido o el nivel de exigencia de la persona no hipersensible al ruido que lo sufre, el entorno y el momento en tenga lugar la perturbación... Todos estos criterios son, justamente, los que deben ser tenidos en cuenta a la hora de la resolver los conflictos entre ciudadanos que reclaman su derecho al silencio y aquellos causantes de la perturbación. Lo cierto, como afirma BLANQUER (2005: 126), es que la cuestión está íntimamente relacionada con el estándar de calidad de vida que se establezca. En definitiva, si ese estándar se corresponde con la prohibición de que el ruido provoque una lesión o daño sobre el derecho a la salud, obviamente se tendrá que aguantar un nivel sonoro mayor que si el estándar se fija en un umbral más exigente, como es la falta de inexigibilidad de que concurra un efecto nocivo sobre la salud para entender violentado el derecho a la integridad física y moral. De hecho, ésta fue la posición de D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera en su voto particular a la Sentencia constitucional 119/2001, de 24 de mayo.

El derecho a la integridad personal y moral o el derecho a la salud no son los únicos que pueden resultar afectados por una actividad ruidosa. También pueden serlo, como se decía, el derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18 CE), o el derecho a la elección de residencia (art. 19 CE). Este derecho puede verse perturbado, o al menos enormemente limitado, según BLANQUER, porque el lugar de residencia elegido esté destinado no sólo a uso residencial, sino también a actividades de ocio (2005: 133). La vinculación con el derecho a la intimidad domiciliaria y el ruido es más evidente y se encuentra prácticamente consolidada tras la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Stc. de 7 de diciembre de 1994, caso López Ostra) y del Tribunal Constitucional (Stc. 119/2001, de 24 de mayo). En la actualidad, la privacidad del domicilio, explica el autor, ya no se limita a garantizar la prohibición de intromisiones ilegítimas de los poderes públicos o los ciudadanos en la vida de otros ciudadanos para conocer datos sobre su personalidad privada, sino que se ha ampliado a la prohibición de penetrar en una esfera jurídico-privada que

les es inherente e irreducible en su domicilio. De este modo, la vida privada queda excluida del conocimiento ajeno y, ahora ya, de intromisiones ilegítimas físicas o inmateriales de los demás. El ruido de terceros constituye de este modo una intromisión en la vida privada de los demás, sin necesidad incluso de que se produzca un daño sobre la salud (caso López Ostra), e incluso constituir un daño efectivo sobre el desarrollo de la personalidad (STC 119/2001, de 24 de mayo). En fin, por último, la contaminación atmosférica tiene una directa y obvia conexión con el derecho a disfrutar de un Medio Ambiente adecuado (art. 45), que si bien no puede ser de protección directa en sede constitucional mediante recurso de amparo, constituye un deber de los poderes públicos, tanto de la Administración como del poder judicial velar por su protección mediante los instrumentos que específicamente les atribuye la ley, entre los que se encuentran medidas de naturaleza penal.

De mayor calado sea quizás intentar sostener la existencia de un hipotético derecho al ruido acogiéndose también a los derechos reconocidos en la CE. Así, podría entenderse protegido por el libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho al ocio que la CE establece (art. 10 en relación con el art. 43.3 de la CE). En términos llanos, el libre desarrollo de la personalidad comprende el derecho a elegir qué hacer cada uno en su propio tiempo de ocio. No obstante, no podemos dejar de mencionar, aun a título particular, que el libre desarrollo de la personalidad sirve también de fundamento según el propio Tribunal Constitucional, tal y como más atrás se ha dicho, para defender el derecho al ruido en atención a los derechos fundamentales a la integridad personal y moral y a la intimidad personal y familiar. Desde el momento en que el ruido se introduce sin autorización en tu propio domicilio, y además lo hace de un modo tal que puede dañar incluso el derecho a la salud (art. 43), se está afectando también al libre desarrollo de la personalidad en tu propio lugar de residencia. Se contrapone de este modo el libre desarrollo de la personalidad en relación con dos derechos fundamentales con ese mismo valor constitucional en relación con un principio rector de la política social y económica. Además, la CE no afirma que el derecho al ocio que deben promover los poderes públicos comprenda única y exclusivamente el derecho a invertir tiempo en locales o en la calle armando ruido. Es obvio que ese tiempo de ocio puede ser invertido igualmente en hacer lo que libremente desee cada uno en su propio domicilio, y que desde el momento en que la tranquilidad se ve alterada por un elemento extraño como es el ruido exterior se podría alegar que se está también vulnerando el derecho al ocio en relación con el libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, a nuestro juicio, el argumento de que molestar a los vecinos provocando ruidos en la calle está amparado por el libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho al ocio no es demasiado contundente.

Al hilo de la explicación de la directa conexión entre derechos amparados constitucionalmente y los derechos «al silencio y al ruido», se abunda en algunas cuestiones, que tienen por finalidad dejar sentado la imposibilidad de escudarse siempre en alguno de los derechos constitucionales a los que afecta la contaminación acústica, pues existen situaciones que no encuentran aco-

modo bajo esos derechos. Así, por ejemplo, es obvio que no todo ruido puede justificarse al amparo del derecho constitucional colectivo al ocio. Sin perjuicio de la opinión que nos merece este argumento, y que acabamos de dejar señalada, BLANQUER apunta que existen límites implícitos a ese derecho a «divertirse», que se resumen en el necesario uso de la utilización del derecho al ocio conforme a criterios de razonabilidad (2005: 137).

Igualmente, no puede afirmarse que el derecho al silencio sea vulnerado en relación con la integridad física o en el derecho a la salud, por cualquier perturbación acústica, tal y como se acaba de decir. De este modo, se van desgarrando, de acuerdo con la legislación positiva y la jurisprudencia constitucional, algunos límites respecto a las posibilidades de reclamar violentado el derecho al silencio o, al contrario, entender cubiertas actividades acústicamente contaminantes, bajo el techo de derechos constitucionales de diferente signo. En definitiva, no es sino la antesala del objetivo perseguido en el capítulo sexto del libro, esto es, el análisis de esos límites lógicos a los distintos derechos sobre los que se fundamentan a su vez el derecho al silencio y al ruido.

En efecto, el capítulo sexto y el séptimo abundan en los límites de los distintos derechos constitucionales relacionados con la tranquilidad y el ruido. En el primero de ellos el objetivo es sentar las bases teóricas para poder dilucidar cuándo existe una auténtica colisión entre ellos y cuándo no, para en su caso poder solucionar esa confrontación mediante las reglas jurídicas precisas. Así, como el autor indica, no existen derechos constitucionales absolutos o ilimitados; todos tienen límites: i) establecidos en la propia CE, como el debido respeto a la inviolabilidad del domicilio, excepto que en su interior se esté produciendo un delito flagrante (art. 18.2); ii) inherentes a ellos mismos, como son los dimanantes de su núcleo o contenido esencial, así como los que el propio legislador pueda establecer a la hora de definir el contenido normal del derecho; iii) los límites inmanentes, esto es, los derivados directamente de las relaciones de vecindad. Sentado lo anterior, lo determinante es conocer, según BLANQUER (2005: 163 y ss.), cómo se resuelve el conflicto entre el derecho a la tranquilidad y el derecho al ruido. En definitiva, qué bienes deben ceder a favor de otros, merecedores, por tanto, de mayor protección. Para que esta operación se produzca es preciso que los valores en conflicto sean jerárquicamente homogéneos, de modo que no existe colisión entre bienes que son merecedores de una protección jurídica distinta. De este modo, sería homogénea la colisión entre los derechos a la intimidad domiciliaria (art. 18 CE), y a la libertad de movimientos (art. 19 CE), por tratarse en ambos de derechos fundamentales. Ahora bien, ¿cómo resolver el conflicto entre bienes o derechos homogéneos? ¿Cuál sacrificar? A juicio del autor del trabajo, no es posible solucionar los conflictos aplicando simplemente una jerarquización formal de la propia CE. La forma más apropiada sería coordinar ponderadamente los distintos bienes enfrentados atendiendo a criterios tales como la prohibición de un ejercicio abusivo de los derechos constitucionales, el principio de interdicción de los poderes públicos, o el principio de *favor libertatis*. De todos los principios constitucionales que pueden ser aplicados para realizar la ponderación precisa en los casos de confrontación real entre bienes o intereses con-

trapuestos, el autor destaca sobremanera el principio de razonabilidad, y el principio de proporcionalidad, los cuales sirven a su vez como criterios interpretativos de las normas civiles, administrativas y penales.

El capítulo séptimo (2005: 171 y ss.) tiene como objeto el análisis de estos dos principios en relación con la dialéctica entre el derecho a la tranquilidad y el derecho al ruido. En definitiva, deben servir para delimitar cuándo la contaminación acústica, al mantenerse el ruido dentro de un margen normal, puede ser tolerada. Estamos ante el mayor momento de creación original de la obra. La razonabilidad del ruido debe ser exigida respecto a las pautas de comportamiento humano en las relaciones de convivencia y en su entorno natural, teniendo en cuenta que éste comprende no sólo la defensa y restauración del medio ambiente, sino, en general, los distintos elementos que integran y cuya presencia garantiza un nivel aceptable de calidad de vida: la salud, el bienestar físico, mental y social. El problema es cómo objetivizar la racionalidad por lo que a la contaminación acústica respecta. Al existir una gama variada de ruidos, considerables subjetivamente como molestos en función del receptor de los mismos, es problemático trazar una frontera clara entre ruidos nocivos e ino cuos. A nuestro juicio, el mérito de BLANQUER es otorgar un orden coherente al proceso analítico de racionalidad de la contaminación acústica, esto es, estructura sistemáticamente los criterios útiles y decisivos para la determinación de si un ruido es normal y tolerable o no. De este modo, el ruido puede ser considerado normal siempre que sean superados los límites de emisión establecidos, lo cual puede ser fácilmente comprobado en la actualidad gracias al avance de la técnica. Por su parte, la tolerancia del ruido se refiere a las distintas condiciones que pueden afectar a un sujeto normal, no especialmente sensible al ruido, para que sea considerado nocivo (teorías del uso normal y de la normal tolerancia, formuladas por IHERING). Esta teoría exige, por tanto, contextualizar el ruido, esto es, tener en cuenta las circunstancias espaciales y temporales en que se produce la molestia, lo que permitirá calificar finalmente al ruido como tolerable o no, y, por tanto, como ino cuo o nocivo. Junto a estos dos criterios existe un tercero que es dimanante de la denominada teoría de la necesidad social (BONAFANTE). Conforme a la misma, a la hora de objetivar una inmisión debe tenerse presente la existencia de necesidades generales imprescindibles que la justifiquen, lo que no significa que esa actividad no esté obligada a atenuar las molestias que pudiera ocasionar a otros bienes jurídicos diversos. El empleo de los anteriores criterios debe llevar a la consideración de los ruidos como evitables o no. Mientras los primeros no tienen por qué ser soportados nunca, los segundos sólo deben ser soportados si existe una causa de necesidad social que lo legitime de algún modo, sin perjuicio de la correspondiente y obligada percepción de indemnización. Esos criterios, avalados por la legislación y por la jurisprudencia son, en concreto: *i*) las circunstancias geográficas, esto es, el entorno físico en que se producen los ruidos; *ii*) las circunstancias temporales o cronológicas, como, por ejemplo, si se cumple o no los horarios de cierre establecidos, e incluso la obligación del empresario de que los clientes de un establecimiento no se comporten escandalosamente a la salida; *iii*) las circunstancias climáticas, por ejemplo, que la acti-

vidad se desarrolle legalmente al aire libre; iv) las circunstancias «históricas», o lo que es igual, la obligación del emisor acústico de adaptar su actividad a las mejores técnicas disponibles, y, por tanto, la posibilidad de que la Administración así se lo exija, sin que ello suponga una lesión de la seguridad jurídica ni de su confianza legítima en relación con el título habilitante administrativo que le otorga la facultad de ejercitar dicha actividad.

Junto al principio de razonabilidad, que incorpora el control de la actividad acústicamente contaminante mediante los anteriores criterios, el otro principio que sirve para dirimir las controversias entre el derecho a la tranquilidad y al ocio es, como anteriormente se ha dicho, el principio de proporcionalidad. Según BLANQUER (2005: 211 y ss.), este principio posee dos proyecciones distintas, aunque íntimamente imbricadas. La primera implica la exigencia de que se empleen los medios adecuados para el cumplimiento de los fines proyectados (principio de adecuación); la segunda se identifica con la necesidad de que los medios elegidos sean puestos en práctica con la intensidad adecuada, esto es, la estrictamente indispensable (principio de proporcionalidad en sentido estricto). Ambas vertientes o proyecciones tienen una aplicación inmediata en el ámbito de la contaminación acústica. De este modo, la adecuación de medios a los fines se pone de manifiesto en relación con la actuación administrativa para disminuir el problema del ruido cuando, por ejemplo, se ponen en marcha medidas inadecuadas para alcanzar este objetivo, o dichas medidas son contradictorias entre sí, como sucede cuando una zona se declara acústicamente saturada y al mismo tiempo se amplían los horarios de cierre de los establecimientos (STSJ de las Islas Baleares, de 29 de julio de 1999).

Por lo que atañe al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la obligación de que los medios puestos en práctica para disminuir la contaminación acústica se ejerciten proporcionalmente, se traduce en la prohibición de adoptar medidas caprichosas o arbitrarias. Por ejemplo, en dicha prohibición estaría incluida que dichas medidas sean económicamente razonables, tal y como afirma expresamente el artículo 3.5 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, de acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad de Cataluña: «Las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones autorizadas facultarán solamente al propietario vecino afectado para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas. Si aun así las consecuencias no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos.» Igualmente, el mismo principio impone, acorde con la jurisprudencia, que si se procede al cierre parcial de un establecimiento por contaminar acústicamente no se lleve a cabo la adopción de las medidas oportunas para que no se vuelvan a reproducir las molestias, teniendo en cuenta en todo caso que la Administración tampoco puede permitir que éstas pervivan durante un prolongado período de tiempo una vez que se ha hecho saber al propietario la necesidad de que efectúe las mejoras mencionadas.

Por último, una cuestión a la que el autor dedica especial atención también es lo que denomina «autenticidad histórica» para justificar que durante un período de tiempo se permitan excesos en los municipios de nuestro país

amparándose en que se trata de fiestas de especial raigambre tradicional. Para ello parte de lo previsto en la Ley 16/2002, de Cataluña, para la protección contra la contaminación acústica, cuyo artículo 21.3 establece: «Las ordenanzas pueden tener en cuenta las singularidades propias del municipio, como las actividades festivas y culturales, y las que tienen interés social, siempre que tenga un cierto arraigo.» El problema es la confusión que en ocasiones reina entre fiestas que realmente tienen dicho arraigo, por tratarse realmente de fiestas propias del patrimonio etnográfico, y aquellas otras que son fomentadas como si realmente fueran del primer carácter. De hecho, el autor constata que en muchas ocasiones, a la hora de organizar este tipo de festejos no existen representantes de la Administración cultural, sino fundamentalmente de la encargada del turismo, del medio ambiente y de la seguridad ciudadana. La única norma que prevé aquella participación es la Ley catalana 2/1993, de 5 de marzo, de fomento y protección de la cultura popular y tradicional y del asociacionismo cultural, que prevé un mecanismo de control de la autenticidad del valor cultural. Por tal motivo, ante el interrogante de qué debe prevalecer si el derecho a la salud y al descanso o la conservación de tradiciones históricas, BLANQUER concluye, de forma totalmente certera, a nuestro juicio, que «es legítimo plantear la prevalencia del valor cultural y el respeto de las tradiciones cuando éstas son auténticas y no inventadas, o cuando son una reproducción o representación estricta y rigurosa y no una simple rememoración más o menos folclórica, cuando han sido certificadas por la Administración competente en materia de patrimonio cultural» (2005: 226).

Los capítulos octavo, noveno, y décimo constituyen la recta final del libro. En ellos se aborda el problema de la contaminación acústica desde la óptica del Derecho Civil, el Derecho Administrativo y el Derecho Penal. BLANQUER desarrolla meridianamente las distintas herramientas de que disponen cada una de estas ramas jurídicas para luchar contra el ruido (2005: 227 y ss.). Por lo que respecta al Derecho privado por excelencia, los instrumentos para afrontar el problema de la contaminación acústica en el ámbito doméstico o de las relaciones de vecindad son el cese de la actividad, la obligación de que sean adoptadas las medidas técnicas adecuadas y la obligada indemnización en caso de ser un ruido no evitable. Antes de abundar en cada una de estas instituciones, el autor destaca cómo uno de los problemas jurídicos de mayor relevancia que se plantea en este ámbito es la determinación de los criterios que deben servir para ordenar el cese de la actividad o la adopción de medidas técnicas correctoras. Los criterios que BLANQUER desentraña en los capítulos precedentes son aplicables a los distintos conflictos que puedan sustanciarse entre el derecho a la tranquilidad y las actividades contaminantes acústicamente, fundamentalmente desde una óptica constitucional. El problema sobre el que llama la atención el autor es mucho más concreto y de otra índole. Se trata de la práctica inaplicación en el día a día por los jueces de la jurisdicción ordinaria de las normas de Derecho público para determinar si una actividad molesta acústicamente debe cesar o si el propietario debe adoptar alguna medida correctora. De este modo, el juez decide a su propio arbitrio lo anterior. No emplea así unos criterios objetivos de referencia sino su propio cri-

terio, lo cual, como manifiesta el autor, puede afectar a la más elemental seguridad jurídica (2005: 237).

Entrando ya en los diversos institutos jurídico-privados contra la contaminación acústica, por lo que respecta al primero de ellos, la posibilidad de que se consiga cesar la actividad debemos destacar dos aspectos en los que abunda el autor del trabajo que comentamos: en primer lugar, el hecho de que en el Código Civil no existe una fórmula que permita paralizar la actividad molesta de forma inmediata (acción negatoria), aunque la doctrina ha sostenido que se infiere del mismo, y elaborado sus diversos elementos. Estrictamente, sin embargo, únicamente se prevé que el juez ordene la paralización de la actividad cuando la inmisión afecta a la posesión o a la titularidad dominical desde un punto de vista físico (acción reivindicatoria o interdictal). La protección que brinda permite así el ejercicio de acciones reales pero no habilita acciones personales contra quien perturba el uso y disfrute de la cosa. No obstante, esta posibilidad está prevista en la legislación civil especial (normativa sobre propiedad horizontal y arrendamientos urbanos), en la legislación foral (por ejemplo, destaca el autor, la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad) e incluso en la legislación urbanística. En todas ellas se adentra oportunamente el autor en diversas partes del trabajo, aunque de forma algo somera.

