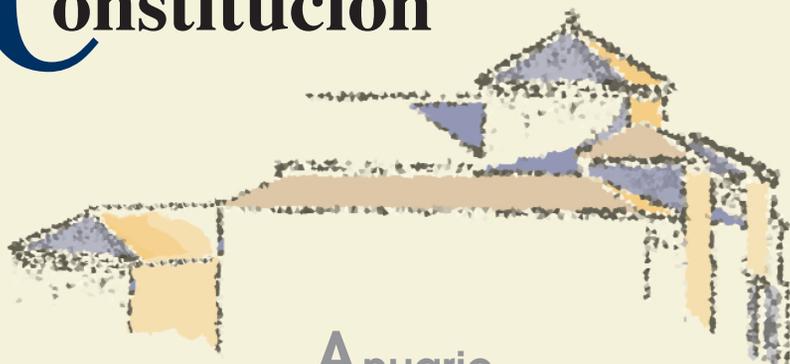




Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

Javier García Roca, *“Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia”*

Joaquín García Murcia y María Antonia Castro Argüelles, *“Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio”*

Rosario García Mahamut, *“El Estado de las Autonomías y las prerrogativas procesales de los miembros de los Consejos de Gobierno autonómicos”*

F. Javier Díaz Revorio, *“La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal: análisis desde la perspectiva constitucional”*

II. NOTAS

Ángeles Ceinos Suárez, *“El proceso de reestructuración del Reino Unido y su posible incidencia en el terreno social”*

III. ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Tomás Vidal Marín, *“La libertad sindical”*

IV. CRÓNICAS

V. SEMBLANZAS BIOGRÁFICAS

Año 2000

Nº 4

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA • UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Anuario



**C^y Parlamento
Constitución**

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2000 Nº 4 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Javier García Roca

*Catedrático de Derecho Constitucional
(Universidad de Valladolid)*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo
(Universidad de Oviedo)*

María Antonia Castro Argüelles

Profesora de Derecho del Trabajo

Rosario García Mahamut

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
(Universidad Jaume I de Castellón)*

F. Javier Díaz Revorio

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha)*

Enrique Belda Pérez-Pedrero

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha)*

Ángeles Ceinos Suárez

*Ayudante de Derecho del Trabajo
(Universidad Carlos III de Madrid)*

María Martín Sánchez

*Becaria de Investigación. Área de Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha)*

Milagros Ortega Muñoz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

María Elena Rebato Peño

*Ayudante de Facultad. Área de Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha)*

Tomás Vidal Marín

*Ayudante de Facultad. Área de Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha)*



ÍNDICE

I. ESTUDIOS

	<u>Págs.</u>
Javier García Roca, “ <i>Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia</i> ”	9
Joaquín García Murcia y María Antonia Castro Argüelles, “ <i>Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio</i> ”	51
Rosario García Mahamut, “ <i>El Estado de las Autonomías y las prerrogativas procesales de los miembros de los Consejos de Gobierno autonómicos</i> ”	99
F. Javier Díaz Revorio, “ <i>La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal: análisis desde la perspectiva constitucional</i> ”	121

II. NOTAS

Ángeles Ceinos Suárez, “ <i>El proceso de reestructuración del Reino Unido y su posible incidencia en el terreno social</i> ”	171
---	-----

III. ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Tomás Vidal Marín, “ <i>La libertad sindical</i> ”	201
--	-----

IV. CRÓNICAS

(1 de octubre de 1999 a 30 de septiembre de 2000)	
Tomás Vidal Marín: “ <i>Legislación de las Comunidades Autónomas</i> ”	241
Enrique Belda Pérez-Pedrero, “ <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas</i> ”	253
F. Javier Díaz Revorio y María Martín Sánchez, “ <i>Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha</i> ”	267
Milagros Ortega Muñoz, “ <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha</i> ”	291
María Elena Rebato Peño, “ <i>Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha</i> ”	335

V. SEMBLANZAS BIOGRÁFICAS

María Elena Rebato Peño, “ <i>Carlos Ruiz del Castillo</i> ”	345
--	-----

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Javier García Roca**, *“Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia”*
—————
- **Joaquín García Murcia y María Antonia Castro Argüelles**,
*“Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas:
datos para un estudio”*
—————
- **Rosario García Mabamut**, *“El Estado de las Autonomías y las
prerrogativas procesales de los miembros de los Consejos de Gobierno
Autonómicos”*
—————
- **F. Javier Díaz Revorio**, *“La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en
los ámbitos administrativo-sancionador y penal: análisis desde la perspectiva
constitucional”*

LOS DERECHOS DE LOS REPRESENTANTES:
UNA REGLA INDIVIDUALISTA DE LA DEMOCRACIA ¹

Javier García Roca

Catedrático de Derecho Constitucional

Letrado del Tribunal Constitucional en excedencia

SUMARIO

A) Las normas constitucionales como normas culturales y la necesidad de fundamentación de este nuevo derecho fundamental

1.- Sobre la fundamentación cultural

2. Una regla de la democracia de naturaleza individualista

3.- Representación y prohibición de mandato imperativo. Un Estado «con» partidos

4.- La titularidad de los cargos públicos representativos por los ciudadanos

5.- Los representantes tienen derechos fundamentales

6.- Consecuencias de la regla /- Los costes: transfuguismo y bandolerismo político

B) ¿Qué son los derechos democráticos de los representantes y a qué filo sofía responden?

1.- La corrección de las tendencias elitistas inherentes a toda elección. Una regla electoral

2.- Un dispositivo contra mayoritario: la contención de la mayoría en provecho de las minorías y de la libertad política. Una regla de la organización interna de las asambleas representativas

3.- El reforzamiento del status activae civitatis. Un principio de la participación ciudadana

C) Reflexión final

1. Este artículo recoge el texto de mi participación en una obra colectiva en homenaje, a la hora de su jubilación, a Francisco Rubio Lorente, libro pendiente de una próxima edición.

A) Las normas constitucionales como normas culturales y la necesidad de fundamentación de este nuevo derecho fundamental

Este trabajo arranca justamente donde acabó un estudio más extenso sobre el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder mediante la concurrencia electoral a determinados cargos públicos en condiciones de regularidad e igualdad (art. 23.2 CE), y luego a ejercer el mandato representativo libre de imperativos que no procedan de los electores (art. 67.2 CE)². Paradójicamente, podría haber estado situado como zaguán de la edificación, si las numerosas ramas de la jurisprudencia me hubieran permitido ver el bosque con nitidez en vez de una selva de pronunciamientos judiciales. No siempre comprensibles además desde categorías doctrinales precisas.