En segundo lugar, y en directa conexión con lo anterior, para que la acción negatoria prospere, pese a su falta de reconocimiento expreso en el Código Civil, es necesario, en su caso, probar no sólo la titularidad del derecho de uso de un inmueble y que se ha perturbado dicho derecho mediante una inmisión, sino además que esta es antijurídica. En definitiva que no existe ninguna causa que la legitime jurídicamente. A estos efectos debe resaltarse que la existencia de una autorización administrativa para el ejercicio de la actividad no significa que ésta deje de responder por las perturbaciones ocasionadas a terceros. Así lo afirma expresamente el artículo 17 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. En definitiva, el título habilitante crea un vínculo entre la Administración y su titular, y no sirve para considerar ajustado a Derecho el daño que puede motivar la inmisión. De este modo dicho título administrativo es neutral respecto a terceros perjudicados (VILLAR PALASÍ). No obstante, esta característica no puede llevar a entender según el autor que el juez civil pueda desentenderse de los límites establecidos en la autorización, ni en general en las disposiciones jurídico-públicas, a la hora de acceder a la pretensión perseguida por la acción negatoria. Insistiendo en lo mantenido anteriormente, entiende BLANQUER (2005: 242), que valerse de la normativa, aunque sea pública y se trate del ámbito jurídico privado, es el único medio para objetivar el proceso de decisión desencadenado con la acción negatoria y, desde luego, el que garantiza la seguridad jurídica. A mayor concreción normativa menor arbitrio y, en consecuencia, mayor seguridad jurídica (NIETO). Desde este punto de vista, es lógico que el juez a la hora de valorar si procede la paralización de una actividad tenga en cuenta la legislación administrativa, y en particular la de carácter medio-ambiental, puesto que además está realizada pensando en los efectos que provoca el ruido en sujeto

que posee una tolerancia normal al ruido, esto es, no en situaciones límite de ciudadanos hipersensibles. De hecho es lo que exige el artículo 590 del Código Civil. Lo contrario llevaría a entender que existe una separación total entre el Estado (Derecho Público) y la Sociedad (Derecho Privado) que no se corresponde con la conformación del Estado como social y democrático de Derecho, y además sería contrario a la unidad del Ordenamiento jurídico que garantiza la Constitución. En suma, concluye el autor: «en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho no hay derechos subjetivos de carácter absoluto. Lo que cabría calificar como Leyes y Reglamentos propios del Derecho Administrativo no son neutrales en la modulación del haz de facultades que el ordenamiento jurídico protege en las titularidades privadas; delimitan su contenido normal y habilitan a la Administración para dictar actos que expliciten esta modulación» (2005: 244).

La segunda herramienta contra la contaminación acústica en el ámbito del Derecho Civil es la adopción de medidas correctoras. El aspecto central y más problemático de esta cuestión es si la jurisdicción ordinaria puede imponer la adopción de dichas medidas a una actividad que funciona bajo un régimen de intervención administrativa. Esto es, de hecho, lo que prevé la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbre y relaciones de vecindad: «las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones autorizadas administrativamente facultarán solamente al propietario vecino afectado para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas. Si aun así las consecuencias dañosas no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y los perjuicios sufridos». Según la doctrina jurisprudencial de los años ochenta del siglo que acabamos de dejar atrás, la competencia para imponer medidas para poner freno a una actividad dañina sobre la propiedad de un tercero, o sus derechos subjetivos en general, que ha incumplido las prescripciones establecidas en una norma o título administrativos, le correspondía a la jurisdicción ordinaria (STS de 12 de diciembre de 1980). En opinión de BLANQUER, por el contrario, de ningún modo es así. Con vistas a otorgar una respuesta, distingue entre la determinación de los límites de normal tolerancia, y la competencia para velar por su cumplimiento. Lo primero, a su juicio, debe corresponder a las normas jurídico-públicas y no al arbitrio judicial, sin perjuicio de la posibilidad de las comunidades de vecinos de acogerse a ellas o de establecer niveles más elevados de exigencia. Respecto a la segunda regla general aplicable es que cuando son actividades sujetas a un régimen de intervención administrativa, el cumplimiento de la normativa jurídico-pública y, llegado el momento, la adopción de medidas correctoras, debe quedar encomendado a la Administración pública sin perjuicio del posterior control por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. De lo contrario, esto es, de permitirse la intervención por parte de la jurisdicción ordinaria se estarían alterando los términos del título administrativo habilitante y, en consecuencia, inmiscuyéndose en el ejercicio de unas facultades que no le corresponden conforme al principio de separación de poderes.

Cuestión distinta es que se haya optado por incorporar a las normas que rigen a la comunidad estándares más exigentes que la normativa jurídico-pública. En este caso, puesto que se trata plenamente de normas jurídico privadas la competencia debe corresponderle a los tribunales ordinarios, incluso a pesar de tratarse de una actividad sujeta a un régimen de autorización administrativa. No obstante, la responsabilidad será, lógicamente, a efectos *inter privatos*, esto es, la jurisdicción civil se limitaría a vigilar el incumplimiento de normas emanadas de la autonomía de la voluntad de las partes, obviamente sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que en su caso pudiera ser exigible en el supuesto de que hubieran sido incumplidos los términos de la autorización o licencia.

En fin, la tercera herramienta del Derecho Civil que identifica BLANQUER para afrontar los problemas de contaminación acústica es la exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios. El instituto de la responsabilidad civil extracontractual garantiza que las personas afectadas obtengan algún tipo de compensación económica que les resarza de los daños provocados. No obstante, no siempre va a haber lugar a la exigencia de responsabilidad de tal carácter porque se estén soportando ruidos de terceros en el ámbito domiciliario. Así, el autor identifica, en general, tres situaciones que pueden originar la obligación de indemnizar a quien sufre los efectos de la contaminación acústica: i) que se incumpla la normativa administrativa a la que está sometida una actividad; ii) cuando aun no incumpléndose la normativa administrativa el ruido afecta a personas especialmente sensibles a él; iii) cuando el ruido adopta la naturaleza de una servidumbre forzosa, privando tendencialmente del derecho al disfrute de la tranquilidad en la vivienda hasta alcanzar la permanencia.

En fin, tras analizar el instituto de la responsabilidad civil aplicada al problema del ruido, esto es, si la responsabilidad es objetiva o no, los daños que son indemnizables, a quién corresponde la carga de la prueba, y otros supuestos de responsabilidad, como la resultante de disfunciones en los sistemas de aislamiento acústico de la indemnización, el estudio del análisis del problema del ruido desde la óptica civilista concluye con una breve pero útil recapitulación por el autor. A su juicio, de todas las herramientas que proporciona el Derecho Civil es la última de ellas la institución indemnizatoria, la más satisfactoria. Sin embargo, el problema es que no llega a garantizar el cese de la actividad contaminante, «sino que se limita a convertir el derecho a la tranquilidad en el derecho a percibir una indemnización de daños y perjuicios» (2005: 295). En consecuencia, el Derecho Civil no garantiza una eficacia plena para terminar con la contaminación acústica.

En el capítulo noveno del libro se examinan las herramientas que proporciona el Derecho Administrativo para combatir la contaminación acústica. El autor del libro va exponiendo algunos de los mecanismos que existen en este ámbito para combatir la contaminación acústica. Se examinan así las distintas potestades administrativas que la Administración Pública posee, y en particular la municipal, en ámbitos sectoriales como la circulación de vehículos a motor, las infraestructuras aeroportuarias, o la calidad de la edificación, así como distintas técnicas de actividad administrativa como la clásica de policía

a través de licencias y autorizaciones de diferente orden, entre las que lógicamente destaca la licencia de actividades molestas, y la de planificación, tanto urbanística como acústica. Igualmente, se realiza un somero a las potestades de inspección y sanción, y a los principios que las informan y que necesariamente han de ser respetados por la Administración Pública en su ejercicio.

Sin perjuicio de la manifiesta utilidad de todo lo anterior, nos vamos a centrar en dos aspectos esenciales relativos a la actuación de la Administración Pública contra la contaminación acústica, y en los que se detiene particularmente el autor en su trabajo, como son el control judicial de la inactividad de esa misma Administración Pública para frenar evidentes situaciones de abuso, y la exigencia de responsabilidad patrimonial por este motivo. El primer aspecto que interesa resaltar del trabajo de BLANQUER respecto a estas cuestiones es que parte de la inexistencia de una obligación legal concreta de la Administración Pública de luchar contra la contaminación acústica, porque no existe, a su vez, un derecho público subjetivo del ciudadano para exigir esa actuación administrativa. Todo lo más que se establece en la legislación, incluso la específica sobre ruido es un deber genérico de la Administración Pública para garantizar un entorno acústico adecuado, estando los ciudadanos legitimados a impugnar jurisdiccionalmente la inactividad administrativa. Así, aun cuando la legislación cuantifica los estándares tolerables de emisión e inmisión acústicas, no establece a su vez la diligencia mínima exigible a los servicios de inspección ambientales. No obstante, en todo caso, es cierto que tanto de la legislación como de la jurisprudencia existente se establece el deber genérico de policía de tranquilidad vecina, lo cual es sumamente relevante desde el punto de vista del control judicial de la actuación administrativa así como de la responsabilidad patrimonial deducible, en su caso, por inactividad.

En efecto, según BLANQUER si el problema mayor en el ámbito del Derecho Civil era objetivar la antijuridicidad del ruido, esto es, a partir de qué nivel el ruido debe ser tolerado por una persona normal, no hipersensible al ruido, en el ámbito del Derecho Administrativo el problema más importante es determinar cuándo la Administración va a ser responsable por su inactividad ante el ruido, ¿desde el primer momento en que un vecino sufre ruidos provocados por terceros? Responder a esta cuestión es sin duda enormemente complejo. De entrada, para el autor, a raíz de lo manifestado por la jurisprudencia, es posible afirmar que existe un incumplimiento prácticamente generalizado de los deberes de policía de tranquilidad. De este modo, a su juicio, no es suficiente la aprobación de normas relativas a esta materia. Igualmente, el deber tampoco se ve satisfecho porque se giren visitas o inspecciones, como tampoco porque se impongan las sanciones administrativas pertinentes. A su parecer, «la Administración está obligada a conseguir el resultado de que no se supere el dintel máximo de ruidos que se considere tolerable en la sociedad en que vivimos» (2005: 385).

Frente a lo que sucedía con la antigua Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la vigente Ley de 1998 prevé la posibilidad de acudir a la vía judicial ante la inactividad administrativa (art. 29). Y esta

inactividad puede ser de tres tipos distintos: funcional, formal o de ejecución. Mediante la primera la Administración no cumple las funciones públicas que le encomienda la Administración. La inactividad formal tiene lugar cuando la Administración no ejerce las correspondientes potestades en cumplimiento de una función, por ejemplo, no dictando la pertinente resolución sancionadora, u ordenando el cierre de un local. Por último, la inactividad de ejecución se identifica con la ausencia por falta de la Administración de hacer ejecutar lo que previamente ha ordenado. A juicio de BLANQUER, todas estas formas de inactividad son fiscalizables en la actualidad por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, bien mediante las técnicas expresamente establecidas en la Ley ritual acerca de la inactividad administrativa, bien mediante la técnica, por ejemplo, del silencio administrativo, al no dejar de ser corriente que la Administración conteste con el mutismo las solicitudes de ciudadanos pidiéndole que intervenga. El problema es que los distintos requisitos exigidos por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son difícilmente alcanzables cuando de la contaminación acústica se trata. Así, se exige el incumplimiento de un deber de realizar una prestación concreta, positiva o negativa, lo que no comprende el incumplimiento de un deber genérico. Igualmente se exige la presencia de un derecho público subjetivo, justamente, lo que no está reconocido expresamente por la legislación respecto al derecho a la tranquilidad y el deber de los poderes públicos de salvaguardarla. No obstante, para el autor del trabajo esta vía no está del todo cerrada desde el momento en que tanto la legislación básica local como la legislación autonómica sobre turismo, y especialmente esta última, sí reconocen la existencia de una obligación concreta de la Administración de velar por la tranquilidad vecinal mediante el adecuado control de emisiones sonoras. En todo caso, sería deseable el reconocimiento expreso de ese derecho público subjetivo como el establecimiento normativo del estándar de eficacia que debe cumplir la Administración para tutelarlos. Por último, es imprescindible para alcanzar la misma eficacia que la Administración haga cumplir lo que ordena, y además en el momento adecuado, no dejando, por ejemplo, el cumplimiento de las sanciones a los momentos más favorables para el infractor, como son los de temporada baja en los establecimientos de ocio (2005: 402).

La consecuencia de que la Administración no cumpla con su deber de garantizar el derecho de los ciudadanos a la tranquilidad y al descanso es la posible exigencia de responsabilidad patrimonial administrativa. Ésta es la última cuestión que BLANQUER aborda en el estudio de las diversas herramientas jurídico-administrativas para combatir la contaminación acústica. El autor identifica meridianamente cuatro grandes retos a los que se han ido sucesivamente enfrentando quienes han intentado responsabilizar a la Administración de su dejadez para frenar problemas de ruidos. El primero fue conseguir imputar a la Administración los daños y molestias ocasionados por terceros. De este modo, la jurisprudencia consideraba que el problema debía situarse en el ámbito de las relaciones de vecindad. Al no existir ningún precepto legal que impusiera de forma expresa a la Administración el deber de garantizar la tran-

quilidad de los vecinos, y puesto que el artículo 45 de la Constitución sólo podía ser protegido en virtud de lo dispuesto en una norma de desarrollo, los Tribunales consideraban que no existía legitimidad pasiva de la Administración para imputarle los daños ocasionados por actividades realizadas por terceros. En la actualidad este primer reto ha sido claramente superado, y la diversa jurisprudencia declara sin ambages el deber administrativo de garantizar el derecho al descanso de los vecinos de acuerdo con el artículo 45 de la Constitución, máxime después de las diversas normas que han sido yendo aprobadas relativas a la contaminación acústica.

El segundo gran reto al que se enfrenta quien pretende responsabilizar a la Administración de su dejadez para luchar contra el ruido es probar el carácter insoportable del mismo, esto es probar que se ha superado el nivel máximo de tolerancia. Ésta es una cuestión a la que el autor le concede una particular importancia; por un lado, porque, desde un punto de vista material, es especialmente difícil para un particular probar que otra persona ha incumplido los límites de emisión e inmisión tolerable, máxime cuando la Administración no ha efectuado ningún tipo de comprobación o medición. Por otro lado, porque la jurisprudencia requiere la prueba fehaciente de ambos extremos para poder responsabilizar a la Administración de las lesiones en su caso provocadas. Además, según el autor, la valoración de la prueba suele efectuarse aplicando criterios que corresponden a otras instituciones, como son los propios de la responsabilidad administrativa sancionadora al ámbito patrimonial. De este modo, a juicio de BLANQUER (2005: 419 y ss.), debería diferenciarse entre ambos casos, por ejemplo, otorgando valor a la prueba testifical y no sólo a la pericial, vistas además la dificultad existente para probar la superación de los valores legales permitidos. E igualmente considerar probados los hechos notorios, como sucede, por ejemplo, con los festejos populares, tal y como dispone el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece la falta necesidad de probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

El tercer gran reto para el demandante contra la Administración Pública es concretar los daños y perjuicios irrogados por la contaminación acústica, y a éstos determinar el resarcimiento correspondiente. De los distintos aspectos en los que se adentra el trabajo, podemos reseñar que los daños indemnizatorios son lógicamente, tanto los de carácter moral, como es la mera irrupción del derecho a la tranquilidad, como los de naturaleza económica, por ejemplo, los dimanantes de tener que cambiar de domicilio. Finalmente, la compensación puede consistir tanto en una compensación económica como en especie, como, por ejemplo, tener que pagar los gastos de construcción de paneles de protección del ruido proveniente de una autovía.

Por último, el cuarto gran reto que BLANQUER señala en relación con la responsabilidad de la Administración por inactividad frente al ruido, es la cuantificación de la diligencia exigible a la Administración en el ejercicio de sus potestades de inspección y ejecución coactiva. Hemos de decir, sin embargo, que, a nuestro juicio, el autor no profundiza en esta materia, pese a ser un

incuestionable experto en lo relativo a responsabilidad patrimonial⁸, posiblemente debido, nos atrevemos a conjeturar, a que el libro esté realizado desde una vertiente eminentemente práctica e intentando no profundizar en exceso en disquisiciones dogmáticas. A nuestro parecer, sin embargo, quizás hubiera sido deseable que profundizara en esta cuestión, e incluso se realizara una ponderación de la situación general en la que nos encontramos en relación con la exigencia de responsabilidad a la Administración para frenar la contaminación acústica.

El último capítulo del libro se titula «La reacción penal contra la contaminación acústica». Como su título indica, en esta sección se describen los diferentes instrumentos de tutela que brinda el Derecho penal contra la contaminación acústica, principalmente el artículo 325 del vigente Código Penal, que tipifica el delito ecológico, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 45.3 de la Constitución española, sin perjuicio de otros delitos en los que se pudiera incurrir, como, por ejemplo, el de desobediencia a la autoridad (art. 556 y 634 del CP). Respecto al delito ecológico únicamente vamos a destacar los siguientes aspectos del capítulo, que sirven a su vez para identificar los requisitos que deben concurrir para que recaiga una condena penal por incurrir en delito ecológico como consecuencia de los daños provocados por contaminar acústicamente. Así, en primer lugar, el bien jurídicamente tutelado por dicho precepto es el equilibrio de los sistemas naturales. Por tal razón se requiere probar la ruptura de dicho equilibrio, para lo que se tendrá en cuenta también la dificultad de volver a alcanzarlo. En segundo lugar, el desequilibrio debe ser grave, como, por ejemplo, sucede cuando las emisiones ruidosas son continuadas y repetitivas. En definitiva, no basta con una emisión esporádica. En tercer lugar, el delito es de peligro abstracto, lo que significa que se entiende cometido por el simple hecho de que se cometa una acción que ponga en peligro, sin necesidad de que sea concreto, el equilibrio de los sistemas naturales. Por último, por lo que respecta al título subjetivo de imputación, se requiere la concurrencia de dolo, en sus distintos grados, para poder imputar el delito del artículo 325 del CP.