No daré, pues, noticia de los muy variados contenidos del art. 23.2 CE, hoy suficientemente conocidos, labor para la que me remito a mi libro y a los trabajos allí mencionados. Doy, igualmente, por supuesto el conocimiento de la casi inabarcable jurisprudencia que año tras año surge y que estimo haber sistematizado. Tampoco me ocuparé de la mayoría de los problemas estrictamente jurídicos que el derecho fundamental suscita –lo he hecho ya con paciencia, no sé si con acierto– sino de ciertos extremos que a veces se adentran en la Ciencia Política o en la Teoría de la Constitución³. El propósito que ahora abrigo es claro: fundar este nuevo derecho fundamental de los representantes a partir del mismo sistema cultural e histórico del que se desprende. Aquél que conforman el conjunto de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁴ y la democracia representativa, a estos efectos comprendida como un procedimiento y método constitucionales de toma de decisiones.

1.- Sobre la fundamentación cultural.

Una exigencia de fundamentación que reclama cualquier derecho fundamental tanto por razones políticas y de integración material como de legitimidad jurí-

2. Cfr. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos* (Un estudio del art. 23.2 CE), Aranzadi, Pamplona, 1999.

3. Cfr. Peter Häberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, traducción de E. Mikunda, el original en alemán es de 1986. Véase también *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, original en alemán de 1983.

4. Vid. Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1985, original de 1928, epígrafe “Contenido material de carácter integrador de las Constituciones. En especial, los derechos fundamentales”, p. 225 y ss. parece seguir en este extremo a Kaufmann.

dica según razonó bien Smend⁵. La tarea es más necesaria cuanto más nuevos son esos derechos en la familia del constitucionalismo o más específicos resultan de un concreto ordenamiento. Y, obvio es decirlo, es ésta una labor hermenéutica, al tiempo que axiológica, para la que no basta con aducir su positivación en normas, aunque sean de rango fundamental, ni con invocar su reconocimiento en Sentencias constitucionales, por decisivo que ambas cosas sean. Las normas constitucionales son, de entre las normas que integran un ordenamiento jurídico y precisamente por su elevada jerarquía, aquéllas que mayor asiento cultural exigen.

El sentido material de los derechos fundamentales demanda de cualquier interpretación constitucional, adecuada a esa naturaleza de las normas que los positiván, huir de la literalidad y de cualquier tipo de formalismo y atender, en cambio, al bien constitucionalmente protegido por la norma reconocedora. Es menester comprender los valores que se custodian por cada derecho. Un basamento suficientemente firme para una interpretación finalista, estimativa y sistemática. Entre otras consecuencias, este método de interpretación permite encontrar serios criterios para la interpretación del Derecho positivo⁶.

El propósito de este trabajo está, por tanto, no en motivar con pronunciamientos judiciales sino en convencer con la cultura, con la reflexión, tal y como siempre ha avanzado la historia del constitucionalismo y el pensamiento jurídico desde nuestros precursores ilustrados. Es comúnmente admitido que las normas constitucionales son normas culturales, pero no siempre extraemos suficientes consecuencias de ello. El Derecho Constitucional no es sólo exégesis normativa, lógica interna a las normas, reclama también una comprensión dinámica del Estado constitucional en el que las instituciones se insertan y, en ese contexto, opera la cultura política, la historia, o las experiencias jurídicas propias y comparadas.

Este afán de fundamentación teórica posee amén de razón teórica una ulterior explicación práctica. Muchos sujetos políticos, en particular miembros de los órganos de dirección de las Cámaras que ven sometidas a revisiones jurídicas sus decisiones sin rango de ley, y algunos miembros de la doctrina científica se resisten todavía a admitir la razonabilidad de un control jurídico externo –subsidiario, limitado, excepcional– de la vida parlamentaria y de las instituciones repre-

5. Ibidem.

6. Idem, p. 233.

sentativas locales por diversas razones. Entre ellas, un viejo entendimiento excesivamente rígido de la división de poderes⁷, ligado al cómodo mantenimiento sin excepciones de la doctrina de los *interna corporis* de las Cámaras⁸. O un exceso de confianza en la regla de la mayoría⁹, que se pretende sea la exclusiva regla con la que supuestamente se organizaría la democracia representativa. Un arquetipo demasiado simple, una idea estadística o asamblearia de la democracia que no encaja en el Estado constitucional. Rechazan así cualquier intromisión jurídica en la dinámica de las luchas entre mayoría y minorías, incluso, en el seno de órganos estatales como son las Cámaras parlamentarias o las asambleas locales, que están, por definición sometidos al Derecho salvo en sus actos y relaciones políticas; huertos cerrados, verdaderos señoríos jurisdiccionales en los que no podría entrar la juridicidad inherente al Estado de Derecho y cabría otorgar cartas de autorización a la mayoría para violar derechos de las minorías.

O se empecinan, tras lustros de consolidada jurisprudencia constitucional, en que los parlamentarios y los representantes locales no pueden tener derechos fundamentales, ignorando la función institucional que cumplen los derechos democráticos como derechos funcionales: fijar reglas de procedimiento para garantizar la libertad y la igualdad políticas. Y mantienen el tradicional entendimiento organicista del Derecho parlamentario sin modificaciones, como si los derechos fundamentales por su propia vis expansiva no alteraran necesariamente las normas organizativas en cualquier ámbito; adviértase, por ejemplo, cómo las garantías constitucionales en los procesos (art. 24 CE) han transformado la ordenación del Poder Judicial. O se llevan las manos a la cabeza cuando se habla

7. He razonado el rechazo de un entendimiento absoluto o separatista de la división de poderes en Javier García Roca, “Del principio de la división de poderes” en *Revista de Estudios Políticos*, nº 108, 2000, p. 41 y ss. No se trata de “separar” –salvo en lo que atañe al ejercicio de la función jurisdiccional– ni siquiera realmente de “dividir” sino de controlar el poder mediante un sistema de contrapesos y garantizar la libertad a través de un conjunto de reglas complejas.