III. COMENTARIOS FINALES PERSONALES

El libro aborda el problema de la contaminación acústica desde una perspectiva prácticamente integral, al adentrarse en el tratamiento de esta cuestión tanto desde una óptica constitucional, civil, administrativo y penal. El trabajo persigue de este modo un ambicioso objetivo, que, a nuestro parecer, se ve suficientemente satisfecho. En efecto, si en algunas ocasiones se tiene la

⁸ Ver, por ejemplo, sus trabajos: «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en la obra colectiva (Coord.: Jerónimo Arozamena Sierra) *El Derecho Local en la doctrina del Consejo de Estado*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, pp. 207-250, o su monografía *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997.

percepción de que aspectos realmente de interés no son abordados con suficientemente profundidad, a nuestro parecer, la obra debe ser examinada desde una perspectiva global. Este enfoque nos muestra la dificultad de la materia debido a la variedad de las instituciones que están presentes en todos y cada uno de los planos, a su vez, en que se sitúa el problema de la contaminación acústica. Teniendo en cuenta esto, el trabajo sirve a su vez para ordenar esas distintas perspectivas, en definitiva, para clarificar el confuso panorama actual que existe respecto a la contaminación acústica. Por otra parte, a nuestro parecer, el trabajo se ha realizado pensando en que sirva de utilidad para los lectores no necesariamente especializados en los temas sobre los que versa, de ahí la sencillez pero al mismo tiempo la frescura con que aborda los distintos temas que plantea, todo ello sin olvidar a las fuentes doctrinales de referencia en esta materia, lo que sin duda es bastante meritorio. Hemos de decir, por tanto, de entrada que el libro es un buen trabajo, responde satisfactoriamente a las distintas cuestiones que la contaminación acústica genera y constituye un trabajo de base interesante para otras posibles investigaciones relativas a este tema.

Por ejemplo, no podemos dejar pasar la ocasión de realizar algunas breves consideraciones en relación con un tema que, como hemos afirmado, debería ser merecedor de mayor atención en general: la responsabilidad de la Administración por su inactividad para controlar la contaminación acústica emitida por terceros, ámbito en el cual la última jurisprudencia está siguiendo una doctrina no exenta de peligros. En efecto, últimamente diversas Sentencias han condenado a Municipios por su inactividad en relación con las perturbaciones acústicas provocadas por terceros. Así, se ha planteado la exigencia de responsabilidad a la Administración por no cumplir diligentemente con su cometido de controlar las actividades clasificadas. Una resolución puntera en este aspecto es la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003, según la cual cuando se trata de actividades clasificadas, de acuerdo con las competencias municipales sobre protección del medio ambiente y sanidad [art. 25.2.f) y h) de la Ley de Bases de Régimen Local], y las que expresamente les atribuye la legislación sobre sanidad y la propia de actividades clasificadas, los Ayuntamientos poseen las atribuciones suficientes como para lograr que cese la perturbación, y, por tanto, pueden exigírseles responsabilidad por no ponerlas en práctica.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares 1184/2001, de 11 de diciembre (Ar. 2002\469), resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Palma de Mallorca, de 8 de noviembre de 2001, cuyo fallo fue el siguiente:

«Se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la inactividad de la Administración demandada, en cuanto a las denuncias reiteradas interpuestas por los demandantes respecto a las molestias provocadas por el funcionamiento del local de referencia, en el local sito en el edificio donde habitan, entendiendo que los ruidos, vibraciones y humos que padecen vulneran los derechos fundamentales a la inviolabilidad del

domicilio del artículo 18 de la Constitución y a la integridad física y moral recogido en el artículo 15 de la Constitución, al no observarse ninguna infracción del ordenamiento jurídico a consecuencia de la que se produzca la vulneración de los derechos fundamentales alegados.»

La Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares vino, sin embargo, a revocar esta resolución judicial, y condenó al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, por inactividad, y al propietario del establecimiento que venía produciendo las perturbaciones aludidas. La doctrina seguida por el Tribunal autonómico para emitir dicho pronunciamiento fue la consabida doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la imbricación entre los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar y el Medio Ambiente.

Pues bien, sin perjuicio de esta doctrina, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares entiende que: *«es preciso acreditar unas inmisiones sonoras relevantes y reiteradas, unido a la ineficacia de la Administración contra la que se demanda. Aunque, en realidad, esta ineficacia ya se desprende de la simple existencia de aquellas molestias»*. Esto último es particularmente importante si se conecta con la configuración jurisprudencial actual de la responsabilidad patrimonial de la Administración, esto es, como es sabido, de naturaleza objetiva. Se podría colegir que siempre que exista un daño producido por contaminación acústica emitida por terceros titulares de una actividad clasificada, va a existir responsabilidad patrimonial administrativa.

A nuestro juicio, esto es excesivo. No puede sino llevar a un desbordamiento económico de la Administración municipal y un resquebrajamiento de la garantía constitucional indemnizatoria por el funcionamiento de los servicios públicos. Más razonable sería quizás imputar dicha responsabilidad cuando exista constancia de grave negligencia en el funcionamiento de la Administración, pero no imputar los daños producidos por terceros de forma automática. No obstante, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares 1184/2001, de 11 de diciembre (Ar. 2002\469), se deduce que la responsabilidad imputable a la Administración por inactividad tampoco es del todo automática. Del razonamiento del Tribunal se infiere que es requisito ineludible una clara negligencia en el ejercicio de sus funciones por parte del Ayuntamiento para imputarle la responsabilidad, sin perjuicio de la alteración de la carga de la prueba, debiendo ser la Administración quien deba probar que su actuación ha sido diligente. En todo caso, según la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, la actuación municipal fue totalmente negligente, a juicio del Tribunal, lo que le lleva a condenar al Ayuntamiento de Palma de Mallorca solidariamente con el propietario del local al pago de la indemnización solicitada, procediendo a la fijación de la cantidad en la propia Sentencia, sin esperar a la fase de ejecución de la misma.

Otra Sentencia interesante en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración por inactividad para poner fin a las molestias sufridas por vecinos cuando el foco emisor es una actividad clasificada es la del Tribunal

Superior de Justicia de Murcia, de 29 de octubre de 2001, que terminó condenando al Ayuntamiento de Cartagena al pago de 2.825.000 pesetas en concepto de indemnización por desarrollar una actividad claramente insuficiente para impedir la actividad perturbadora⁹. Los demandantes se fundamentaban en el artículo 18 CE, y en la normativa sectorial, y ambos argumentos fueron respaldados expresamente por la Sala para fundamentar su decisión¹⁰.

A juicio del profesor LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, la doctrina jurisprudencial que mencionamos tiene un tinte marcadamente antisocial, pues hace responsable del ruido a quien realmente no lo es, esto es, al Ayuntamiento, y provoca que sean los propios vecinos de cada municipio quienes en última instancia van a pagar la indemnización correspondiente, obviamente sin perjuicio de la desidia de algunos políticos para solucionar los conflictos típicos de ruidos¹¹.

Otro caso en el que se ha demandado la existencia de responsabilidad administrativa por inactividad ha sido el de las perturbaciones acústicas producidas por personas concentradas en la calle para divertirse en sus más variadas formas. Singularmente importante es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) (Ar. 1338). En esta ocasión, no obstante, los recurrentes no reclamaban una indemnización al Ayuntamiento de Sevilla por su inactividad para poner fin a la concentración de personas en una zona de dicha loca-

⁹ El Ayuntamiento había desarrollado las siguientes actuaciones:

«En una ocasión (así consta en el Tomo II del expediente, que, por cierto, no aparece debidamente numerado como reglamentariamente corresponde) aparece la referencia a un Decreto de 20 de agosto de 1996 del Alcalde, en el que se dice: “ruego que por el agente al que corresponda se proceda a la retirada de las barras en terrazas y de altavoces que se encuentren ubicados en el exterior...”. Lo que, por otro lado, conduce a la Sala a la convicción de que había altavoces en el exterior, altavoces de nueve establecimientos, pues son nueve los que se relatan en este documento, con lo que es evidente un sonido ensordecedor. Aparece (también sin numerar) en el Tomo II del expediente un Acta en el que, cumplimentando el oficio de 30 de agosto de 1996 del Concejal Delegado de Sanidad y Medio Ambiente y del Decreto de 20 de agosto de 1996, se retiran diversos enseres de los locales reservados. Omite la Sala la descripción de los mismos, por estar muy clara en el documento que obra en el expediente. Se encuentra también un Decreto de 17 de diciembre de 1996 en el que la representación municipal resuelve iniciar procedimiento sancionador a D. Vicente M. M., titular de uno de los establecimientos aludidos, al cual finalmente el instructor le propone una multa de 100.000 pesetas, que finalmente se le impone por Decreto de 3 de abril de 1997. Aparece asimismo, otro Decreto de 18 de noviembre de 1998, por el que se imponen al mismo titular la multa de 200.000 pesetas. Con lo que concluye la Sala que la actividad molesta no cesó, y que a cambio de ella en dos años, el titular fue sancionado con 300.000 pesetas.»

¹⁰ Igualmente, la Sentencia del TSJ Andalucía de 29 de marzo de 2001 condenó al Ayuntamiento de Chiclana (Cádiz) a pagar 900.000 pesetas a un particular que había sufrido durante todo el verano molestias originadas por unas carpas lúdicas instaladas al aire libre. Según la Sala, el Ayuntamiento no desarrolló, de forma injustificable y en perjuicio para los vecinos, las potestades de policía que obligatoriamente tenía que ejercer la corporación» porque únicamente exigió a los propietarios de las carpas una autorización provisional para el verano, que en realidad era una licencia de apertura pero no exigió nada respecto a la normativa urbanística o de seguridad, o de medidas correctoras, pese a las sucesivas denuncias de los vecinos durante todo el verano.

¹¹ Vid. L. Martín-Retortillo, «El ruido: una pesadilla de la Justicia», *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental (RIGA)*, núm. 58, octubre 2003, pp. 8-9.

lidad, y que venía impidiéndoles descansar desde hacía varios años. Simplemente reclamaban que dicha institución hiciera cumplir las ordenanzas municipales, que se impidiera el consumo de bebidas alcohólicas en la calle, que se controlara el ruido de las motocicletas y que se facilitara la circulación peatonal y guiada por la zona en cuestión ¹².

Como es conocido, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resolvió condenar al Ayuntamiento de Sevilla por no garantizar la seguridad ciudadana y actuar con permisividad e inactividad. Entendió así la Sala de lo Contencioso-Administrativo que los derechos a la libre circulación, al descanso y a la propia vida, entendida en sentido amplio, «*se ven menoscabados al no adoptar la Administración demandada las medidas adecuadas y suficientes para paliar al menos en parte los efectos negativos concretados en el presente proceso*» (FJ 5.º).

De tal modo que, respecto a dichas medidas adecuadas, no basta con aprobar las preceptivas Ordenanzas, sino que la Administración municipal debe también preocuparse de hacerlas cumplir, por lo cual, todo sea dicho, muchos municipios, y con el debido respeto, no se han caracterizado durante mucho tiempo; y así han estado sin tomar medida alguna respecto a los excesos que tienen lugar a la salida de los locales de ocio, o respecto a las causas y efectos de las concentraciones de jóvenes en las plazas para divertirse, normalmente, alcoholizándose.

En cualquier caso, no creemos, sin embargo, que sea algo sobre lo que el Poder Judicial no deba pronunciarse porque realmente se puede producir un incumplimiento de la Administración de sus funciones. No obstante, este incumplimiento no debe hacer que nos olvidemos de señalar a los responsables directos, quien provoca los ruidos y las molestias realmente. Por otra parte, lo que vemos difícil es controlar el cumplimiento posterior de la Sentencia, esto es, cuándo se estima que la Administración ha hecho suficiente para cumplir sus obligaciones de policía, para garantizar la tranquilidad de los vecinos.

Cuestión distinta es la exigencia de responsabilidad patrimonial, porque aquí es donde pueden producirse excesos, como consecuencia de tener que afrontar las consiguientes indemnizaciones. El *summum* de esta exigencia ha sido la pretensión del demandante contra el Ayuntamiento de Madrid en el conflicto ventilado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª núm. 605/2004, de 22 de abril: ser indemnizado por pasividad de la policía municipal ante sus denuncias contra un vecino del edificio donde vivía por las molestias acústicas que provocaba. Los vecinos habían ocupado el inmueble de la finca desde el mes de abril al mes de septiembre de 1999. Durante ese período era corriente que pusieran el volumen de la música a niveles excesivos. En cuatro ocasiones el denunciante requirió la actuación de la policía municipal, y en otras dos se presentaron varios escritos en el Ayuntamiento de Madrid poniendo de manifiesto el incívico comportamiento de los vecinos por el elevado volumen al

¹² *Vid.* Betancor, A.: «El ruido; normas de emisión, contenido ambiental de los derechos fundamentales afectados y responsabilidad patrimonial de la Administración», *RIGA* núm. 37, enero 2002, pp. 12 y ss.

que solían tener el aparato de música, así como solicitando la identidad de los mismos.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid terminará desestimando el recurso contencioso-administrativo presentado, no sólo por la falta de prueba de lesión alguna sufrida, sino lo que es más relevante jurídicamente, por la imposibilidad de imputársela a la Administración cuando se trata de relaciones de vecindad, aun incluso en el supuesto de que hubiera sufrido aquélla, y pese a que la responsabilidad patrimonial administrativa está configurada por la jurisprudencia como objetiva. A nuestro juicio, la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del todo certera y loable; no sólo porque no podía tomar otra distinta, habida cuenta la imposibilidad de probar un daño, sino porque acota la posibilidad de exigencia de responsabilidad a la Administración por inactividad en el ámbito de las denominadas relaciones de vecindad.

Calvo Charro, María:
Escritos de Derecho ambiental
Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 373 pp.

I

La preocupación ambiental y el interés cada vez más creciente del Derecho por la protección del medio ambiente ha supuesto de un tiempo a esta parte la prolífica aparición de una incontable número de trabajos generales en el seno de la disciplina iusadministrativista que permiten una mayor y mejor comprensión del llamado Derecho ambiental. Por ello podemos reflexionar por un instante, tomando la certera frase pronunciada en otro momento y lugar por Bertrand RUSSELL que «el número de publicaciones sobre una materia, como el número de grados de la temperatura de una persona, marca el estado de salubridad de la misma». Qué duda cabe que el Derecho ambiental satisface la aseveración anterior ante la atención y dedicación que se le está prestando sobre todo por parte de los administrativistas como consecuencia de las dificultades, complejidades y deficiencias que se proyectan sobre nuestro actual medio ambiente.

El libro que ahora reseñamos de la Profesora María CALVO con el título *Escritos de Derecho ambiental* colma también la necesidad que tratan de paliar otros tantos trabajos existentes en la actualidad. Empero, y al mismo tiempo, se separa de la práctica totalidad de ellos al constituir un interesante y valioso trabajo para todos aquellos que quieren iniciarse e indagar en el fenómeno del medio ambiente en nuestro país desde una vertiente tangible. Sin duda, como con acierto explicita el prologuista de la obra, no nos encontramos ante un Manual más de Derecho ambiental, sino más bien ante un trabajo sugerente donde el lector se embarca en el viaje que la propia autora le ofrece ante la complejidad ambiental con la que tenemos que convivir en la actualidad. Sirviéndonos de las propias palabras de María CALVO, no hay ninguna duda que «España es compleja medioambientalmente: peninsular e insular, seca o húmeda, orográficamente exasperada, hecha de meseta y costa, con climas varia-

* Doctor en Derecho, Profesor Ayudante de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

dos e incluso microclimas coexistentes en territorios no muy extensos, donde puede pasarse del paisaje alpino al subtropical, del helecho a la guayaba en pocos kilómetros».

El estudio de la Profesora CALVO se sitúa, por tanto, fuera de los cánones tradicionales de estructuración secuencial del análisis del Derecho ambiental, que normalmente se sustenta en una descripción lineal de las principales normas ambientales de nuestro *corpus iuris* ambiental. Por el contrario, y desde una perspectiva más atractiva y enriquecedora para el lector, que sin duda se impregnará de la sensibilidad ambiental que subyacen en todas y cada una de las páginas del libro, este trabajo pulsa en un determinado y concreto momento el actual estado de la cuestión de nuestro medio ambiente sirviéndose para ello de una serie de valores referenciales en forma de problemas de corte ambiental. Sobre este sustrato descansa la entera obra constituyendo de este modo su verdadero *leit motiv* la indagación pausada y reflexiva de acuciantes problemas hoy día presentes en nuestro medio ambiente.

El lector que decida aproximarse a la lectura de este trabajo se encontrará, pues, con un libro de problemas —por supuesto de problemas ambientales—, lo cual ya es un valor en sí mismo al identificar y desvelar algunas de las más importantes incógnitas a las que tenemos que enfrentarnos hoy día. Porque, como la propia autora nos confirma, en la base de los problemas ambientales abordados existe un gran componente de desinformación. Falta de información y, en definitiva, de educación ambiental que origina falta de conciencia y sensibilidad, por puro desconocimiento, hacia realidades especialmente significativas. Es un hecho innegable que estando prácticamente acostumbrados a convivir con determinados problemas, puede llegar a perderse el sentido real de que determinados hechos o situaciones constituyen auténticos problemas ambientales, como se demuestra con el fenómeno de la contaminación lumínica o con la tenencia de animales domésticos.