8. Cfr, por todos, Ignacio Torres, “Actos internos de las Cámaras y recurso de amparo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984; “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, sobre “El principio de los *interna corporis*” p. 193 y ss, con interesantes y críticas referencias doctrinales a Gneist, Bertolini, Modugno, Barile, Manzella, un principio que entra en conflicto con el Derecho Constitucional que surge tras la segunda gran guerra; “Los derechos de los parlamentarios” en *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, p. 257 y ss.

9. Sobre la regla de la mayoría véase Ricardo Chueca, *La regla y el principio de la mayoría*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

de trasladar la garantía al seno de unas asociaciones privadas, los partidos políticos¹⁰, verdaderos poderes privados¹¹ que primero seleccionan los candidatos electorales –la experiencia muestra que no siempre de forma suficientemente democrática– y luego vacían de hecho las potestades de dirección política de los órganos constitucionales o directamente ejercen funciones públicas. Y, de nuevo, se sostiene que la ley no tiene por qué adentrarse en regular la organización interna de estas formaciones para asegurarse de que cumplen un mínimo de exigencias democráticas. Los dirigentes de los partidos políticos –la élite que genera cada asociación– a menudo quieren unas organizaciones tan jerarquizadas, unos militantes tan homogéneos y unos cargos públicos tan disciplinados con sus cúpulas que no siempre consiguen conectar con el rico pluralismo democrático existente en sociedades tan complicadas y abiertas como son las organizaciones en Estados constitucionales¹².

Quizá la solución de alguno de estos enredados problemas y, sobre todo, la paulatina superación de diversos de esos injustificados recelos, los que menos gravedad poseen, requiera que reflexionemos previamente sobre la filosofía a la que los derechos democráticos atienden. Se trata una vez más de intentar «comprender» la naturaleza de las cosas, de los derechos fundamentales, antes de «interpretar» las normas.

2.- Una regla de la democracia de naturaleza individualista.

Estamos ante un Derecho democrático dotado de una curiosa naturaleza, pues siendo un Derecho de participación política de los ciudadanos en el Estado, derivado del ejercicio del sufragio pasivo, es, al mismo tiempo, un Derecho de libertad; protege un grado de autonomía de cada concreto representante respecto de

10. Esta es la atinada propuesta de Miguel Satrustegui, “La reforma de los partidos. Reflexiones sobre una promesa del PSOE” en *Claves*, nº 36, 1993. La relativa inestabilidad provocada en ese partido por la experiencia de las primarias advierte que puede haber producido inesperadas resacas y temores en ese y en otros partidos. No es bueno tener miedo a la libertad. Es mejor reformar –corregir y enmendar– a la luz de los concretos errores que las experiencias atesoren, que cambiar bruscamente de rumbo. Y conviene recordar que la seria reforma acaecida no hubiera sido posible sin el impulso de renovación y participación provocado por las primarias entre los militantes.

11. Cfr. Giorgio Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Turín, 1970.

12. Vid Roberto Blanco Valdés, “Veinte años de partidos: de la constitucionalización a la contestación” en *La experiencia constitucional (1978-2000)*, G. Trujillo y L. López Guerra (directores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 125 y ss. El autor se interroga ¿quién no pensaba en 1978 que había que fortalecer a los partidos?, ¿y quién no cree hoy, por el contrario, que los partidos ocupan un espacio desproporcionado?

los diversos grupos o formaciones sociales en los que se integra: partidos políticos, grupos parlamentarios, grupos políticos municipales, candidaturas electorales, etc. No sólo de igualdad como el enunciado constitucional expresamente proclama. Tiene, en consecuencia, un acusado cariz participativo a la par que individualista¹³. Tal caracterización puede parecer contradictoria, pero sólo lo es en apariencia¹⁴, si bien denota la complejidad de rasgos dialécticos del derecho fundamental.

Subrayar su dimensión individual puede tenerse por escasamente solidario y, a mayor abundamiento, en un derecho democrático, mas la regla cumple una finalidad muy precisa: salvaguardar un mínimo espacio de libertad e igualdad –no pueden aquí disociarse– de cada representante frente al órgano del Estado en que desempeña su función y frente a las mismas formaciones en las que se asocia e integra. La cuestión debe observarse desde una atalaya más elevada. La compleja democracia representativa actual dista de responder a un único principio democrático¹⁵. Es un sofisticado entramado de principios y reglas de no

13. Es patente que empleo el adjetivo “individualista” no en la acepción del sustantivo “individualismo” relativa a un entendimiento aislado y egoísta de los intereses, o como la propensión a obrar según el propio albedrío y no de concierto con la colectividad, sino en el segundo significado que el DRAE recoge: un sistema que considera al individuo como fundamento y fin de las leyes y de las relaciones morales y políticas. Es esa la filosofía ilustrada que es propia de los derechos humanos: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, aseveraba el art. 2 de la declaración revolucionaria francesa de 1789. O “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro”, el ejercicio de los derechos naturales no tiene más límites que los que aseguren a otros miembros de la sociedad el goce de idénticos derechos (art. 4). La cultura política del constitucionalismo democrático no creo sea en esto diversa del legado liberal.

Pueden verse: Augusto Barbera, “Le basi filosofiche del costituzionalismo” en VVAA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di Augusto Barbera, Laterza, 1997, p. 3, quien analiza la dimensión liberal y contractualista del constitucionalismo y el iluminismo; y Mauricio Fioraanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, 2ª ed, “Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades”, donde estudia los modelos individualista, historicista y estatalista.

14. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos* (Un estudio del art. 23.2 CE), op. cit., capítulo II “La doble y, en apariencia contradictoria naturaleza del derecho fundamental: un derecho democrático o de participación del ciudadano y, a la vez, un derecho de libertad o autonomía del representante”, p. 101 y ss.

15. Entre nosotros, sobre el principio democrático debe verse Manuel Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, donde, sin embargo, tras una muy oportuna conformación del principio, no se llegan a articular los contenidos del mismo. Una labor que resta en la doctrina española en gran medida por hacer.

sencillo entendimiento¹⁶. La regla que nos ocupa actúa de forma accidental –y complementaria– respecto de otras principales a las que sigue y que ordenan la democracia representativa en el seno del Estado constitucional: la decisión de la mayoría, el respeto de los derechos de las minorías, la función de formación de la voluntad popular que cumplen por mandato constitucional los partidos políticos (art. 6), el mandato libre y no vinculado de cada representante (art. 67.2), el ámbito nacional de la representación, la custodia de las reglas de la división de poderes y del Estado de Derecho; y, al cabo, asegurar el imperio de la ley –no el gobierno desnudo de unos hombres sobre otros– tanto como establecer una sociedad democrática avanzada según el preámbulo constitucional demanda. Los riesgos de un ejercicio egoísta e insolidario de los derechos fundamentales se alejan, en definitiva, cuando se advierte que el precepto que nos ocupa se inserta en un sólido entablado de reglas democráticas que se limitan recíprocamente entre sí y permiten organizar un sistema representativo tan rico y complejo como las actuales sociedades pluralistas de cuya soberanía “emanan” los poderes públicos¹⁷. Podrán existir abusos, pero son excepciones a la regla, costes que merece la pena pagar por el valor de la cosa.

Böckenförde lo ha explicado con maestría desde un razonamiento más amplio que –estimo– engarza con la filosofía ilustrada e individualista que desde el primer constitucionalismo revolucionario francés y estadounidense es propia de los derechos humanos: “Es preciso reconocer que los derechos humanos promueven y desarrollan no sólo el pluralismo, sino también el individualismo ... El Estado depende... de que exista una comunidad de ideas fundamentales entre sus ciudadanos, pero no puede utilizar su poder para crear o mantener esas ideas sino que depende del hecho de que esa comunidad de ideas se mantenga por sí misma”¹⁸.

16. Cfr. José Joaquín Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4º ed. Almedina, Coimbra, 1987, véase el extenso epígrafe “O principio democrático”, p. 326 a 403, donde sí se describen de forma analítica un conjunto de contenidos. Y Antonio D’Atena, “Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionale” en VVAA, *Perspectivas constitucionais nos 20 anos de ConstituVao de 1976*, Jorge Miranda (coord.), Coimbra Editora, 1996, quien formula esta idea con claridad; del mismo autor y Eugenio Lanzillota (coord.): *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Carocci, Roma, 1998.

17. El verbo “emanar” describe muy bien el fenómeno: los poderes públicos proceden, traen origen y principio de la soberanía popular de cuya sustancia participan. Se usa en el art. 1.2 CE con manifiesto origen en al art. 2 del Título III de la Constitución francesa de 1791.

18. Ernest Wolfgang Böckenförde, “Sobre el Derecho y el Estado” entrevista por Juan González Encinar en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995, p. 20.

3.- Representación y prohibición de mandato imperativo. Un Estado «con» partidos.

En estas dos décadas de experiencias, se ha consolidado una línea de jurisprudencia constitucional que fue espontáneamente creada en torno a centenares de situaciones de hecho, ponderando concretos intereses y, a menudo, enjuiciando arbitrariedades del poder inadmisibles para una sensibilidad democrática. A lo largo de esos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación “constructiva”¹⁹ y definitoria de la norma constitucional reconocedora del derecho fundamental antes que meramente aclaratoria o esclarecedora de su contenido²⁰. Hasta el punto que –considero– sería mucho más correcto hablar de un derecho fundamental de “construcción jurisprudencial” y no de “configuración legal” como la propia jurisprudencia suele denominarlo. Pues no es la ley la que realmente ha concretado y desarrollado el contenido del derecho –como parece querer decirse– sino diversos *leading cases*. Creo también haber demostrado que esa expresión tan habitual en la jurisprudencia constitucional –“derecho fundamental de configuración legal”– es más una cláusula de estilo que una verdadera categoría jurídica, ya que alberga usos muy dispares en los muy variados derechos fundamentales a los que la ha aplicado (tutela judicial, extranjería, autonomía universitaria, libertad sindical, cargos públicos representativos) y dista de haber sido definida entre nosotros de una manera general y convincente²¹.

El problema es más amplio, aunque aquí resulte patente. Los derechos fundamentales, en particular, por venir reconocidos en normas muy abiertas y escuetas, y la justicia constitucional, en general, nos aproximan cada vez más a un sistema de creación judicial del Derecho a través de la interpretación constitucional. Pero también a una democracia cada vez más exigente y, en algunos de sus extremos, inevitablemente judicializada²² con el fin de garantizar tales dere-

19. Ernest Wolfgang Böckenförde, *State society and liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, Berg, New York-Oxford, 1991, “The status of the basic rights as immediately valid law”, p. 175 y sigs., hay traducción posterior al castellano. La interpretación no sólo “explica” el contenido del derecho fundamental, también lo “define”. Una labor que toma la forma de una “construcción” o “concreción” (Konkretisierung) de la norma reconocedora del derecho fundamental.

20. La demostración de la naturaleza constructiva del derecho por la jurisprudencia constitucional puede hallarse Javier García Roca, “Cargos públicos representativos” (Un estudio del art. 23.2 CE), op. cit. capítulo I. No es tampoco una aseveración discutida por la doctrina.

21. Idem, capítulo IV “Un supuesto derecho de configuración legal o, mejor, con los requisitos que señalen las leyes”.

22. Cfr Carlo Guarnieri y Patricia Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bolonia, 1997. También Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

chos. Algo que dista de ser un episodio o acontecimiento transitorio, es, pues, inútil y hasta peligroso formular “exorcismos” sobre el gobierno de los jueces²³. Ésta es otra importante faceta del fenómeno. El principio democrático, la soberanía popular, debe ser conjugado con los derechos de libertad que llevan a la protección de los derechos de los individuos. El mismo debate sobre una “democracia exigente”²⁴, la perfectibilidad del sistema, es difícilmente escindible de la eficacia y garantía judicial de los derechos democráticos. Democracia constitucional y cultura de los derechos resultan inescindibles. Bien es verdad que deben desecharse los excesos y riesgos derivados del activismo judicial o que no conviene abandonar las limitaciones que tanto un muy razonable modelo legista de las fuentes del Derecho como de participación mediante partidos políticos imponen. Pero hay que comenzar por admitir estos rasgos modernos de la democracia constitucional para poder construir límites infranqueables y no efectuar críticas extravagantes. Una democracia con un Poder Judicial y un Tribunal Constitucional fuertes es una democracia que ofrece mayores oportunidades a los ciudadanos: una democracia más fuerte²⁵. Una percepción de la democracia que ha sido por cierto habitual desde siempre en los Estados Unidos a diferencia de lo acaecido en Europa.

Pero claro está, como Böckenförde afirma, una interpretación constructiva, que realiza en términos concretos la sustancia de los derechos y no encuentra fundamento suficiente en las palabras de las normas constitucionales o de sus leyes de desarrollo, viene consciente o inconscientemente guiada por una teoría de los derechos fundamentales por insuficiente que resulte²⁶. Convendrá, pues, cuando menos decantarla y hacerla explícita.