Pero, por supuesto, el trabajo de la Profesora María CALVO no se queda tan sólo en eso, sino que junto a los problemas también se ofrece la información necesaria para resolverlos con plenas garantías. Por tanto, una vez reconocidos los problemas, la autora trata de ofrecer respuestas mediante el empleo de las normas del llamado Derecho ambiental y desenmarañar de este modo la problemática actual del proceloso campo del medio ambiente. Esa respuesta legal es además convenientemente contextualizada en cada preciso momento mediante la facilitación de interesantes datos bibliográficos y jurisprudenciales y análisis comparativos del Derecho comparado, junto con números, cifras y estadísticas que ilustran tanto la entidad del problema como el posible alcance de la respuesta para contrarrestarlo. Ésta es la metodología seguida a lo largo de todo el trabajo en los diferentes escenarios ambientales a los que nos conduce su lectura: i) identificación de un problema y explicación del fenómeno, ii) tratamiento del mismo con las normas ambientales disponibles, y iii) posibles respuestas al problema mediante una información clara, sencilla y precisa que conduce incluso a la formulación de propuestas *de lege ferenda*. Como la propia autora reconoce abiertamente a lo largo de su libro, sólo si el ciudadano está informado colaborará con mayor facilidad tratándose de la protec-

ción y el cuidado de su entorno más próximo. Y sin ninguna duda ésta es la impresión que encontrará el lector tras leer el libro.

Retomando el verdadero hilo conductor del libro *Escritos de Derecho ambiental*, con gran rigor y perspectiva encontramos una investigación sobre una serie de destacados problemas ambientales. El rigor con el que se aborda la problemática ambiental de nuestro país en este concreto trabajo responde a la utilidad que este estudio académico va a proporcionar al futuro lector, pues se encontrará no sólo con el resultado brillante del esfuerzo investigador de la autora, sino también con el aroma docente que lo ha fraguado y al que va destinado en última instancia. Pero no sólo el rigor con el que son examinados los problemas ambientales es digno de mención en este trabajo. Junto a ello el lector encuentra en este libro una herramienta provechosa por su definida perspectiva actual. Porque los temas que toca la Profesora Calvo a lo largo de su libro, lejos de situarse en una decisión puramente azarosa, han sido elegidos conscientemente por detectar en ellos una necesidad en forma de deficiencia ante su escasa cuando no nula atención y dedicación. El novedoso fenómeno de la contaminación lumínica, la regulación ecológica del agua, el régimen de las zonas húmedas, los espacios naturales protegidos, los animales silvestres, domésticos y de renta, el problema de los suelos contaminados y el creciente y amenazador fenómeno de la desertificación, o, por último, la problemática que rodea a las sanciones ambientales, son todas ellas dificultades todavía hoy muy especialmente presentes en nuestro país y que se muestran sin ambages en esta obra que ahora recensionamos. Y son los expuestos y no otros, precisamente por identificarse desgraciadamente con circunstancias y avatares que sitúan a España en un difícil e incómodo «déficit» ambiental.

La lectura detenida de este libro permite comprender el porqué de nuestra actual situación ambiental deficitaria, tal y como acabamos de manifestar, y ello gracias también a la justificación manifestada por la propia autora para abordar estos temas y no otros. Así y en primer lugar, la actualidad y el interés de algunas de las cuestiones ambientales más cruciales a las que nos enfrentamos hoy día y a las que seguimos, qué duda cabe, encarándonos. La autora de estos *Escritos de Derecho ambiental* ha sabido rastrear la pista a una serie de cuestiones ambientales que casualmente se apuntan también como problemáticos en recientes documentos e informes de aparición posterior a los *Escritos de Derecho ambiental*. En concreto, la autora expone la problemática actual de nuestro país «sospechando» certeramente que ahí radican aspectos que merecen la atención de nuestro Derecho ambiental, situación ésta que, ahondando en el interés de este libro, ha sido respaldada y confirmada, primero en el Informe de la OCDE de 2004 sobre el análisis de los resultados ambientales en España, donde se abunda en alguna de las situaciones que ya se nos anticipan en este libro, principalmente por lo que respecta a la situación ambiental de nuestras aguas y de nuestro suelo. En segundo término y de forma más reciente, a finales del mes de enero de 2005, la prensa nacional se hacía eco del índice mundial de sostenibilidad ambiental, elaborado por las universidades norteamericanas de Yale y Columbia, la Comisión Europea y el Foro Económico Mundial, por el que se otorga a España 48,8 puntos sobre 100 y

sitúa a nuestro país en el puesto 76.º dentro de una lista total de 146, confirmando la difícil coyuntura ambiental que atraviesa España. En este Índice se evidencia claramente que en nuestro país todavía constituyen una asignatura pendiente el estado del suelo, la calidad y cantidad del agua, o la gestión de los recursos naturales, temas que el lector encontrará en el libro.

La actualidad y el interés, como acabamos de comprobar, se concitan en el libro que ahora reseñamos mediante siete capítulos o apartados, cada uno de los cuales con suficiente calado como para erigirse en trabajos independientes, y a la vez con la debida relevancia en su conjunto para conformar todos y cada uno de ellos unos *Escritos de Derecho ambiental* que permiten conocer, a expertos y legos en la materia, qué ocurre con nuestro medio ambiente en el seno de la encrucijada en la que se encuentra actualmente. Siete capítulos, en definitiva, que ponen de manifiesto, cual acontece con el valor numérico de la elección escogida, los siete «pecados» ambientales que perfectamente aparecen identificados en el libro y de los que adolece nuestro país.

Si ya de por sí el interés actual de los problemas ambientales que se encuentran presentes en el libro de María CALVO es un dato suficientemente representativo para justificar su examen crítico, el convencimiento de la autora para decidirse por esos y no otros aspectos ambientales radica en la «orfandad» en la que hasta ese momento se han encontrado inmersos muchos de estos problemas ante la falta de pronunciamientos doctrinales. Ausencia de estudios que además la propia autora ha colmado con anterioridad a estos *Escritos de Derechos ambiental*, construyendo, de forma pionera en nuestro Derecho, las bases jurídicas de algunos de los más recientes, atractivos y complejos impactos ambientales, tal y como acontece con el desconocido pero no por ello menos importante fenómeno de la contaminación lumínica.

II

Precisamente la contaminación lumínica, la protección del cielo oscuro o incluso el llamado derecho a contemplar las estrellas ha constituido un fenómeno desatendido y olvidado, por puro desconocimiento —a salvo el espacio cubierto por la ciencia de la astronomía— al que sólo puntual y recientemente algunas normas de forma aislada y el impulso doctrinal de la propia autora han proporcionado valor propio entre los iusambientalistas reconociéndolo como un nuevo ámbito en el que cabe proyectar el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado consagrado constitucionalmente en el artículo 45 CE.

En un primer momento, la laguna doctrinal para nosotros los juristas fue salvada con el pionero estudio de la misma autora titulado «El derecho a ver las estrellas. Análisis de la contaminación lumínica desde una perspectiva jurídica», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 187 (julio-agosto 2001), pp. 131-181. Con posterioridad, y como consecuencia del interés personal de la autora, puesto al servicio de la disciplina iusambientalista, la base de esa primera investigación tornaría en un estudio de mayor calado como el

que se nos ofrece como primer capítulo en los *Escritos de Derecho ambiental* bajo el título «La contaminación lumínica. La protección del cielo oscuro». Es evidente el alcance, cada vez constatado con mayor frecuencia, del problema ambiental que ocasiona la iluminación artificial, bien sea ésta pública, con los sistemas de alumbrado, bien privada sobre todo con los haces de luz de los grandes complejos de ocio directamente orientados al cielo como reclamo publicitario. En uno y otro caso, esgrimiendo convincentes razones, la autora nos desvela que no por utilizar más luz necesariamente se va a iluminar mejor, todo ello como consecuencia de toda la luz que se pierde por encima de la horizontal al no orientarse los flujos luminosos de arriba a abajo, esto es, hacia la superficie a iluminar, como, por otra parte, sería lo deseable.

El recorrido que en este primer capítulo se nos ofrece nos adentra en un fenómeno desatendido en sí mismo por la engañosa naturalidad a la que estamos acostumbrados a convivir sobre todo durante las noches debido a nuestros modos de vida y esparcimiento y que, en palabras de la propia autora, provoca la artificial transformación de la noche en día. Esta realidad de la protección del cielo oscuro o estrellado, por el efecto pernicioso que provoca tanto en la salud y bienestar de las personas como en el equilibrio de los ecosistemas, la biodiversidad, y las especies animales, que son directamente afectadas por destellos luminosos, es construida por la autora, al compartir la misma fundamentación, desde la reelaboración del derecho al paisaje, a partir de su vertiente diurna, perfectamente admitida y reconocida y cada día más consolidada, para proyectarse igualmente a su perspectiva nocturna. Con esta base en las páginas siguientes se desarrolla un esfuerzo de incardinación del fenómeno en el Derecho ambiental vigente, propiciando como resultado una escasa e insatisfactoria respuesta, tal y como acontece con el Real Decreto 1302/86, de evaluación de impacto ambiental, o con el viejo Reglamento de actividades clasificadas de 1961. Este baldío resultado, y a salvo la pionera Ley catalana de ordenación ambiental del alumbrado para la protección del medio nocturno de Cataluña de 2001, junto con la cada vez más decidida respuesta de la Administración local mediante la aprobación de Ordenanzas municipales en la materia, es el que conduce a la autora a sostener la necesidad de la aprobación de una Ley básica del cielo oscuro que colme así el hueco existente en la actualidad en este concreto sector de la realidad ambiental, como sucedió precedentemente con el problema de la contaminación acústica.

III

De otro lado, la regulación ecológica del agua constituye una cuestión ampliamente desarrollada por la autora como continuación de su propia indagación inicial expuesta en su artículo publicado con el título «La regulación ecológica del agua en el siglo XXI. Reflexiones al hilo de la Ley 46/99 de reforma de la Ley 29/85», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, (enero-abril 2001), pp. 409-440. En este capítulo la autora nos aporta los elementos necesarios para poder desarrollar un conocimiento pausado de las

importantes modificaciones acaecidas en nuestro Derecho de aguas para proceder a su mayor ambientalización aún más si cabe como consecuencia del empuje comunitario que impulsan las últimas y más recientes modificaciones normativas en materia de regulación ecológica del agua y protección de su calidad ambiental.

El agua, como recurso natural escaso, sólo ha sido objeto de atención especial desde una vertiente estrictamente ambiental a partir de la Ley 29/85, de 2 de agosto. Sin embargo, la necesidad de dispensar una sólida protección ambiental a la disponibilidad del agua, tanto en su cantidad como en su calidad, junto con la importancia en este sentido de las disposiciones comunitarias —fundamentalmente por la acción de la Directiva 2000/60, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas— ha removido los cimientos en los que se sustentaba nuestro Derecho de aguas para, en los últimos años, y fruto de la importante reforma acaecida con la Ley 46/99, de 13 de diciembre —cuyos aspectos más destacados nos son desvelados en este apartado del libro—, desembocar finalmente en un Texto Refundido de aguas en el que subyace una clara filosofía ambiental en la gestión ecológica del agua.

Si bien el punto de partida de nuestro Derecho de aguas radica en sendas leyes centenarias de 1866 y 1879, sin duda meritorias para el tiempo en que fueron aprobadas por lo avanzado de algunos de sus postulados debido a su perfección —lo que nos permite rememorar las palabras de JORDANA DE POZAS al advertir respecto de ese Derecho de aguas que «el tiempo de vigencia de las leyes suele estar en razón directa de la competencia de sus redactores y del tiempo que emplearon en redactarlas», la Ley postconstitucional de aguas de 1985 introduce una nueva cultura del agua, erigiéndose, como la Profesora María CALVO destaca, como la primera regulación hidráulica estatal con matices puramente ecológicos. Es ahí donde el lector va a encontrar los primeros despuntes de la regulación ecológica del agua que posteriormente han sido incluso superados por el peso y el influjo de la acción comunitaria sobre los recursos hidráulicos. En este sentido la autora va abordando los distintos aspectos que, inicialmente en la Ley de 1985, han contribuido a la conformación de un régimen ambiental de protección de nuestras aguas. De este modo es de destacar la demanialización del recurso, superando la filosofía privatista de las aguas subterráneas de la regulación anterior, por el que se identifica como bien de dominio público las aguas continentales, sean éstas superficiales o subterráneas. Además, en las páginas dedicadas al significado de la demanialización se realiza una explicación clara y sencilla acerca del auténtico valor y sentido de la técnica demanial como instrumento efectivo de protección ambiental.

Junto a la demanialización, el otro mecanismo para posibilitar una adecuada regulación ecológica del agua que introduce la Ley de 1985 es la planificación hidrológica. El empleo de los planes —el plan hidrológico nacional y los planes hidrológicos de cuenca— también alcanza a las aguas en aras de una mayor racionalización de los usos del agua y la consecución de una utilización armoniosa y acorde en definitiva con la debida protección ambiental.

De otro lado, la Ley de 1985 también introduce un salto cualitativo en relación con la política de aguas anterior al establecer un firme sistema de protección y conservación sobre las zonas húmedas y la utilización de las charcas privadas. Si bien la autora dedica un capítulo específico a las zonas húmedas y al régimen de las aguas públicas y privadas en un momento posterior del libro, las aportaciones que en este segundo capítulo se vierten sobre este particular, se dirigen específicamente a la regulación ecológica del agua como objeto de análisis sin solapamiento alguno, por tanto. En efecto, si bien desde un punto de vista tradicional los humedales y zonas pantanosas venían siendo considerados como focos asociados a la generación de enfermedades infecto-contagiosas como el paludismo, lo que justificó además que se decidiera su desecación y saneamiento por intereses sanitarios y agrícolas, la erradicación del problema sanitario hace aflorar el valor ambiental de estos espacios sobre todo para las especies migratorias, orientación ésta a la que responde la propia Ley de aguas, cohonstando sus prescripciones con las de la correspondiente legislación específica de protección de estos espacios naturales. Por lo que respecta, en segundo término, a las charcas privadas, e insistimos, sin perjuicio del tratamiento detallado del régimen de propiedad de las mismas como régimen singular de los humedales continentales que el lector encuentra en un capítulo aparte, los dictados de la regulación ecológica de este tipo de zonas obliga a restringir, condicionar e incluso prohibir el libre uso por su titular cuando se anteponen a ello razones ambientales.

Si el marco ambiental de la Ley de Aguas de 1985 aparece básicamente estructurado en la forma expuesta, la autora abunda aún más, como no podía ser de otra manera, ante la necesidad de superar el marco anterior por evidenciarse la urgencia de contar con mayores y mejores mecanismos de protección. Es entonces cuando tiene lugar la modificación de la Ley de Aguas de 1985 por la Ley 46/99, de 13 de diciembre. Sobre esta última modificación María CALVO, sirviéndose de la misma sistemática depurada que la empleada con el análisis de los problemas a los que trataba de hacer frente la Ley de 1985, aborda el examen de los aspectos ambientales más destacados de la reforma y que impregnan finalmente el actual Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001. Son fundamentalmente cinco las cuestiones referenciadas. Comenzando por la primera de ellas, la reforma de 1999, consciente de la escasez del agua como consecuencia del carácter irregular de las precipitaciones en nuestro país, a lo que se suma el desafiante fenómeno de la desertización —cuestión ésta a la que se dedica el último apartado del libro— resulta por todos los medios necesario conseguir agua allí donde no la hay, y además que ésta sea de calidad. Es por ello que la decidida acción del legislador pasa por la institucionalización de una práctica, la desalación de agua de mar, por otra parte, ya desarrollada con éxito sobre todo en el archipiélago canario. A la viabilidad de una práctica explorada y contrastada como es la actividad de desalación en sí misma considerada, junto con las ventajas ambientales a las que cabe sumar también la reutilización de las aguas una vez éstas son depuradas, cabe añadir la importancia de su carácter demanial cuando una vez desalada el agua es devuelta e incorporada a cualquiera de los otros elementos que conforman el dominio público hidráulico.

Pero si relevante es la actividad, sea de desalación o de reutilización, que permite un aprovechamiento cuantitativo de los recursos hídricos disponibles, no lo es menos el otro aspecto nuclear que introduce la reforma desde la vertiente del aprovechamiento cualitativo del agua. A esta cuestión relativa a la cesión de los derechos del uso del agua dedica la autora unas interesantes páginas sobre todo para clarificar qué supone este nuevo régimen, desmitificar ciertas ideas creadas por desconocimiento o desinformación y, en definitiva, sentar las bases iniciales de todo aquel que desee profundizar sobre este particular aportándose las fuentes, sobre todo doctrinales, necesarias.

La instauración de un mecanismo que permita la cesión de derechos de uso del agua pretende en última instancia racionalizar, por flexibilización, los aprovechamientos y con ello evitar y poner fin a las conductas ilícitas de mercadeo y compraventa de agua en los mercados negros existentes. Al institucionalizarse una conducta, por otra parte, ya existente en la práctica, la autora pone acertadamente, a nuestro juicio, el énfasis en el carácter inalienable del bien ante los posibles rechazos o recelos que un mercado del agua pudiera originar. Máxime cuando, en efecto, no estamos en presencia de un mercado del agua como tal ni ante una privatización del agua, ya que tal mercado no tiene cabida si estamos en presencia de un bien de dominio público como el agua. Con esa necesaria puntualización en estas páginas se abunda en la decidida apuesta por flexibilizar el régimen de usos mediante la introducción de instrumentos económicos que permitan garantizar una mejor y más eficaz gestión del recurso.

Finalmente, la reforma de la Ley 46/99 es destacada por la autora en tres manifestaciones en las que era preciso que la normativa de aguas colmara la deficiente regulación anteriormente existente. Una de ellas y muy relevante por lo que respecta al tratamiento normativo de las obras hidráulicas se refiere precisamente a la inclusión en el Título VIII del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 de una regulación singular para esta modalidad de obra pública. Inclusión en la Ley de Aguas con una sistemática un tanto peculiar, justo tras el Título VII relativo a las infracciones y sanciones. La importancia en todo caso de las obras hidráulicas no ha estado al margen de la relevancia más general de las obras públicas y concretamente del contrato de concesión de obra pública, de ahí que este aspecto, y en concreto el artículo 125 y el capítulo III del Título VIII hayan sido afectados, resultando modificados, por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

En última instancia, los otros dos aspectos que son destacados en el tratamiento dispensado a la regulación ecológica del agua se refieren precisamente a los extremos de más raigambre ambiental sin duda al amparo del contexto comunitario del nuevo Derecho ambiental de aguas. Se trata de la nueva regulación de vertidos y el sentido de los llamados caudales ecológicos o demandas ambientales. Comenzando por estas últimas, la garantía de los caudales ecológicos o demandas ambientales previstas en la planificación hidrológica es un importante condicionante a tener en cuenta a la hora de permitir y alcanzar la máxima conjunción entre el aprovechamiento de las aguas y su protección ambiental. La lectura de este concreto epígrafe evoca una inte-

resante reflexión que late en el fondo de la nueva filosofía ambiental de la que se impregna la Ley de Aguas. La disponibilidad, y por ende la sostenibilidad de los recursos hídricos, no puede sustentarse en exclusiva en la cantidad, sino también en la calidad de las aguas porque, de lo contrario, de qué nos serviría disponer de más agua si ésta no tiene la calidad adecuada. Las demandas ambientales o caudales ecológicos inciden, por tanto, en la preservación no sólo de nuestra escasez hídrica cuantitativa, sino a lo sumo y lo más importante, en la peligrosa escasez cualitativa ante la degradación ambiental de la inocuidad del recurso. Es una evidencia más que manifiesta que si el agua es de mala calidad, su disponibilidad aparente será menor de ahí que en el libro quede perfectamente justificada la necesaria atención que el legislador debía dispensar a esta regulación ecológica.