El objeto del derecho fundamental tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha entendido –y para ello ha debido ir mucho más allá de la literalidad de

23. *Idem*, p. 153.

24. Gianfranco Pasquino, *La democracia exigente*, Alianza, Madrid, 2000, traducción de Pilar González, original en 1997.

25. Carlo Guarnieri y Patricia Pederzoli, *op. cit.* p. 154.

26. Cfr Ernest Wolfgang Böckenförde, “The status of the basic rights as immediately valid law”, *op.cit.*

27. Ahí se detenía, en cambio, el art. 3 de la Sección 3ª del Título III de la Constitución francesa de 1791, cuando afirmaba que todos los ciudadanos activos, cualquiera que sea su estado, profesión o contribución, pueden ser elegidos representantes de la Nación. Ahí siguen deteniéndose los artículos 39 y 40 del Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siglos después, cuando reconocen el derecho de todo ciudadano de la Unión a ser elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y las municipales en la mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. La garantía constitucional española ex art. 23.2. y 67.2 va mucho más allá y –me temo– por delante.

los términos del art. 23.2 CE– no es únicamente el ejercicio del sufragio pasivo²⁷ que hoy se concibe como un derecho subjetivo de cada uno de los ciudadanos de una comunidad política y no desde un viejo entendimiento orgánico del cuerpo electoral. Es algo mucho más amplio que el estricto reconocimiento del derecho a ser elegible en condiciones de igualdad con otros ciudadanos sin distinciones injustificables. Una conquista en parte de las revoluciones liberales del XVIII salvo la seria limitación –y falseamiento de la elección– que entrañaba el sufragio censitario. Los contornos del nuevo derecho fundamental abarcan varios aspectos de la construcción democrática de la relación de representación política dentro de los órganos del Estado.

Para cumplir tal función, la garantía tutela el ejercicio de ciertas facultades por los titulares de aquellos cargos públicos que emanan de los ciudadanos mediante la elección y responden a imperativos de representación política²⁸. La jurisprudencia suele llamarlos “cargos públicos representativos” (diputados nacionales, senadores, parlamentarios autonómicos, parlamentarios europeos, concejales y alcaldes, diputados provinciales) con la finalidad de diferenciarlos de otros servidores públicos que gozan de regímenes jurídicos muy distintos: los “funcionarios públicos” que están ligados al Estado mediante una relación de empleo. Pero también de otros “cargos públicos” designados por las Cámaras y en los que tampoco se produjo una concurrencia electoral. Y, en consecuencia, no habiendo “elección” por los ciudadanos no están integrados en el circuito de la representación política sino en el garantista, es decir, no vienen directamente conectados con el sufragio activo ni con sus demandas. Entre ellos: magistrados del Tribunal Constitucional, vocales del Consejo General del Poder Judicial y de la Junta Electoral Central, defensores del pueblo, miembros de tribunales de cuentas y consejos consultivos o económico y sociales²⁹.

Curiosamente, el derecho fundamental a acceder a las “funciones públicas” se consagra en esta misma disposición constitucional (art. 23.2 CE)³⁰. Pero creo haber evidenciado que se trata de una norma que reconoce un derecho funda-

28. Cfr Javier García Roca, *Cargos públicos representativos* (Un estudio del art. 23.2 CE), ob. cit., epígrafe “El bien protegido por el derecho fundamental: la representación”, p. 57 y ss.

29. Idem, epígrafe “La distinción entre varias clases de servidores públicos: funcionarios públicos, cargos públicos y cargos públicos representativos”, p. 86 y ss.

30. La fusión en las normas constitucionales de “cargos” y “funciones” públicas ha sido tradicional, pero debería superarse dada la diferencia de objetos y bienes protegidos. La Constitución francesa de 1791 decía entre las disposiciones fundamentales de su Título I que se garantizaba como derecho que todos los ciudadanos eran admisibles a los puestos y empleos sin otra distinción que sus virtudes y talentos.

mental de muy diversa naturaleza, aunque se hayan consagrado a menudo conjuntamente en el pasado en diversos textos constitucionales. Una relación de empleo público es esencialmente diferente a otra de representación política. No son términos de comparación homogéneos. El representante de una comunidad contribuye a formar democráticamente la voluntad estatal, el funcionario sólo actúa por ella. Ya el Diputado Antonio Barnave explicó en la Asamblea revolucionaria francesa que lo que distingue al representante del funcionario es que debe decidir la voluntad de la Nación: querer por ella³¹. Ambos derechos deben ser estudiados de forma independiente. Es menester segregar conceptualmente la disposición (art. 23.2) en dos normas separadas³².

Salvaguardar algunas reglas que ordenan la representación política es el bien constitucional protegido por el derecho fundamental. Esto es una consecuencia de la insoluble conexión de sentido lógico –no cabe el uno sin el otro– que existe entre los derechos al sufragio activo (art. 23 apartado 1º CE) y al pasivo (apartado 2º). El “puente”³³ que el Tribunal Constitucional ha tendido entre ambos apartados del art. 23 no es una construcción forzada –como a veces se ha dicho– sino inevitable. La edificación se desprende de la posición constitucional del ciudadano que es sujeto a la vez de ambos derechos de participación política y, sobre todo, de que estas dos modalidades del principio representativo están la una al servicio de la otra en una inescindible relación bilateral e instrumental. Nadie puede ser candidato sin electores. Y, del mismo modo, los ciudadanos no votan por divertimento o soliloquio sino para consentir el ejercicio del poder por los gobernantes. Llamamos a esto representación.

El tercer pie del trípode es la concepción constitucional del mandato representativo como libre y no vinculado (art. 67. 2 CE)³⁴. Una garantía de los representantes y una regla de procedimiento democrático que no puede disociarse del

31. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, op. cit. p. 29, tomó la cita de Nicolò ZANON, *Il libero mandato parlamentare* (saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione), Giuffrè, Milán, 1991, p.3. Las reflexiones del diputado Antonio Barnave “De la revolución y la Constitución” pueden leerse en Ana Mª Martínez, *La Revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 45.

32. Idem, epígrafe “Un solo precepto constitucional y dos derechos fundamentales con fundamentos, objetos y lógicas hermenéuticas diversas: representación versus empleo público”, p. 84 y ss.

33. Francisco Camaño, *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991, y “Notas para una teoría de la representación constitucionalmente adecuada” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1992.

34. Puede verse Pedro de Vega, “Comentario al art. 67” en VVAA, *Comentario a las leyes políticas*, Oscar Alazaga (director), Edersa, Madrid, tomo VI, 1989, y la nueva edición de 1998.

ejercicio de los cargos previstos en el art. 23.2 CE. Cuanto la jurisprudencia ha dicho respecto del art. 23.2 –en el pie forzado de la vía procesal de tutela de derechos que es el amparo constitucional³⁵–, obtiene una reforzada fundamentación teórica y se esclarece notablemente cuando se lee desde la bien conocida concepción de la representación que la interdicción de mandato imperativo y su correlato que es el carácter nacional de la representación suponen. Dos ficciones o dogmas de la representación de cuya larga utilidad y rentabilidad en el tiempo no parece pueda hoy dudarse. Distan de ser fósiles jurídicos como apresuradamente algunos dicen.

Cabría pensar –así se ha defendido³⁶–, haciendo una interpretación histórica u originaria de la génesis liberal del dogma, que esa prohibición de mandato imperativo no juega respecto de los partidos políticos o de los grupos parlamentarios que construyen sino únicamente de los electores, aquellos ciudadanos que en el pasado redactaban cuadernos de instrucciones o de agravios. Pero tal análisis histórico, en primer lugar, no sería sincrónico, dada la ausencia en el Estado liberal de verdaderos partidos políticos. Y, en segundo, nada autoriza a excluir la eficacia de la garantía constitucional respecto de esos sujetos pasivos³⁷ donde la propia Constitución no lo hace, en cuanto norma jurídica que es dotada de eficacia general y de una intensa vinculación. Estimo que la interdicción del mandato imperativo debe ser convenientemente actualizada para operar frente a las nuevas amenazas a la delicada labor del representante; y los riesgos modernos –también muchas virtudes– proceden de los partidos políticos. En el mismo sentido, Nicolò Zanon ha argumentado que tampoco en Italia (art. 67 de su Constitución) o en Alemania (art. 38.1 de la Ley Fundamental) esta prohibición

35. Roberto Blanco, “Veinte años de partidos...”, op. cit, p. 108, advierte bien que la jurisprudencia constitucional sobre la representación se asienta más naturalmente en la prohibición constitucional del mandato imperativo (art. 67) que en el art. 23 CE como en aquélla se ha hecho. Es en parte cierto. Pero debe advertirse que los pronunciamientos judiciales venían condicionados por el pie forzado que es la vía procesal de amparo de tutela de derechos fundamentales; y reconocerse que pueden reconducirse los contenidos del art. 67.2 a los del art. 23.2 mediante una interpretación sistemática, del mismo modo que la jurisprudencia ha llevado, a efectos de amparo, el Derecho de partidos (art. 6 CE) al Derecho de asociación (art. 22).

36. Ramón Punset, “Prohibición de mandato imperativo y pertenencia a partidos políticos” en VVAA, *Derecho de partidos*, Juan González Encinar (coord.), Espasa Calpe, Madrid, 1992.

37. Defiende también esta tesis Dieter Grimm, “Alemania” En VVAA, *Democracia representativa y parlamentarismo*, Antonio López Pina (editor), Senado, Madrid, 1994, p. 195 y ss, quien razona que los partidos políticos no son una excepción al análogo mandato del art. 38 de la Ley Fundamental de Bonn.

constitucional es una reliquia histórica: una “pieza de museo” (la frase es de Morstein-Marx)³⁸. Y lo mismo ocurre para el gobierno local en el ámbito del Consejo de Europa por mandato del art. 7.1 de la Carta Europea de Autonomía Local: el estatuto de los representantes locales debe asegurar el libre ejercicio del mandato. Los constitucionalistas debemos encontrar un sentido a estas cláusulas que marcan con mojones un camino que nuestros constituyentes no han querido abandonar, delineado por la libertad y “la conciencia” de los representantes (como dice la Ley Fundamental de Bonn), para decantarse por otro modelo de exclusiva representación por partidos y un mandato vinculado e ideológico, sometido a las instrucciones que esas asociaciones les impartan³⁹.

Para cumplir tal finalidad, la Constitución erige un derecho subjetivo y reaccional con rango fundamental (art. 23.2 CE). Un derecho accionable directamente en amparo ante el Tribunal Constitucional respecto de decisiones parlamentarias sin valor de ley. Pero también previamente ante la jurisdicción ordinaria en materia contencioso electoral, así como en garantía de los derechos de los representantes locales –y esto es mucho menos conocido– que la Ley de Bases de Régimen Local desarrolla. Un ámbito local en el que son igualmente frecuentes pronunciamientos judiciales de tutela de las minorías.

La “titularidad del derecho” es necesariamente individual: cada ciudadano que concurre a una elección como candidato y luego como representante si es electo. No advierto quepa otra solución lógica, una vez superada por nuestra Norma Fundamental la concepción del sufragio como deber o función. Pero es evidente que este derecho individual puede ser ejercido aisladamente o, con mayor frecuencia, de forma colectiva al asociarse los ciudadanos en los grupos

38. Nicolò Zanon, *Il liberomandato parlamentare* (saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione), op. cit.

En sentido contrario se expresa Norberto Bobbio, quien cree que la prohibición de mandato imperativo ha perdurado en nuestros días en las Constituciones de una manera más formal que real; los partidos políticos –afirma– han roto la relación directa entre electores y elegidos dando vida a dos relaciones distintas, una entre electores y partidos y otra entre partidos y elegidos, de ahí la centralidad de tales asociaciones en el sistema representativo. Vid “Rappresentanza e interessi” en VVAA, *Rappresentanza e democrazia*, G. Pasquino (editor), Saggi Tascabili, Bari, 1988, p. 3 y ss. Sin embargo, en esta misma obra colectiva, Gianfranco Pasquino (“Rappresentanza e decisioni”, p. 314 y ss) sostiene que la representación política no se agota en los partidos, aunque sea el instrumento fundamental (como dice el art. 6 CE), es preciso destacar también la función de los concretos representantes y la responsabilidad personal de los titulares de los cargos, esta personalización del poder se inserta en su defensa de la representación como un programa para la toma de decisiones. Un juicio que comparto.