Si detrás de las demandas ambientales o caudales ecológicos se encuentra la satisfacción de una mínima disponibilidad cualitativa del agua ello dependerá en gran medida de la adecuada regulación que se haga de la práctica contaminante más perjudicial que puede afectar a los recursos hídricos, los vertidos. En efecto, la autora llama la atención al lector con un contundente título «una más estricta regulación de las autorizaciones de vertido». Así es, María CALVO nos transmite el nuevo empuje en el tratamiento de los vertidos mediante una fórmula de protección ambiental mejorada respecto de la regulación inicial de la vieja Ley de 1985 —la autorización de vertidos y el canon de control de vertidos— que pasa a denominarse precisamente de «control» de vertidos, superándose así las perniciosas incorrecciones jurídicas que amparaban la clandestinidad en la práctica de vertidos como la autora nos desvela al quedar anteriormente fuera de la obligación del pago del canon los vertidos no autorizados. La nueva regulación ecológica de las aguas, y sobre todo la ordenación administrativa de la práctica de vertidos, abunda justo en el sentido ecológico o ambiental, como se demuestra incluso más recientemente con el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 y se incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva marco de aguas del año 2000, ello con el propósito último de perfeccionar aún más el régimen de vertidos en nuestro Derecho de aguas.

IV

El tercer capítulo del libro sobre los espacios naturales protegidos no podían quedar fuera de un estudio sereno de nuestro medio ambiente dedicándose a esta cuestión el capítulo más extenso de toda la obra. Si bien aquí esa «orfanidad» doctrinal a la que anteriormente aludíamos se difumina ante el abultado número de trabajos dedicados de una u otra manera a esta cuestión, la reciente y a la vez controvertida Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2004, de 10 de noviembre, por la que se atribuye la competencia en materia de gestión de parques nacionales a las Comunidades Autónomas devuelve a la actualidad una temática que siempre ha centrado el interés de los ambientalistas.

La comprensión de todo el sistema ambiental de protección de los espacios naturales protegidos precisa de un análisis evolutivo previo donde la autora nos presenta tres etapas perfectamente diferenciadas. El lector encuentra así todas las claves para comprender cuál es el régimen actual y por qué se ha llegado ahí, de forma que si bien inicialmente se optaba por la protección de espacios para el beneficio del hombre con un claro influjo de la filosofía conservacionista norteamericana —Ley de Parques Nacionales de 1916—, en un momento posterior nos situamos en la protección dispensada a los espacios frente a la amenaza del hombre —Ley de Montes de 1957 y Ley de Espacios Protegidos de 1975—, hasta llegar finalmente a la protección constitucionalizada de los espacios en el marco de la protección general de los recursos generales al amparo del artículo 45 CE —Ley 4/89, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y la fauna—.

El recorrido anterior, como ya se ha apuntado, permite afrontar con plenas garantías el estudio detallado del régimen jurídico de protección de los espacios naturales, aspecto éste que es desarrollado, como resulta a lo largo de todo el libro, partiendo de la vertiente internacional y europea. La información proporcionada al lector en este sentido resulta muy completa relatándose cuáles son los Tratados y Convenios internacionales más destacados —como es el caso del Convenio de Ramsar relativo a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas y el Convenio sobre biodiversidad biológica—, así como el contexto comunitario-europeo, como resulta principalmente de las Directivas 79/409 y 92/43. Pero la autora no pretende describir tan sólo el contenido de estas normas comunitarias, sino que consigue llegar más lejos. Para ello aborda el alcance de las mismas, los problemas existentes en su transposición y, como consecuencia de ello, los pronunciamientos más importantes del TJCE.

Todo lo anterior sitúa al lector en la posición ideal para comprender cuál es el régimen nacional de los espacios naturales protegidos, en su vertiente estatal y autonómica, como no podía ser de otra manera. Dentro de ese régimen merece la atención de la autora el ámbito competencial, la clasificación de espacios y finalmente su gestión, por este mismo orden.

El ámbito competencial de los espacios naturales y que es analizado con exhaustividad, proporcionándose al lector abundante información normativa y referencias doctrinales de interés, se inicia a partir del lógico encuadramiento general en la protección del medio ambiente, lo que conduce a la dualidad, por todos conocida, de competencias normativas y competencias ejecutivas o de gestión. El problema sin duda se plantea con estas últimas sobre todo, como ya hemos afirmado, a partir del nuevo escenario creado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 194/2004, de 10 de noviembre. Esta Sentencia, que como es lógico no es abordada en el libro por tratarse de un pronunciamiento posterior al mismo, ha de situarse en estrecha conexión con el examen exhaustivo que el lector sí encuentra de la Sentencia 102/95. Esta importante Sentencia marcó en su momento un importante punto de inflexión al declarar inconstitucional, por lo que aquí ahora interesa, el precepto de la Ley 4/1989 que atribuía la competencia exclusiva de la gestión de los

Parques Nacionales al Estado. Paradójicamente en lo que ahora constituye un criticable paso adelante del Tribunal Constitucional, la decisión que entonces se adoptó de optar por la gestión conjunta Estado y Comunidades Autónomas, ha sido abandonada por la Sentencia 194/2004 al entregarse por entero la gestión a las Comunidades Autónomas. La importancia de la Sentencia 102/95 supone, sin embargo, que, lejos de ser comentada descriptivamente como tal en el libro, lo que hubiera provocado un efecto desincentivador para su lectura, es completamente diseccionada por la autora —para beneficio del lector— con el fin de insertar en cada asunto objeto de análisis la parte de ese pronunciamiento que más pueda interesar en cada preciso momento al hilo de la explicación general que se viene desarrollando.

Por otra parte, la clasificación de los espacios naturales protegidos busca la familiarización del lector con todo el elenco de posibilidades que permite la normativa internacional, comunitaria, estatal y autonómica, poniéndose de relieve incluso cómo sobre un mismo espacio pueden proyectarse diferentes figuras clasificatorias. Una vez conseguido lo anterior, el lector descubre que la autora no se limita a realizar una enumeración descriptiva de todas las posibilidades legales, sino más bien indaga en la intención del legislador, estatal y autonómico, a la hora de establecer esas categorías, y aún más, lo que se espera de las mismas cuando son llevadas a la práctica una vez conformadas como figura de protección. Por ello este capítulo ofrece todavía dos cuestiones de máximo interés: i) tanto el problema de determinados espacios o áreas sometidos a una evidente amenaza ambiental y la posible respuesta preventiva que cabe dispensarles, como también la posible pérdida de la categoría de protección de un espacio, y ii) las consecuencias que se derivan de la declaración de un espacio como espacio protegido. En este último punto la autora dedica unas páginas a valorar la incidencia que un espacio declarado como protegido tiene sobre el derecho de propiedad —con limitaciones, prohibiciones y otros condicionamientos para los propietarios de los terrenos afectados—, sobre la clasificación urbanística de los terrenos afectados —que merecerán la condición de suelo no urbanizable, cuando no de especial protección—, sobre las zonas periféricas de protección o pre-parques como zonas de amortiguación de impactos, y finalmente sobre los municipios afectados y las áreas de influencia socioeconómica, donde, entre otras cuestiones, se pone de relieve el necesario reconocimiento compensatorio a estas comunidades por las limitaciones de uso que implica la protección de estos espacios.

Finalmente, y por lo que a la gestión de espacios propiamente respecta, la autora analiza los instrumentos y los órganos de gestión. En cuanto a los primeros y desde la importancia de la planificación de los recursos naturales como garantía para alcanzar los objetivos de protección deseados, se realiza un breve recorrido por las figuras existentes con mención de sus aspectos más sobresalientes. Éste es el caso del Plan Director de la Red de Parques Nacionales, los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, las Directrices para la Ordenación de los Recursos Naturales, los Planes Rectores de Uso y Gestión, y, por último, una serie de Planes Sectoriales para la protección de la fauna y la flora silvestres, como es el caso del plan de recuperación, el plan de

conservación del hábitat, el plan de conservación, y el plan de manejo. Y por lo que a los órganos de gestión respecta, y sin perjuicio de la nueva situación creada por el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional ya citado, junto con la gestión propia de las Comunidades Autónomas, en el caso de los Parques Nacionales y con la excepción del Parque Nacional de Aigüestortes i Stany de Sant Maurici, la gestión conjunta de los mismos se sustenta desde el Organismo Autónomo Parques Nacionales, pasando por el Consejo de la Red de Parques Nacionales y las Comisiones Mixtas de Gestión, hasta los propios Patronatos.

V

Si se ha comprobado anteriormente en un capítulo precedente del libro que el interés de la autora descansa también en la regulación ecológica del agua no lo es menos que merece una atención singularizada y con los presupuestos anteriores, el régimen de las zonas húmedas. En este concreto capítulo el lector encontrará expuesta de una forma clara y sistemática la revitalización de una materia de la que la propia autora, como experta en el panorama ambiental español, se ha ocupado con anterioridad como acredita su interesante monografía publicada con el título *El régimen jurídico de los humedales*, Madrid, Instituto Pascual Madoz y Boletín Oficial del Estado, 1995, 312 pp.

Esta materia es además confirmatoria de la intención de la autora de arrojar más luz al problema de la desinformación y el desconocimiento hacia las cuestiones ambientales y que motivan precisamente mucho de los problemas ambientales que padecemos en la actualidad. Sin duda que el problema previo que sufren los humedales de nuestro país es conocer que un área en concreto donde se está desarrollando una determinada acción es realmente un humedal, o bien, conociendo perfectamente que un espacio es una zona húmeda, que se desconozcan, sin embargo, los límites exactos que lo acotan a los efectos de su protección.

Es por ello que las dos variables que el lector va a encontrar en este apartado relativo al régimen de los humedales se encuentran perfectamente delimitadas *ab initio*, a saber, la titularidad o propiedad de las aguas, y más en concreto de los humedales, y, por otra parte, su protección.

Para ello la autora propone un ilustrativo recorrido histórico acerca de cuál fue la respuesta que se ha dado al problema de los humedales en nuestro país. Y no sólo con ello se consigue proporcionar una interesante riqueza anecdótica mediante datos de máxima utilidad e interés, sino que con ello se consigue comprender su verdadero sentido y alcance y el porqué de la política de entonces para proceder a su desecación y saneamiento. En este sentido, en esa rememoración que se hace de la situación existente en los siglos XIX y XX, los humedales no eran vistos como hábitats de especial valor ambiental generadores de vida para las especies faunísticas y florísticas. Más bien y por constituir el foco de importantes infecciones para la población, además de tratarse de terrenos baldíos, el interés público de la época venía representado por la sanidad y la agri-

cultura. La acción conveniente, pues, era la de su desecación sin atender por asomo a su especial valor ambiental por la sencilla razón de que por entonces el medio ambiente no había despuntado y existían otras realidades prioritarias a considerar que dieron al traste con muchas zonas húmedas de nuestro país. El lector encontrará, por tanto, en estas páginas un ejercicio reflexivo muy importante al que le orienta la propia autora y que pasa, como precisamente ella misma afirma en su libro, por asumir y comprender la política desecadora de entonces como razonable, «lejos de escandalizarnos», por tanto.

No obstante, el análisis no puede concluir ahí, sino que en el examen de las zonas húmedas debe encontrarse su preeminencia ambiental. Y esta misma es la que se desarrolla acto seguido con la superación de la filosofía de las leyes de desecación para potenciarse su protección, conservación y restauración. Este fenómeno, que tiene lugar a partir de la década de los años 60, viene convenientemente respaldado con posterioridad por el Tratado de Ramsar para la protección de las zonas húmedas de importancia internacional, la Directiva 79/409 de protección de hábitats o zonas de especial protección para las aves, y por nuestra Ley de Aguas de 1985.

Llegado, pues, este momento, la Profesora CALVO aborda ya con plenas garantías las dos vertientes que se han apuntado *ut supra*, la titularidad y la protección, consciente ya de antemano de la importante conclusión que cabe extraer respecto del régimen de los humedales. De este modo, la propiedad de los humedales varía en función de que éstos sean costeros o continentales. En relación con los primeros la legislación de costas no ofrece dudas al incluirlos indubitadamente en el dominio público marítimo-terrestre. Con ello, como con acierto expone la autora, la norma hace frente al problema urbanístico que afecta a los humedales por cuanto nadie entonces se sentirá tentado a proceder a su desecación para su apropiación con el fin de edificar por la sencilla de que, aun desecado el humedal, el mismo va a seguir teniendo la condición de bien de dominio público.

La situación, sin embargo, es distinta en el caso de los humedales continentales y ello porque en la Ley de Aguas no se encuentra una declaración de demanialidad tan consistente como la contenida en la Ley de Costas. Esto obliga al operador jurídico a descender a la casuística proporcionándose en el libro algunas de las claves más sobresalientes. Así, el régimen, por ejemplo, de las charcas privadas de forma que aquellas que sean parte integrante del predio en el que se encuentren situadas, se considerarán de titularidad privada sin perjuicio de los importantes condicionantes y restricciones que la legislación ambiental puede imponer a su propietario en su utilización. O lo que acontece con los humedales sustentados en aguas subterráneas y el problema que plantea la titularidad privada de los pozos alumbrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1985. Sobre esta misma Ley la autora, con gran agudeza, descubre en el libro los problemas que su texto propicia y que, sin embargo, no llegó a resolver. El ejemplo que se nos muestra es suficientemente ilustrativo y de interés para el lector no sólo en su exquisito planteamiento teórico, sino en su concreción práctica, como ha sucedido desafortunadamente con las Tablas de Daimiel. El problema citado se refiere a que si las aguas

superficiales de un humedal son consideradas dominio público, sin embargo, las aguas subterráneas del acuífero en el que se sustenta el humedal pueden ser de propiedad privada, violentándose con ello el principio de unidad del ciclo hidrológico por la dualidad creada de regímenes jurídicos aplicables. Esta situación puede de hecho mermar la deseable protección que cabe dispensar a las zonas húmedas, pero el análisis anterior, como ya anticipábamos, se concluye por la autora insistiendo en la importancia de las medidas de protección con independencia de la titularidad de la zona húmeda, máxime cuando perfectamente puede atisbarse que la titularidad pública de los humedales no es determinante para su protección.

La parte final de este apartado relativo a los humedales, por tanto, se sitúa en el seno de la protección ambiental de las zonas húmedas, siendo preciso conocer y reconocer a ciencia cierta la existencia física misma de una zona como humedal. Para ello se aporta un examen exhaustivo de la normativa internacional, comunitaria, estatal y autonómica acerca de la concreción legal de lo que se entienda por humedal. Con ello, es necesario abordar la respuesta que las normas proporcionan a la realidad física y biológica de los humedales, es decir, la necesidad de que los mismos aparezcan perfectamente identificados por el Derecho como zonas a proteger, lo que obliga a su cuidada y detallada catalogación e inventario. Una buena muestra de la importancia actual que todavía hoy tienen los humedales, en los términos que se configurarían en el libro, lo acredita el Real Decreto 435/2004, de 12 de marzo, por el que se regula el inventario nacional de las zonas húmedas.

VI

Comprobado ya el interés sectorial de algunos de los más relevantes problemas ambientales y el perfecto manejo de su autora, sin perjuicio de otros dos capítulos más a los que nos referimos en último término, el libro *Escritos de Derecho ambiental* no pasa por alto tampoco la importante vertiente «institucional» que subyace en el seno del Derecho ambiental a partir de las categorías centrales de nuestro Derecho Administrativo. Así en este trabajo también nos encontramos un capítulo dedicado expresamente al análisis de alguno de los más singulares problemas que se ciernen en materia de sanciones ambientales, constituyendo el auténtico soporte de la obra entera por la densidad de citas doctrinales, normativas y jurisprudenciales así como el empleo de notas explicativas y aclaratorias imprescindibles para seguir su lectura.

Además, como ya hemos detallado de forma igual con los capítulos anteriores, no es ésta tampoco la primera vez que la autora se ha enfrentado a la problemática general de las sanciones ambientales para imprimirle un cierto sentido de racionalidad y lógica jurídica. De este modo, este concreto capítulo constituye un paso más en el camino emprendido por la autora con su monografía titulada *Sanciones medioambientales*, Madrid, Marcial Pons, 1999, 207 pp.

En concreto, en este capítulo se realiza una necesaria aproximación previa al fundamento y justificación de las sanciones ambientales desde el alcan-

ce limitado o la imposibilidad, por agotamiento de sus capacidades, de las técnicas de prevención ambiental. Dicho fundamento, que descansa en la amenaza disuasoria previa y en la posterior a la comisión de un ilícito, no imposibilita reconocer en términos generales, como la protección ambiental viene a confirmar, la primacía de la prevención sobre la represión, pese a que esta última complementa necesariamente a la primera en los casos de fracaso o ineficacia de las técnicas preventivas.

El siguiente paso que se encuentra el lector es el de la identificación del objeto de análisis, esto es, la sanción ambiental, proporcionándose una definición general de la misma y plasmando también la búsqueda en la que ha de embarcarse el operador jurídico para localizar sanciones ambientales, no sólo en la legislación estrictamente ambiental, sino también en otra legislación sectorial que incluye aspectos ambientales, sobre todo relativos a la conservación y protección, tal y como ocurre, por ejemplo, con la legislación de aguas, costas, montes, minas, suelo, industria, ganadería, agricultura, etc.