39. Ibidem.

(partidos, candidaturas, grupos parlamentarios, grupos políticos locales) en los que se integran a efectos electorales y para poder desempeñar luego adecuadamente sus cargos en organizaciones tan enrevesadas como son las asambleas representativas⁴⁰. El ejercicio asociado y colectivo es connatural a la naturaleza democrática y esencialmente política del derecho. Era por ello inevitable que la “legitimación para el ejercicio de acciones”, en especial el amparo constitucional, se reconociera a formaciones como son las candidaturas electorales de los partidos políticos, u otras agrupaciones como los grupos parlamentarios, aunque se encuentren desprovistas de personalidad jurídica. La solución contraria albergaría un formalismo enervante.

La herramienta que el derecho fundamental configura se confía a esos sujetos activos, los representantes, para permitirles construir una relación de representación política entre electores y elegidos y defenderse en esa labor de intromisiones ilegítimas –arbitrarias, irrazonables o desproporcionadas– por parte de una amplia gama de poderes públicos y privados⁴¹. Pues acaso convenga recordar que la Constitución no excluye los poderes privados de su sujeción a los derechos fundamentales, con independencia de los problemas de tutela que el procedimiento de amparo y la llamada eficacia horizontal mediata de los derechos entre privados (*Mittelbare Drittwirkung*) suscitan⁴². Unos poderes que la experiencia demuestra no es extraño tiendan a constreñir de forma indebida la esfera de actuación de dichos representantes.

La lógica de la subsidiariedad obliga a que se conceda ocasión a los órganos de las Cámaras y entidades locales para corregir la lesión constitucional que han producido una vez que así se les ha denunciado por el representante. Sólo si las medidas de reparación del derecho internas al órgano en el que la violación se produjo no resultaren bastantes (v.gr. el trámite de toma en consideración en sede parlamentaria), se arbitra como excepción un control externo e independiente por parte del Tribunal Constitucional. Con frecuencia, la simple amenaza de tal control externo, y de dar publicidad de los hechos denunciados mediante la

40. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, op. cit, capítulo III “Los titulares del derecho: los ciudadanos individualmente o asociados”, p. 133 y ss. Se diferencia aquí entre los representantes *uti singuli* y *uti socii* y se distingue entre la titularidad individual del derecho fundamental por concretos ciudadanos y la posibilidad de su ejercicio colectivo, admitiendo la legitimación para el ejercicio de acciones, v.gr., a los grupos parlamentarios.

41. Cfr Giorgio Lombardi, op.cit.

42. Juan María Bilbao, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

impugnación a través de los medios de comunicación social para su general conocimiento por la opinión pública, tendrá una eficacia disuasoria de innecesarias arbitrariedades por parte de la mayoría.

Claro está que todo ello inevitablemente arranca de un determinado entendimiento de la representación política⁴³ de entre los múltiples posibles⁴⁴. Una teoría que simplemente se encuentra insita, tácita e inmanente, en la jurisprudencia constitucional y debemos tratar de aflorar, y aunque sea una doctrina fragmentaria y participe de la insatisfacción que siempre ocasiona cualquier reflexión teórica sobre tan compleja e inabarcable relación⁴⁵.

La representación política no es otra cosa que el intento de que ciertos órganos del Estado, sus Asambleas representativas, tanto las Cámaras como los Parlamentos locales, actúen en lugar del pueblo, es decir, en su nombre y defendiendo sus intereses. Se trata de hacer efectivo el mandato constitucional de que los poderes públicos sitos en el circuito representativo (pueblo-asambleas electivas-gobierno) emanen de la soberanía popular. Para formar democráticamente la voluntad de la persona jurídica estatal desde el pueblo, no existe otra solución que reconocer un derecho fundamental primero a los ciudadanos elegibles y luego a los representantes electos. Desde esta perspectiva, las personas físicas titulares de los órganos representativos son no sólo “fracciones de un órgano”, miembros de su organización interna en cuanto parlamentarios o concejales, sino, sobre todo, “representantes” que deben responder ante quienes les eligieron en ejercicio de su soberanía. Y para poder articular esa relación de representación y subsiguiente responsabilidad política se les concede una “adjudicación de competencia” para decidir de acuerdo con un programa electoral en ciertos asuntos. Reciben entonces una reforzada legitimidad: todo representante actúa

43. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos (Un estudio del art. 23.2 CE)*, op. cit., epígrafes “La interpretación constructiva del derecho fundamental efectuada por el Tribunal Constitucional: el concepto de cargo público representativo”, p. 39 y ss y “El bien jurídico protegido por el derecho fundamental: la representación”, p. 57 y ss.

44. Una síntesis de las diversas posiciones y transformaciones de la representación puede leerse en Giovanni Moschela, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, Maggioli Editore, Rimini, 1999

45. Recuérdese que acaba por hacer inviable la construcción jurídica de la relación de representación, un verdadero callejón sin salida, la crítica destructiva formulada por Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, México, 1979, epígrafes “Los órganos de creación. Teoría de los órganos del Estado”, p. 341 y ss, y “El órgano representativo (órganos estatales primarios y secundarios)” p. 397 y ss. La insatisfacción inherente a la compleja idea de representación se hace explícita en Hanna Fenichel Pitkin, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

en nombre del pueblo y responde ante él. No es, pues desequilibrado, que como contrapartida de ese privilegiado status se les demande unas mayores exigencias éticas en los conflictos de intereses derivados del ejercicio del cargo.

De ahí el creciente debate en Europa sobre la formalización de códigos de conductas éticas (*Standards in public life*) de los políticos tras la aparición en el Reino Unido del llamado Informe Nolan que recoge los importantes estudios de la comisión parlamentaria por él presidida. Unos códigos que las asambleas podrían discutir y formalizar al principio de cada legislatura, así como arbitrar ágiles e informales mecanismos de denuncia de sus infracciones por parte de los representantes. Y otro tanto podría decirse respecto de los partidos políticos cuyos estatutos internos deberían prever *standards* de exigencias éticas parecidos para sus miembros que desempeñen cargos públicos.

Un representante es alguien comisionado por otros ciudadanos para ejercer un cargo público, y, en consecuencia, debe ser receptivo a las demandas o a los intereses de quienes le eligieron. Con el pensamiento liberal, el mandato se funda en la confianza (trust) de los electores expresada en la concurrencia electoral: en el consentimiento del poder por sus destinatarios⁴⁶. Todo representante viene obligado a responder de su gestión en ese encargo, algo que llamamos “responsabilidad política”.