Con lo anterior la autora proporciona las pautas necesarias para abordar algunos problemas específicos y singulares de las sanciones ambientales. Para ello comienza abordando el alcance de las sanciones en la legislación ambiental a partir del reparto competencial previo entre Estado y Comunidades Autónomas y el sentido en última instancia que tiene el artículo 149.1.23 CE. Si bien es cierto que la legislación ambiental básica constituye, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, una ordenación de mínimos que permite a las Comunidades Autónomas establecer niveles de protección más elevados, y si los preceptos que contemplan sanciones tienen carácter básico, la autora se cuestiona muy agudamente si la noción de básico que también cabe predicar de las sanciones puede y debe ser entendida con aquel efecto, esto es, como sanciones mínimas a nivel estatal que permita a las Comunidades Autónomas imponer sanciones más estrictas. La respuesta a este interrogante, desgranada a partir de la cambiante jurisprudencia constitucional sobre este mismo particular, conduce en estas páginas a entrever que efectivamente las Comunidades Autónomas, sin cuestionamiento de su potestad sancionadora en las materias sustantivas en las que gozan de competencia propia, pueden establecer sanciones más graves o incluso nuevas sanciones. Sin perjuicio de respetar el procedimiento administrativo común o básico —en este caso sancionador en virtud del art. 149.1.18 CE— y que la decisión autonómica no contradiga, limite o reduzca la protección dispensada por la legislación estatal, el problema podría plantearse con la cláusula del artículo 149.1.1 CE. En la reconstrucción que la autora proyecta del planteamiento del Tribunal Constitucional, a su parecer es posible que se prevean nuevas sanciones u otras que difieran de las recogidas por la normativa estatal mediando para ello un fundamento razonable, que en definitiva es el parámetro de control esgrimido por el máximo intérprete de la Constitución para aceptar esa posibilidad comentada.

Un segundo problema sobre las sanciones ambientales que merece la atención de la autora es el relativo a la controvertida legalidad que siempre ha planeado sobre las ordenanzas municipales que tipifican infracciones y sanciones.

Desde dos hipótesis incuestionables como son la competencia ambiental municipal y la potestad normativa de los municipios, la autora se plantea la necesidad de resolver si los entes locales pueden tipificar infracciones y sanciones ambientales en sus propias ordenanzas. Sin duda éste es uno de los más acuciantes problemas ambientales porque obliga a rastrear, sin conseguirlo en muchas ocasiones por inexistencia, cuál sea la cobertura legal previa en la que amparar la regulación sancionadora que hace una ordenanza ante la estricta aplicación del principio de legalidad. Ante esta situación y lejos de sucumbir ante la realidad de los hechos, en el libro su autora expone una firme postura por la que no necesariamente en casos de ausencia de esa cobertura previa ha de entenderse infringido el principio de legalidad y por ende nula la ordenanza y nula la sanción en ella prevista. La autora reconoce la admisibilidad de la ordenanza como norma tipificadora de infracciones y sanciones en el ámbito del medio ambiente local. Pese a la aparente minoración o debilitamiento del principio de legalidad, su aceptación se fundamenta en la emanación de la norma por un poder local que dispone de legitimidad democrática directa. Además, se afirma por María CALVO, es necesario arbitrar una respuesta a la tensión existente entre una interpretación rígida del principio de legalidad y, por otra parte, el interés municipal por mantener el orden, la salud y la higiene ambiental, respuesta que viene dada en forma de aceptación de la potestad sancionadora municipal mediante ordenanzas, sobre todo ante la escasa repercusión que todas estas cuestiones locales «menores» tienen para el ámbito estatal o autonómico.

Si bien la postura de la autora es clara, las páginas dedicadas a esta cuestión son mucho más enriquecedoras. Porque lejos de preocuparse la Profesora CALVO de sostener muy razonadamente su tesis, se preocupa de aportar al lector el resto de las posturas doctrinales más destacadas en el mismo o en contrario sentido que permitan disponer de todos los criterios disponibles para optar por una solución jurídica adecuada.

Por otra parte, si bien a esta controversia no han ayudado, ni los dictámenes del Consejo de Estado ni las Sentencias del Tribunal Supremo, que en modo alguno han aportado un criterio uniforme sobre esta particular, finalmente la normativa en materia de régimen local ha venido a superar esta asignatura pendiente. Pese a que esta cuestión no es tratada en el libro, precisamente la confirmación de la tesis sostenida por la propia autora ha venido dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Precisamente y por lo que aquí interesa, esta norma dota de cobertura normativa adecuada a la potestad sancionadora de los entes locales en ausencia de legislación sectorial. Para ello procede a modificar la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en concreto sus artículos 127.1 y 129.1. Ahora, pues, pese a que el ejercicio de la potestad sancionadora de los entes locales no haya sido expresamente reconocido por norma con rango de Ley, la ausencia de cobertura legal necesaria viene colmada por el nuevo Título XI —relativo a la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias— que se añade a la Ley reguladora de las bases del régimen local de 1985 por la Ley 57/2003.

En último lugar, otro de los problemas típicos o tradicionales que afectan a las sanciones ambientales es el de la duplicidad de las mismas con las sanciones penales de cara a evitar la prohibición del *non bis in idem*. Las páginas del libro dedicadas a esta cuestión, lejos de caer en una descripción general del principio, aporta las bases necesarias para comprender su alcance modulado. El interés de la autora es transmitir al lector que pese a conocerse abiertamente qué implica el mencionado principio existen realidades normativas y fácticas que obligan a su matización. Estas son, entre otras, las sanciones ambientales impuestas por la utilización de bienes de dominio público natural o la no siempre correcta primacía del delito ecológico sobre la sanción ambiental administrativa. Sobre este extremo la autora recuerda con habilidad que el delito ambiental se construye, en su tipificación, como un tipo penal en blanco sobre la base de una regulación administrativa previa. A partir de esa reflexión, el lector encuentra un interesante cuestionamiento de la autora acerca de la supremacía de la sanción penal sobre la administrativa. La autora recuerda que el principio *non bis in idem* obliga a optar por una sanción pero no establece que necesariamente deba ser siempre la penal, porque, como atestigua con clarificadores ejemplos prácticos y reales, en ocasiones la sanción administrativa puede ser más grave y más dura que la penal. En resumidas cuentas, lo ideal de cara a la protección del medio ambiente es la imposición de la medida sancionadora más severa, sea ésta penal o administrativa, desmintiendo que necesariamente la opción tenga que ser siempre a favor de la sanción penal.

VII

Finalmente el lector encontrará dos capítulos más que vertebran el cuerpo de estos *Escritos de Derecho ambiental* con el mismo sustrato que el expuesto para todos los anteriores, la actualidad e importancia de la temática en ellos contenida, tratándose en este sentido de cuestiones sobre las que todavía son muy pocas las respuestas proporcionadas, o incluso las ya conocidas ofrecidas tardíamente. Éste es el caso tanto del régimen de los animales silvestres, domésticos y de renta, como el que tiene como desafortunado protagonista al suelo, medio receptor vulnerable ante dos fenómenos, uno industrial y otro natural, que contribuyen a su deterioro: la contaminación y la desertificación.

Por lo que al régimen de los animales interesa, sobre este particular el problema es doble en tanto en cuanto primero, el conflicto ambiental en sí es evidente por los atentados cometidos contra la fauna silvestre por el uso de cebos envenenados y la caza furtiva, y en segundo término ante la ausencia de estudios doctrinales sobre la materia, sobre todo aquellos que tengan una dimensión global de todos los animales y no sólo los silvestres incluyendo también a los animales domésticos y de renta, lo que dificulta a fin de cuentas soluciones de alcance global.

Precisamente y ante ese escenario la autora nos conduce a lo largo de la lectura de este capítulo a escudriñar el régimen jurídico completo de los animales, bien sean salvajes o de la fauna silvestre en su propio hábitat o en cautivi-

dad, bien el de los animales domésticos o de compañía, los animales de renta, en granjas o instalaciones ganaderas, para concluir finalmente con una breve alusión a las especies marinas. Toda esta panoplia de posibilidades es abordada a su vez no de forma lineal, sino teniendo presente la doble vertiente que subyace en el régimen jurídico de la especie animal. Por un lado, la protección de los animales frente a las agresiones que puedan sufrir por obra del hombre y que, como desgraciadamente demuestra la experiencia, alcanza de lleno a todas las categorías que anteriormente se han detallado. Así, la caza ilegal, los crueles experimentos, el abandono de animales domésticos o la tortura y los malos tratos incluso con motivo de fiestas populares. Ante esa realidad, bien conocida por la autora del libro y que pone de manifiesto al lector mediante un análisis descriptivo realista, sin embargo, María CALVO no pretende quedarse sólo en eso. Más bien, como ya hemos destacado, hay otra dimensión que no puede olvidarse y que se proyecta en el capítulo abiertamente y a la que sólo muy recientemente el legislador le está comenzando a dar la respuesta que merece. Nos referimos a la protección del propio ser humano, y podríamos añadir aquí —como animal racional—, frente a la acción de los animales salvajes e incluso domésticos.

La expuesta es la representación que el lector encuentra manifestada en este capítulo. Concretamente el grueso de ese capítulo se centra en el examen de la fauna silvestre y sobre todo la que se encuentra en libertad. De este modo, el análisis se fundamenta una vez más, como constituye tónica habitual en todo el libro desde arriba hacia abajo, esto es, comenzando por los Convenios y Tratados internacionales existentes en la materia. La protección internacional de la fauna silvestre pretende garantizar la supervivencia de ciertas especies cuyo desenvolvimiento natural «no conoce de fronteras» como es el caso de las especies marinas y de las aves migratorias. De modo que tan indispensable resulta una firme protección de las especies como una tenaz defensa de los hábitats y áreas protegidas que les sirve de sustento para posibilitar la vida de aquéllas, y que, en el caso de las aves migratorias, tiene una interrelación clara y evidente con los humedales, que, pese a ser objeto de análisis en otro momento del libro, presentan ahora esta clara justificación.

Pero también la protección internacional animal pretende erradicar la lacra del comercio internacional de las especies amenazadas; como buena muestra de ello es el importante Convenio CITES, del que se ofrece al autor sus notas más sobresalientes.

A otro escalón inferior, pero impregnándose de la misma filosofía, se encuentra todo el entero entramado normativo comunitario-europeo, confirmando la regulación internacional por lo que se refiere a la eliminación del tráfico ilegal de especies amenazadas y productos derivados de las mismas, como a la protección indirecta de especies a partir de la tutela de sus hábitats. En este sentido el lector encontrará las pautas necesarias para familiarizarse con la importante Directiva 79/409, de conservación de las aves silvestres y de sus hábitats, que obliga a la creación de las zonas de especial protección para las aves —las conocidas ZEPAS—, y con la Directiva 92/43 sobre biodiversidad de la cual es muy representativa la constitución de la Red Natura 2000.

Con esta importante base la autora conduce al lector a nuestra regulación interna, estatal y autonómica. La primera aparece representada por una regulación detallada de la Ley 4/89, de conservación de los espacios naturales y de la flora y la fauna silvestres, y de sus modificaciones posteriores, en tanto que se trata de una norma que proporciona una protección omnicomprendensiva de toda las especies de la fauna silvestre en libertad. En ella la Profesora CALVO disecciona su complejo contenido para ofrecer al lector sus tres apartados más destacados: i) protección de los hábitats, porque sólo, como refiere la propia autora, una vez asegurada la protección del medio es cuando pueden comenzar a adoptarse medidas específicas para la conservación de especies concretas; ii) protección generalizada de todas las especies en libertad, con especial atención a las autóctonas, endémicas y migratorias; y finalmente iii) protección especial de determinadas especies amenazadas, que, dada su importancia, se le dedica un epígrafe completo, constituyendo su principal interés el régimen de catalogación de especies.

Las Comunidades Autónomas han optado por regular esta materia mediante una Ley específica, las pocas, o bien por abordar el régimen de protección de los animales como se hace en el ámbito estatal, mediante una Ley de Espacios Protegidos, donde se incluye el régimen de especies y a la que en todo caso hay que sumar la legislación en materia de pesca y caza. Aquí el lector va a encontrar respuesta adecuada al problema de la regulación de la actividad de pesca y caza —competencia autonómica— de cara a la protección ambiental de especies cinegéticas —competencia estatal— como consecuencia del juego relacional de competencias creado y que la autora no sólo bien conoce, sino a lo sumo más importante, transmite al lector con esmero.

Como ya se ha apuntado, el expuesto es el grueso del capítulo pero con él no se agota el régimen general de protección de los animales. Por ello en la parte final del capítulo se encuentra examinado el régimen de la fauna silvestre no ya en libertad, sino en cautividad, con un triple tratamiento a partir de las instalaciones zoológicas donde se encuentran las especies, la experimentación o investigación con animales, y finalmente la tenencia de animales peligrosos, todo ello una vez más, desde la vertiente internacional, comunitaria, estatal y autonómica.

Y por último resta el estudio del régimen de los animales domésticos, que obliga a la autora al examen de los animales de compañía. Aquí es donde confluye esa doble vertiente anteriormente apuntada relativa a la procura de la protección y el bienestar animal con la protección de las personas frente a los peligros provenientes de este tipo de animales. El esfuerzo de la autora permite desvelar que respecto a la primera manifestación, en el caso del bienestar animal no hay todavía una Ley básica de procura del bienestar, si bien es de destacar el cada vez más creciente interés entre la doctrina. Y por lo que se refiere a la otra dimensión, la prevención de peligros para las personas, también se analiza en el libro la respuesta normativa que tardíamente se ha proporcionado con la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, de régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos, las regulaciones autonómicas e incluso las ordenanzas municipales sobre tenencia de animales.

El régimen de los animales domésticos se completa, junto con los animales de compañía, con los de renta o granja y las interesantes pinceladas que se aportan acerca de los espectáculos taurinos. De los primeros es valiosa una vez más la crítica que la autora formula acerca de la injustificada espera para la aprobación de una Ley de Sanidad Animal y que sólo ha sido atendida en tiempo reciente mediante la Ley 8/2003, de 24 de abril. Y de los espectáculos taurinos, más allá de polémicas de las que sabiamente la autora se mantiene al margen, su labor, cumplida con empaque, se limita a proporcionar al lector el estado actual de la cuestión desde un aséptico punto de vista normativo a través de la regulación estatal y autonómica.

Por último, el capítulo concluye con una mención a las especies marinas, dando debida cuenta al lector de su necesaria protección desde el conjunto de normas específicas existentes, bien convenios internacionales, legislación europea, como normativa nacional —la Ley 14/98, de 1 de junio, de control de los recursos pesqueros— e incluso medidas de estricto corte administrativo igualmente de interés como sucede por ejemplo con el Programa del medio marino.

VIII

El libro se cierra con el problema ambiental del suelo, que también en otro momento y lugar ha merecido el interés de la autora, como ocurre con su artículo titulado «Contaminación de suelos y desertización en España (Un análisis global de su situación jurídica)», *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 167 (enero-febrero 1999), pp. 143-178. Ahora se ofrecen al lector las pautas necesarias para aproximarse al complejo desafío que se cierne sobre nuestros suelos en forma de contaminación y de desertización. Y ello sobre la base de la fiel reproducción del esquema seguido a lo largo de todo el libro: i) identificación del problema, en este caso la contaminación y desertización del suelo; ii) los instrumentos preventivos y represivos esgrimidos por la normativa vigente para hacer frente a la amenaza y a los daños sufridos por el suelo.

Una obra como la que el lector va a encontrar en este libro que pretende y consigue dar cuenta de los fenómenos ambientales más problemáticos no podía obviar al recurso más frágil y por desgracia también el más olvidado. Como la propia autora pone de manifiesto, mientras que desafortunadamente su degradación, erosión o contaminación resulta sencilla, en cambio su restauración resulta difícil, costosa y larga. Y la respuesta legislativa que se ha dado a la protección y defensa del suelo sin duda que ha estado muy alejada de lo que fuera deseable, siendo inversamente proporcional, en intensidad, a la amenaza que se tamiza sobre este recurso en general —en forma de deforestación, salinización, erosión, desertización y contaminación—. Esta injustificada discriminación legislativa que padece el suelo respecto del aire o el agua obliga a un esfuerzo que pasa por la búsqueda de respuestas en todo el complejo campo de la legislación sectorial y que la propia autora desarrolla facilitando la lectura de estas páginas. Con ello no sólo María CALVO pretende hacer una auténti-

ca recopilación, de por sí ya importante, sino que procura destapar los verdaderos problemas —solapamiento y falta de coordinación— que surgen por la aplicación de políticas y medidas sectoriales sin una visión unitaria o de conjunto. En última instancia, en el ánimo de la autora aparece inteligentemente evidenciada la indefectible aprobación de una Ley General del Suelo en su sentido estrictamente ambiental. Aún todavía sin aprobarse esa Ley general, cierto es que la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, ha paliado, aunque no por completo, la situación que acaba de describirse con su claro propósito de protección integral y de la que, en lo que a la protección del suelo interesa, se ofrecen alguna de sus claves.

Sea como fuere, el problema está ahí y la respuesta adecuada todavía no se ha producido. Sin embargo, corresponde al buen jurista intentar descubrir, allí donde parece que no la hay, algún tipo de respuesta y eso es lo que se manifiesta en el libro para la situación de contaminación y de desertización del suelo. Comenzando por el primero de los fenómenos enunciados, la contaminación de los suelos es un intrincado problema como consecuencia de la propia complejidad de las numerosas y diversas fuentes que pueden dar lugar a la misma. Desde la actividad agrícola por la utilización de productos químicos —fertilizantes, plaguicidas y otros productos fitosanitarios— como el empleo de nitratos y lodos de depuradoras, pasando por la actividad industrial —fundamentalmente la producción y el depósito de residuos y vertidos— hasta la salinización del suelo o el impacto que genera el fenómeno de la lluvia ácida. Son, por tanto, muchos los «enemigos» y parecen ser pocos los «aliados» en forma de medidas preventivas y reparadoras de los suelos contaminados. Entre éstas se detallan en el libro la evaluación de impacto ambiental y el Plan nacional de recuperación de suelos contaminados (1995-2005), sin olvidar tampoco que el Título V de la Ley 10/1998, de residuos, contempla en sus artículos 27 y 28 un régimen de suelos contaminados que ha merecido la atención más pormenorizada de algunas Comunidades Autónomas aprobando su propia normativa al respecto y que sólo muy recientemente ha sido desarrollado reglamentariamente mediante el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

Por lo que respecta a la desertización, las singulares condiciones topográficas y climatológicas de nuestro país están convirtiendo peligrosamente algunas partes de nuestro territorio en zonas desérticas. La gravedad del fenómeno, debido sobre todo a causas antropogénicas —tala de árboles, sobreexplotación agrícola, compactación del suelo por prácticas ganaderas, erosión por el pastoreo intensivo o por actividades de cultivo inadecuadas— nos obliga a afrontarlo sin volver la vista a otro lado. Con firme decisión la autora analiza el estado de la cuestión desde la respuesta, sin embargo, sesgada que ofrece el Derecho ante la ausencia de una normativa general comprensiva tanto de la desertización como de la contaminación de los suelos. Por ello resulta obligado el estudio ineludible de la normativa sectorial. En el libro se analiza, por tanto, el marco internacional a partir del Convenio de lucha contra la desertización, como la normativa estatal y autonómica que abordan la cuestión desde su propia vertiente secto-

rial: protección de los bosques y de los montes, los incendios forestales, la evaluación de impacto ambiental, y la normativa en materia de minas y de ordenación del territorio son las regulaciones de las que se ocupa también María Calvo a lo largo del examen minucioso de la amalgama actual que conforma el «Derecho ambiental del suelo».

Finalmente, y como no podía ser de otra manera, el repaso completo al problema de la contaminación y desertización de los suelos concluye, junto a todo el elenco de medidas administrativas e instrumentos normativos de corte preventivo, con el conjunto de acciones represivas en forma de sanciones administrativas, penales y la cada vez más importante y frecuente obligación contenida en la legislación ambiental consistente en la reparación y restauración del recurso natural afectado, en este caso el suelo, ante un determinada conducta lícita o ilícita.

A modo de conclusión, la lectura de este libro, facilitada por su cuidado y entretenido lenguaje, permite sin duda obtener una información clara y sencilla, a la vez que científicamente rigurosa, acerca de alguno de los más inquietantes problemas que atenazan el desarrollo ambiental de nuestro país. Haciendo verdad la información proporcionada en la contraportada del libro, el lector, estudioso o no del Derecho, que desee aproximarse o profundizar en el conocimiento de nuestra realidad ambiental va a encontrar en este libro una cabal comprensión de los instrumentos administrativos y normativos actualmente existentes en la lucha por la protección de nuestro medio ambiente.

Arce Janáriz, Alberto:
El Parlamento en los Tribunales:
prontuario de jurisprudencia parlamentaria
Aranzadi, 2004, 375 pp.

El libro que pasamos a recensionar, publicado en la colección Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, obedece al deseo de ofrecer al lector una recapitulación exhaustiva de la Jurisprudencia Constitucional sobre el Parlamento habida hasta el presente, acompañada de un análisis crítico de la misma, constituyendo todo ello una conjugación perfecta de examen teórico y experiencia práctica de una institución tan vital como la parlamentaria. ARCE JANÁRIZ, demuestra a lo largo de la obra un claro dominio de los temas tratados, así como una gran habilidad en la selección y exposición de los materiales incorporados.

En opinión del autor, el propósito del trabajo que comentamos no es elaborar una monografía sobre la temática del control jurisdiccional del Parlamento, a modo de estudio acabado, ni convertirse en un trabajo de creación, sino ofrecer una obra divulgativa de la «práctica de ese control, limitándose por ello a hacer acopio y tratar de sistematizar los resultados que, hasta la fecha y en nuestro país, arroja la jurisprudencia de los Tribunales sobre el Parlamento...» (p. 47) ARCE JANÁRIZ se preocupa de circunscribir al máximo el objeto de su trabajo que no abarcará toda la Jurisprudencia que afecta al Parlamento, excluyéndose materias como el sufragio, los partidos políticos, la categoría de ley o la Administración parlamentaria que excede de los propósitos aquí marcados. Por lo tanto, el «Prontuario comprende jurisprudencia sobre los procedimientos parlamentarios, incluidos los que terminen en ley, sobre las resoluciones que les pongan fin cuando no sean ley y sobre el estatuto de los miembros de las Cámaras» (p. 49). Respecto a la metodología del trabajo, el autor puntualiza que la recopilación de Jurisprudencia no se ofrece a modo de repertorio, sino que se emplea la técnica del prontuario, optando por el criterio cronológico para abordar la ordenación sistemática de la obra. En cuanto a la disposición de los materiales incluidos en el mismo se sigue el esquema marcado por los Reglamentos de las Cámaras, de modo que los extractos jurisprudenciales

★ Profesora Asociada de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid.

seguirán el siguiente orden material: fuentes, miembros, órganos y funciones. Desde el punto de vista de la estructura, el libro que ahora se nos presenta aparece dividido en dos grandes partes, precedidas a su vez de un amplio sumario que a va a guiar al lector por la selección jurisprudencial incorporada en el mismo. El resto del armazón está compuesto por una parte teórica y otra constituida por el prontuario de Jurisprudencia constitucional sobre el Parlamento.

El primer bloque es un Estudio introductorio articulado en tres apartados a través de los cuales el autor analiza críticamente los pronunciamientos extraídos de la doctrina constitucional incorporada en el trabajo.

En el primero de estos apartados (Parlamento justiciable) comienza confirmando un hecho incuestionable que se ha convertido en «seña de identidad de la institución parlamentaria en el Estado constitucional»: el sometimiento de los actos y de los miembros de las Cámaras al control de los Tribunales. Sin embargo, la aceptación de esta premisa o, lo que es lo mismo, el tránsito desde «el Parlamento *legibus solutus* hasta el Parlamento subordinado al principio de constitucionalidad» (p. 46) no ha estado ni está exento de tensiones, siendo claro ejemplo de ello la reciente polémica suscitada a raíz de la impugnación ante el Tribunal Constitucional de la admisión a trámite por la Mesa del Parlamento Vasco del conocido popularmente como Plan Ibarretxe. Esta transformación sufrida por la institución parlamentaria lleva al autor a afirmar que el control jurisdiccional del Parlamento «sujeto, al igual que todo otro poder público, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), constituye ya una realidad incontestable» (p. 46). Pese a estas afirmaciones, precisa que esta admitida justiciabilidad del Parlamento no necesariamente implica la merma de la institución, si bien impone una serie de condicionantes o límites a su libertad; ahora bien, esta nueva situación ha supuesto también garantías ante y para el propio Parlamento.

En la segunda parte de este bloque teórico se aborda el análisis de las Jurisdicciones competentes y vías de impugnación. La exclusividad de la jurisdicción del Tribunal Constitucional sobre el Parlamento constituye una realidad indiscutible respecto a los actos con valor de ley y aquellos carentes de esta cualidad cuando son de contenido materialmente parlamentario, lo que coloca a la institución parlamentaria en una posición privilegiada respecto a otros órganos como el Ejecutivo. De esta manera el supremo intérprete de la Constitución se convierte en el «juez natural del Parlamento, el juez ordinario predeterminado por la ley para el Parlamento» (p. 52); jurisdicción a la que se puede acceder a través de diferentes procedimientos, si bien en esta obra se analizarán solamente aquellas vías de impugnación de actos parlamentarios que hasta el momento han sido empleados ante el Tribunal Constitucional (recurso de amparo, recurso y cuestión de inconstitucionalidad, conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales e impugnación del art. 161.2 CE).

El recurso de amparo es, como lo confirman las estadísticas, el mecanismo empleado con mayor asiduidad en los procesos constitucionales de contenido parlamentario, lo que demuestra, como bien apunta el autor, que aunque «la doctrina de los *interna corporis acta* no ha dejado de tener alguna presencia en la jurisprudencia constitucional, lo cierto es que, relegada a un segundo pla-

no, ha terminado cediendo ante el empuje imparable de los derechos fundamentales» (p. 54). Esta mutación jurisprudencial se produce con la STC 118/1988, que situará a los derechos fundamentales en una situación preferente en las relaciones parlamentarias. Junto a ello, se analizan las condiciones de impugnabilidad de actos parlamentarios a través de esta vía (naturaleza parlamentaria del acto, carencia de valor de ley, firmeza del acto), haciéndose especial hincapié en aquellos actos parlamentarios que, pese a cumplir con estas condiciones, no pueden ser recurribles en amparo por el mecanismo del artículo 42 LOTC (pareceres consultivos y «actos libres en cuanto al fin»).

En cuanto al recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, se convierten también en mecanismo de impugnación ante el Tribunal frente a actos parlamentarios carentes de valor de ley producidos en el procedimiento legislativo. Nos encontramos con los denominados vicios «*in procedendo*» promovidos contra la ley una vez que ha superado satisfactoriamente todos los trámites del *iter legis* y ha sido aprobada como tal, lo que convierte a estos mecanismos en procesos garante de la «efectiva observancia de las reglas del procedimiento». De modo que mediante el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad podrán someterse a conocimiento del Tribunal actos de trámite del procedimiento legislativo (STC 99/1987), independientemente de la vía del recurso de amparo quede siempre expedita sin tener que esperar a la finalización del *iter legis* (STC 23/1990). Ahora bien, el alcance del fallo estimatorio en el supuesto del recurso o la cuestión será completamente diferente respecto a la estimación del amparo, puesto que solamente en el primer supuesto se producirá la anulación de la ley por vicio de procedimiento.

El tercero de los mecanismos empleados, el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales, ha sido incoado ante el Tribunal Constitucional tan solo en dos ocasiones. El primero de estos conflictos fue planteado por el Consejo General del Poder Judicial por la inclusión en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial vía enmienda de un nuevo sistema de elección para los vocales del Consejo (STC 45/1986). En la segunda ocasión, el Tribunal conoció del conflicto promovido por el Gobierno de la Nación contra un acuerdo de la Mesa del Senado que inadmitía a trámite la declaración de urgencia gubernamental de un proyecto de ley (STC 234/2000).

En cuanto a la última de las vías procesales señaladas, hasta el presente han sido tres impugnaciones las que ha planteado el Gobierno de la Nación contra actos de órganos parlamentarios autonómicos al amparo de la posibilidad que le brinda el artículo 161.2 CE (STC 16/1984 y AATC 265/1999 y 135/2004). Constituye condición indispensable para el empleo de esta vía que el objeto impugnado, disposición o resolución del órgano parlamentario autonómico, constituya «manifestación de la voluntad de la Comunidad Autónoma» y proceda de «órganos de la Comunidad Autónoma capaces de expresar la voluntad de ésta» (ATC 135/2004, FJ 4.º).

Junto a este repaso analítico de los medios de impugnación de actos parlamentarios, ARCE JANÁRIZ incorpora una referencia al carácter subsidiario que la Jurisdicción constitucional puede adoptar en relación con determinados actos como los materialmente administrativos del Parlamento, frente a los

que desde la STC 121/1997 cabe el recurso de amparo del artículo 43 LOTC, y los relacionados con las prerrogativas de los parlamentarios que puedan plantearse a través del recurso de amparo del artículo 44 LOTC. En ambos supuestos, la doctrina jurisprudencial nos ilustra con ejemplos de ello en los que los Tribunales ordinarios entran a conocer de este tipo de actos.

Este núcleo teórico cierra con una Evaluación de la Jurisprudencia parlamentaria con la que se pretende ofrecer al lector una visión de conjunto de los pronunciamientos jurisprudenciales recopilados en el prontuario, estructurada en tres epígrafes: uno, sobre la reducción de los privilegios y la protección de los derechos, otro, concerniente a la visión del Parlamento como instrumento de participación de los ciudadanos a través de la representación y como sede privilegiada del debate público y el último, centrado en alguna Jurisprudencia contradictoria que el propio autor se encarga de poner de manifiesto.

La primera apreciación que señala ARCE JANÁRIZ de la doctrina del Tribunal Constitucional es la tendencia a reducir los privilegios de los parlamentarios con el propósito de proteger derechos de terceros perjudicados, lo que lleva al autor a afirmar que por cuanto se refiere a los derechos, «el blindaje de los *interna corporis acta* ha devenido ineficaz frente a la expansividad de los derechos fundamentales» (p. 84). Pero la aceptación de este control jurisdiccional sobre la actividad parlamentaria no se encuentra exenta de dificultades, como por ejemplo, el «riesgo de desnaturalizar el modo de hacer propio de las Cámaras», precisando que los mismos peligros parecen estar detrás del «intento del Tribunal de reconducir el artículo 23.2 CE, que, de no ser efectivamente circunscrito, terminará convirtiéndose para los procedimientos parlamentarios en algo similar a lo que el 24.1 CE ha llegado a ser en los procesos judiciales» (p. 85). Ante este panorama, ARCE JANÁRIZ se decanta por una mayor desvinculación entre la esfera del derecho fundamental y la legalidad parlamentaria.

A continuación se alude a la Jurisprudencia más destacada sobre la posición institucional del Parlamento, constituida, fundamentalmente, por dos tipos de pronunciamientos del Tribunal: uno, en el que se califica al Parlamento como «el órgano que sirve de instrumento para el ejercicio por los ciudadanos de la soberanía participando en los asuntos públicos por medio de sus representantes, fuste central del principio democrático» [STC 38/1999, FJ 3.ºA], y otro, en el que predomina su vertiente de «foro de debate y participación en la cosa pública» (STC 387/1999) o, en otros términos, de «sede natural del debate político, (...) sede privilegiada del debate público» [ATC 135/2004, FJ 6.ºB]. Respecto a estas cuestiones destacan las críticas del autor respecto a la teoría de la representación acogida por la Jurisprudencia constitucional y que requiere, en su opinión, de alguna actualización. En otro orden de cosas, se afirma que esta identificación de Parlamento con debate emerge de forma acuciante en la Jurisprudencia Constitucional que «progresivamente ha venido desapoderando a las Mesas de las Cámaras del control, inicialmente más amplio, en el trámite de calificación y admisión de las iniciativas parlamentarias» (p. 98), fundamentalmente a raíz del reciente ATC 135/2004. Desde la STC 205/1990 hasta este último pronunciamiento, la doctrina constitucional se ha mostrado considerablemente cambiante, lo que se ha traducido en un recor-

te de las potestades de calificación y de admisión a trámite de las iniciativas por parte de la Mesa; evolución jurisprudencial ante la cual el autor se muestra firmemente crítico al entender que esta tendencia ocasiona un vaciamiento del trámite de admisión y la potestad calificadora de la Mesa. Se incluyen, además, algunas reflexiones sobre la «sedicente crisis de las Cámaras representativas» señalándose algunas de las deficiencias que presenta el sistema parlamentario, sobre la incidencia de la acción del Gobierno en el Parlamento, y sobre las verdaderas capacidades del Senado en la función legislativa en el seno de un bicameralismo imperfecto o desequilibrado.

Por último, ARCE JANÁRIZ finaliza esta parte de la obra con unas reflexiones acerca de los celos e incertidumbres que genera una titubeante Jurisprudencia constitucional que, en ocasiones, presenta cambios radicales en su doctrina. A título de ejemplo, esto es lo que viene aconteciendo con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los actos parlamentarios de calificación y admisión a trámite por la Mesa, si bien no se trata de un caso aislado en la medida en que el mismo fenómeno viene repitiéndose en las resoluciones dictadas con relación a otras cuestiones como el alcance del derecho de enmienda en el procedimiento legislativo o la naturaleza y derechos de los grupos parlamentarios. En todos estos supuestos se percibe una zona de sombra en la Jurisprudencia parlamentaria que da lugar a «cierta sensación de inestabilidad, de inseguridad» (p. 116).

La segunda parte del volumen, que constituye el bloque más amplio del mismo, está compuesto por una recopilación de extractos de pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los temas objeto de estudio. Se trata, como el propio autor afirma, de un prontuario de Jurisprudencia parlamentaria en la que se recoge a modo de recopilación materiales de sumo interés para el investigador del Derecho parlamentario. El contenido de esta parte está integrado por una exhaustiva selección de la Jurisprudencia constitucional sobre las materias que constituyen el objeto del trabajo y en cuya elaboración el autor demuestra moverse con soltura, procediendo a un profundo desglose de la doctrina constitucional. Es precisamente en este bloque donde resulta de enorme interés y utilidad el sumario incorporado en las páginas iniciales del volumen. En él se segrega minuciosamente la estructura del prontuario, lo que permite al lector una sencilla localización de la Jurisprudencia incorporada, siguiendo para ello el criterio material que apuntábamos anteriormente. En nuestra opinión, debe destacarse el loable esfuerzo realizado por ARCE JANÁRIZ en este proceso de cuidadosa selección y sistematización jurisprudencial y, en consecuencia, tenemos que reconocer que los propósitos del autor son alcanzados sobradamente.

A modo de conclusión, y haciendo una valoración global, podemos afirmar que se trata de un trabajo extraordinariamente documentado en el que, junto al prontuario de Jurisprudencia, se incorporan interesantes reflexiones suscitadas al hilo de esta doctrina constitucional sobre el Parlamento. Todo ello se traduce en una obra de indudable valor para todos aquellos interesados por la institución parlamentaria. La doble dimensión, teórica y práctica, se convierten en el principal aval de este libro que nos ofrece ARCE JANÁRIZ, lo que viene a aumentar nuestro interés por el mismo.

Medina Guerrero, Manuel:
***La protección constitucional de la autonomía financiera
de los entes locales frente a las alteraciones
de su ámbito competencial***

Fundación Democracia y Gobierno Local
Serie claves del Gobierno Local, 3,
Barcelona-Madrid, 2004

La distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno en un Estado políticamente descentralizado necesariamente va aparejada a la cuestión de los costes que conlleva la realización de las tareas que constituyen el objeto de esas competencias. Por regla general, tales costes deben correr por cuenta de la entidad que ostenta la titularidad de la competencia de que en cada caso se trate. Y es esto precisamente lo que se conoce como «principio de conexión» entre las competencias y el gasto.

En la República Federal de Alemania, ese «principio de conexión» (*«Kon-nexitätsprinzip»*), que, según reconoce de modo mayoritario la doctrina, se encuentra anclado constitucionalmente en el artículo 104a.1 GG, constituye un principio inmanente al principio federal, en tanto que «cumple la función de garantizar y estabilizar el sistema de distribución de competencias trazado en la Constitución».

En virtud de este principio de conexión, queda prohibido a todo nivel de gobierno imponer a otro la financiación de sus competencias, de manera que, a los efectos que aquí interesan, ello significa que ni la Federación ni los *Länder* pueden exigir a los Gobiernos locales que contribuyan a la financiación de sus propias competencias. En el fondo, esta exigencia de conexión entre las competencias y los gastos no es sino un reflejo más de la irradiación del principio democrático: «la indisoluble relación que media entre la legitimación democrática, por una parte, y la responsabilidad y control democráticos, por otro lado, reclama que, en lo esencial, la decisión material y la responsabilidad financiera residan en un solo nivel de gobierno».

* Letrado de la Fundación Democracia y Gobierno Local.

Otra manifestación de ese principio de conexión es la que apunta a la necesidad de que toda atribución de competencias que lleve consigo gastos requiera que el nivel de gobierno que toma la decisión de realizarla haya de compensar al nuevo titular de la competencia transferida por esos costos.

Así pues, en el ámbito de las relaciones competenciales y financieras entre los diferentes niveles de gobierno, el principio de conexión pretende erigirse en una eficaz vía de protección de quien ocupa una posición más «débil», lo que a estos efectos es lo mismo que decir que constituye un aseguramiento financiero de la autonomía local, tanto en lo que se refiere a las modificaciones competenciales en sentido descendente (las que tienen lugar de la Federación y de los *Länder* a las entidades locales de uno u otro signo), como en sentido ascendente (en las que es el nivel de gobierno «superior» el que impone al «inferior» la transferencia de una competencia que hasta ese momento éste ejercía).

En el Estado autonómico, pese a que ni la Constitución española establece expresamente una regla clara sobre el reparto de las cargas financieras ni el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la distribución del «deber de gasto» entre los diferentes niveles de gobierno, resulta indudable que el sistema financiero-competencial también se articula en base a la regla «natural» en que consiste el principio de conexión.

A partir de los títulos competenciales previstos en los artículos 149.1.14.^a y 18.^a CE, tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina científica entienden que es al Estado al que le corresponde determinar el sistema de financiación local, sin que, de acuerdo con la jurisprudencia sentada por aquél, las Comunidades Autónomas puedan arrogarse la capacidad de establecer los criterios de distribución de los recursos estatales entre sus entes locales. Y menos aún podrán, so pretexto de absorber determinadas competencias de sus Gobiernos locales, reducir los ingresos de éstos a fin de incrementar sus propios recursos económicos para hacer frente a los costos de las tareas en que se materialicen las mencionadas competencias.

Por su parte, los Estatutos de Autonomía sólo de modo excepcional prevén fuentes específicas estables de financiación local provenientes de la propia Comunidad Autónoma, tal y como exige el artículo 142 CE.

En lo que se refiere a las *alteraciones competenciales en sentido descendente*, tampoco son mayoría los Estatutos que prevén para los supuestos de transferencia o delegación una garantía financiera a favor de la Administración local que le permita disponer de los recursos necesarios para acometer con garantías la realización de las nuevas tareas. En el supuesto de la encomienda de gestión, que sólo se encuentra prevista en el ámbito de las relaciones Comunidad Autónoma-Diputaciones provinciales, y que, por lo demás, constituye la forma de injerencia o intromisión más fuerte en la autonomía local, ni tan siquiera se prevé que la Comunidad Autónoma se haga cargo de los gastos que conlleve la misma. Por su parte, las *alteraciones competenciales en sentido ascendente* son prácticamente obviadas en los Estatutos.

Más allá de este «débil» tratamiento estatutario de las relaciones financieras entre las Comunidades Autónomas y los Gobiernos y Administraciones loca-

les, el legislador básico estatal también se ha ocupado, con diferente alcance, del reparto de las cargas financieras. Así, en los *supuestos de modificación del estatus competencial en sentido descendente*, tan sólo ha regulado los casos de *delegación*, salvaguardando a tal efecto la posición financiera de las entidades locales (art. 27.1 y 3 LRBRL), al impedir toda delegación impuesta en la que el delegante no proporcione a las entidades locales delegadas recursos propios adicionales con los que hacer frente a las nuevas cargas financieras. Por su parte, la falta de previsión normativa específica en la legislación básica estatal en relación con los casos de *transferencia*, obliga a aplicar a los mismos las reglas generales reguladoras del sistema, siempre y cuando tampoco exista previsión estatutaria al respecto.

En lo que afecta al reparto de las cargas financieras en los supuestos de *modificación del estatus competencial en sentido ascendente*, no es posible encontrar una disposición en la LRBRL que se refiera directamente a ello, si bien de algunos preceptos cabe inferir una prohibición de que los entes locales puedan verse obligados a financiar con sus propios recursos competencias ajenas (art. 71 TRRL).

Todas estas disposiciones, explícitas o implícitas, de rango infraconstitucional deben de ser interpretadas a la luz de lo que establece la *Carta Europea de la Autonomía Local*, que aunque en materia financiera no hace mención expresa a ese principio de conexión, sí ofrece, sin embargo, sobradas muestras de que todas las garantías financieras que prevé pivotan sobre dicho presupuesto (art. 9.1, 2, 4, 5 y 7 CEAL). Cabría incluso considerar si, tal y como ya se ha hecho en alguna ocasión en la República Federal de Alemania, no debería también interpretarse la propia Constitución (española) a la vista de esas disposiciones de la Carta.

En el concreto terreno ya de las *garantías financieras locales*, cabe distinguir, siguiendo una clasificación que se puede inferir de las Constituciones de los *Länder* en Alemania, dos sistemas de garantías:

- *el modelo monista*, que no brinda ninguna protección específica a las concretas situaciones de alteración del estatus competencial, de tal forma que los problemas que se planteen al respecto habrán de dilucidarse de acuerdo con la norma que regule el modelo de financiación general de los entes locales; y
- *el modelo dualista*, que añade a la garantía general un mecanismo suplementario para las modificaciones del ámbito competencial, de modo que la dotación financiera aquí sigue a la concreta situación competencial de los entes locales, lo que permite salvaguardar y realizar en la práctica más plenamente el principio de conexión entre competencias y gastos.

En España, al margen de la garantía genérica del artículo 142 CE y de la prevista para los supuestos de delegación en la LRBRL, son los Estatutos de Autonomía los que determinan el grado de protección de las finanzas locales en los casos de transferencia competencial, si bien únicamente algunos de

ellos incorporan explícitamente la exigencia de que se proceda al pertinente traspaso de los medios.

En efecto, el artículo 142 CE es una norma vaga y ambigua, de la que se deriva tan sólo que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas están constitucionalmente obligados a colaborar en la suficiencia financiera de las entidades locales, lo que se articula mediante la participación de estas últimas en los tributos de aquéllos. El problema, lógicamente, está en la indeterminación del concepto «suficiencia» financiera, lo que ha permitido al legislador gozar de un amplio margen de maniobra para seleccionar la vía a través de la cual proceder a la pertinente compensación.

En vía de principio, los tributos propios, dada la estrecha e indisoluble relación recíproca existente entre la potestad tributaria y el principio de autonomía, deberían destinarse a la financiación de las competencias propias de las entidades locales, con lo que acudir a una ampliación de los mismos no parece ser la vía de compensación adecuada para los casos de delegación de competencias, ya que el ente delegante conserva la titularidad de la competencia en cuestión; en este caso, lo más apropiado sería que la financiación corriera a cargo de las fuentes de ingresos locales que procedan, en última instancia, de ese ente delegante, esto es, por medio de la participación en sus tributos (o a través de cualquier otra fórmula de transferencia presupuestaria); esta forma de compensación, por lo demás, resulta ser la más respetuosa con la autonomía local en los casos de transferencias competenciales, ya que la participación es, por definición, una fuente de ingresos incondicionados, resultando su empleo, por consiguiente, de libre disposición para las entidades locales.

Además de esta garantía genérica del artículo 142 CE, existen también otras más específicas para los casos concretos de alteración del estatus competencial. Así, «cuando se trata de *competencias delegadas*, todas las entidades sin excepción disfrutan de una garantía *ad hoc*, habida cuenta de su consagración en la legislación básica. La garantía adopta, sin embargo, una diferente formulación en función de si la delegación se acuerda voluntariamente o es impuesta por el delegante. En el primer caso, únicamente se exige que la disposición o el acuerdo de delegación determine «los medios personales, materiales y económicos que ésta [la Administración delegante] transfiera» (art. 27.1 LRBRL). (...) Por el contrario, si se impone la delegación, el deber de compensar se consagra sin matices y se orienta a cubrir el coste que suponga para las entidades locales (...) (art. 27.3 LRBRL)».

En lo que afecta a los supuestos de *transferencia* de competencias, sólo algunos Estatutos han establecido previsiones al respecto, en el sentido, por lo general, de que la ley que disponga la transferencia competencial debe asimismo prever la «*correspondiente* transferencia [o ‘traspaso’]» de los medios financieros, con lo que mediante esta garantía se cubre la totalidad del coste que suponga la asunción de la nueva competencia.

Cuando alguna de estas garantías se vea lesionada por normas con rango de ley, las entidades locales se encuentran facultadas para acudir directamente ante el Tribunal Constitucional, pues según jurisprudencia reiterada de éste,

la suficiencia financiera, a cuyo fin sirven esas garantías, y la autonomía local se encuentran estrechamente conectadas, constituyendo de hecho la primera el presupuesto indispensable para el ejercicio de esta última.

Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, y con independencia de que sus respectivos Estatutos de Autonomía hayan incluido o no alguna garantía específica, lo cierto es que los legisladores autonómicos han asegurado de manera razonablemente suficiente la financiación de las nuevas tareas que puedan adscribirse al nivel local de gobierno.

El problema, no obstante, se plantea en los supuestos de alteraciones competenciales en sentido ascendente y, particularmente, en la relación entre las Diputaciones provinciales y las Comunidades Autónomas, al aplicarse, en ocasiones, el legislador autonómico a absorber competencias hasta entonces provinciales, y, lo que es peor, al pretender que este nivel de gobierno corra con los costes de las mismas. Es éste un uso inadecuado del principio de conexión cuya constitucionalidad resulta más que dudosa, porque «ni la Constitución, ni los estatutos de autonomía, ni la LRBRL exigen en modo alguno a los entes locales que sigan haciendo frente con sus propios recursos a los costes de las competencias que se vean obligados a transferir a las Comunidades Autónomas por mandato de éstas». En realidad, el principio de conexión está pensado para los supuestos (mayoritarios, por cierto) de traslaciones competenciales en sentido descendente, pues su función característica consiste en salvaguardar la posición constitucional del nivel de gobierno «más débil».

En todo caso, para aquellos supuestos de alteraciones competenciales en sentido ascendente que de hecho se produzcan, y a fin de satisfacer el principio de congruencia entre gastos e ingresos, se ha de cumplir una condición inexcusable de índole competencial, a saber, que el nivel de gobierno que decide la asunción de la competencia esté facultado para operar en los recursos propios locales cuya absorción unilateralmente trata de imponerse, pues lo que en ningún caso resulta justificado es que, so pretexto de llevar a efecto el citado principio de congruencia, un nivel de gobierno (el autonómico, en este caso) pretenda disponer de los recursos que otro (el estatal) ha decidido destinar a un tercero (las Diputaciones provinciales). Dicho de otro modo, «las Comunidades Autónomas no están autorizadas para «desclasificar» lo que, de acuerdo con el Derecho estatal, son *recursos propios locales* para pasar a convertirlos en *recursos propios autonómicos*. Los recursos propios locales en virtud del Derecho estatal lo seguirán siendo hasta que el Estado decida otra cosa, y seguirán mientras tanto llamados a financiar los servicios propios del nivel local de gobierno».

Es ésta, además, una doctrina firmemente asentada en la jurisprudencia constitucional, tal y como se puso de nuevo de relieve en la reciente e importante STC 48/2004, en la que el Tribunal concluye que «el artículo 12 de la Ley 5/1987 del Parlamento de Cataluña, al establecer que las Diputaciones catalanas deberán financiar servicios públicos respecto de los que tales corporaciones locales carecen de competencia alguna [...], desconoce la exigencia constitucional de que el gasto de los entes locales se destine en todo caso a

financiar el desempeño de sus funciones o competencias, vulnerando de este modo la autonomía local en su vertiente financiera, garantizada en el artículo 142 de la CE» (FJ 11).

★ ★ ★

Aunque de manera muy concentrada, éstas son algunas de las principales ideas, reflexiones y conclusiones que se pueden encontrar en la obra del Profesor MEDINA de la que aquí se da cuenta. Todas ellas ponen de relieve la enjundia de un problema que bien puede caracterizarse como el más delicado en lo que a la estructura territorial del poder se refiere. Y es que, en efecto, si la distribución y la delimitación de competencias entre los diferentes niveles de gobierno en un Estado compuesto resultan, de por sí, muy complejas, tanto desde un punto de vista político, dado que la medida de la estatalidad o, en su caso, de la autonomía política, deriva, antes de nada, del elenco competencial que se ostente, como jurídico-técnico, porque la realidad es un todo continuo cuya división en competencias diversas no siempre resulta fácil de llevar a cabo, aún más compleja resulta la vinculación a esa asignación competencial de los recursos financieros precisos para acometer con racionalidad y eficacia la satisfacción de las tareas sobre las que dichas competencias se predicán.

La clave del correcto funcionamiento de una estructura estatal integrada por diferentes niveles de gobierno se encuentra en la viabilidad financiera de cada uno de éstos, pues de poco serviría el empeño en el reparto de las facultades (legislativas, ejecutivas o administrativas y, en su caso, judiciales) si acto seguido el ejercicio de las mismas no se viera sustentado en los recursos financieros necesarios para tal fin.

Que sea el principio de conexión, en sus múltiples manifestaciones, el llamado a ofrecer respuesta a esa problemática no puede sorprender. Al fin y al cabo, el mismo, como se entiende en la República Federal de Alemania y como el Profesor MEDINA nos recuerda, no es más que la manifestación del principio federal en el ámbito financiero. La existencia de un Estado federal, vale decir de un Estado políticamente descentralizado, requiere como condición inexcusable que cada parte integrante del mismo disponga de un abanico significativo de competencias y de unos recursos financieros suficientes para cumplirlas. Ello además va ligado al tema, en absoluto baladí, de la auto-responsabilidad por el ejercicio efectivo de esas competencias. Lo que, en último término, nos conecta con otro principio, el democrático, pues exigencia de éste es que los ciudadanos sean conscientes en todo momento de qué nivel de gobierno es responsable de qué, a fin de que, llegado el momento (electoral), puedan premiarlo o sancionarlo por su actuación.

No es el lugar ni el momento éste para entrar en un tema tan complejo como el que en Alemania se conoce bajo el significativo término de «imbriación política» (*«Politikverflechtung»*), pero tal vez no esté de más recordar aquí las perniciosas consecuencias que de cara a la salud democrática de un país tiene el hecho de que quienes lo habitan ignoren a quién atribuir la respon-

sabilidad de la labor de gobierno, debido a la confusión en las competencias y en la financiación de las mismas. Las consecuencias no por conocidas deben preocupar menos: una creciente desafección política y, lo que es peor, una latente desconfianza en el funcionamiento de las instituciones democráticas.

Otra cuestión que merece ser destacada del trabajo del Profesor MEDINA es la que apunta hacia su entendimiento político, no meramente administrativo, de la autonomía local. Durante mucho tiempo se ha venido entendiendo que las llamadas entidades locales (término éste que, por cierto, junto al de entes locales, dada su evanescencia y connotaciones *quasi* metafísicas, debería empezar a ser sustituido en el lenguaje político y científico por el más preciso y acorde a la realidad de Gobiernos y Administraciones locales) constituirían meras instancias administrativas, ejecutoras, plenamente subordinadas a las entidades territoriales típicamente políticas (el Estado y las Comunidades Autónomas). Pues bien, sin entrar aquí en mayores precisiones, y aunque, bien es cierto, se haya de reconocer la diferencia cualitativa existente entre aquellas y estos últimos, lo cierto es que los Gobiernos locales no se pueden entender en toda su complejidad si se parte de una visión reduccionista de su composición, organización y funcionamiento, que se limite, como se decía, a considerar que su actividad se circunscribe a llevar a efecto lo que otros deciden. El solo dato de la directa legitimación democrática de quienes integran sus órganos de gobierno revela ya la inconsistencia de aquella visión estrecha. ¿Para qué elegir democráticamente a quienes son sólo gestores y ejecutores de decisiones tomadas en otro nivel, ya legitimado por su elección asimismo democrática?

Resulta evidente, por tanto, que hoy en día, desde hace un cuarto de siglo, en realidad, nuestros Gobiernos locales no se pueden comprender correctamente desde un enfoque exclusiva o predominantemente administrativo. El componente político, con todas sus derivaciones, está presente y, entre otras cosas, también se manifiesta en la potestad normativa de la que son fiel reflejo las ordenanzas y reglamentos que aquéllos dictan, a través de un determinado procedimiento reglado.

Esta visión, por fortuna ya muy extendida, es la que, matices al margen, adopta el Profesor MEDINA en toda su obra. Y, en ese sentido, se puede afirmar sin reservas que la misma constituye una contribución necesaria e importante para colocar a los Gobiernos locales en el lugar que por derecho propio les corresponde. Sólo cabe esperar ahora que en la anunciada futura reforma del Gobierno local en España, cuyo Primer Borrador del Libro Blanco ya tenemos a nuestra disposición, se tengan en cuenta todas las agudas consideraciones y reflexiones que se recogen en esta obra del Profesor MEDINA. No es mal consejo, por consiguiente, que el legislador la lea con detenimiento, pues seguro que le ayudará a clarificar ideas, su estilo diáfano y directo y su constante apoyo en el Derecho positivo y en la abundante y rigurosamente seleccionada jurisprudencia constitucional, ayuda mucho a ello. Ni que decir tiene que cualquier interesado en estos temas, aunque no sea «legislador», tiene también a su disposición un libro fecundo en ideas, bien fundamentadas, y rico en sugerencias, nada vaporosas.

VIII

CORRECCIÓN DE ERRORES

Corrección de errores

En la Revista número 11, en el artículo «*Responsabilidad laboral de la Administración como promotora de obras públicas*» de Miguel Nieto Menor, cuando se hace referencia al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, se utiliza la abreviatura «TRLISS» debiendo decir «TRLISOS».