Ahora bien, según ha precisado recientemente entre nosotros con gran rigor Bustos, siguiendo las continuadas elaboraciones doctrinales inglesas, la responsabilidad política demanda del sujeto responsable “rendir cuentas” (“responder” es la actividad de la que deriva “responsabilidad”) ante alguien en diversos grados, distintos y previos a la “dimisión”. Según el mismo autor, puede bastarle al representante con “informar” o “explicar” su gestión cuando así se le reclame, o con “encauzar” o “dirigir” la de sus subordinados, y sólo le resultará exigible “inmolarse” con el cese en algún excepcional y grave caso⁴⁷. Transparencia e

46. Cfr John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1969, recuérdese que incluso en el capítulo XIII “De la subordinación de los poderes a la comunidad política” afirma que la comunidad es siempre el poder supremo y llega a decir que “ en toda clase de estados y situaciones, el verdadero remedio contra la fuerza ejercida sin autoridad consiste en oponer otra fuerza a esa fuerza”. El fundamento de toda autoridad está pues en la confianza de la comunidad y no en el poder. Entre nosotros, Eduardo García de Enterría, ob. cit., epígrafe XII “La confianza del pueblo como factor básico de la democracia. La idea de trust o la fiducia y su aplicación a los gestores públicos. Confianza no es enajenación de facultades. La imposibilidad de reducir el sistema de confianza pública a un sistema de elecciones...”, p. 93 y ss.

47. Debe verse Rafael Bustos, *La responsabilidad política*, inédito y pendiente de una próxima publicación, cuyas ideas sigo en este extremo.

información, confianza de los ciudadanos y democracia representativa son pilares de una misma edificación. La muy impropia y extendida confusión entre “responsabilidad política” y “cese” o remoción del cargo, que Bustos denuncia, ha enturbiado innecesariamente este fenómeno en España: informar o explicarse es también responder ⁴⁸.

Conviene hacer una digresión. Es manifiesto que los partidos políticos encauzan las ofertas y demandas electorales de los ciudadanos, incrustándose en la relación representativa entre electores y elegidos hasta transformarla. Y con mayor razón en un sistema electoral con listas bloqueadas y cerradas como el del Congreso de los Diputados, donde los electores no pueden mostrar sus preferencias sobre los concretos candidatos. Un sistema que dista de ser óptimo, aunque no sea nada sencillo ofrecer alternativas de voto más personalizado. Así otorgar un voto preferencial al elector, permitirle fijar un orden en la candidatura, es una técnica que no parece en la práctica haber funcionado todavía de forma óptima ni en diversos países ni en nuestra propia experiencia constitucional (en el Senado, la posibilidad de que el elector componga su propia papeleta eligiendo los candidatos que desee no ha tenido hasta hoy una gran incidencia en los resultados de la elección).

No menos cierto es que los partidos han vaciado de hecho en gran parte las potestades jurídicas de dirección política que ostentan los órganos constitucionales⁴⁹; y en menor medida otros órganos estatales que no son supremos en su orden. Y que las propias normas constitucionales (art. 6 CE) les atribuyen funciones políticas esenciales como son: expresar el pluralismo político existente en cualquier sociedad abierta, actuar como instrumento fundamental para la participación política de los ciudadanos, o concurrir a la formación de la voluntad popular y a su manifestación.

Pero de cuanto precede no puede deducirse que estas asociaciones privadas de ciudadanos, que cumplen funciones públicas, decisivas pero ubicadas en la

48. Vid Rafael Bustos, op. cit.

49. Cfr Eugenio de Marco, “Valore attuale del principio della divisione dei poteri” en VVAA, *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milán, 1999, tomo I, p. 409 y ss. Va más allá Francisco J. Bastida quien denuncia la insistente propensión de los partidos a legalizar el poder que de hecho ocupan en los órganos del Estado, incluso en el Poder Judicial (véase el art. 30.3 LOPJ), y advierte que hemos pasado de una ocupación de hecho de las instituciones públicas a su progresiva ocupación de Derecho. Prólogo a Miguel A. Presno, *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000.

vertebración de la sociedad, constituyan órganos del Estado, o sean sus propietarios y las personas que ostentan cargos en los mismos devengan meros mandatarios de los dirigentes de los partidos. Un salto en el razonamiento extremadamente arriesgado. Los partidos no son aparato estatal sino asociaciones políticas fundadas en la libertad; y habrá que pensar que también en la igualdad de sus asociados si, dada la naturaleza pública de sus actividades, aplicamos sobre ellos la igualdad democrática.

Adviértase, primero, que ninguna de esas funciones públicas que nuestra Constitución les concede son funciones del Estado y, segundo, que ni en Alemania ni en Italia –que han tenido en años anteriores debates parecidos al nuestro⁵⁰– existe algo semejante a una previsión constitucional de un mandato de partido o ideológico. Algo que sin embargo, sí ocurre en el art. 163.1. c) de la Constitución portuguesa. Una muestra de que nuestro constituyente, en uso de su libertad de configuración, pudo haber elegido otro diseño y deliberadamente no lo hizo. Y conviene traer a colación que la norma constitucional lusa tampoco se ha revelado eficaz u operativa⁵¹. Insistiré: el mandato libre y no vinculado no es una reliquia histórica sino una seria garantía querida por el constituyente y recogida en una Norma fundamental. Si no se quisiera seguir por este camino habría que reformar la Constitución. Pero ese sendero aún depararía mayores inconvenientes: en la práctica, sería conceder la titularidad de todos los cargos públicos representativos a un reducido número de dirigentes de cada partido: una élite parecida a un nuevo soberano⁵².

Menos aún puede concluirse que los partidos políticos deban considerarse verdaderos titulares de los órganos estatales y estén legitimados para exteriorizar directamente su voluntad. Como Jellinek mostró la “formación de la voluntad de la persona jurídica estatal” (*Staatswillenbildung*) requiere siempre de con-

50. Nicolò Zanon, da noticia de la controversia sobre el nomadismo o transfuguismo en Alemania a primero de los setenta, porque también allí el parlamentario expulsado o que abandona el partido mantiene el escaño, y la hipótesis se ha verificado repetidamente en el Bundestag y en los parlamentos de los Länder. Las propuestas de reforma no tuvieron éxito por retenerse contrarias al art. 38 de la Ley Fundamental (p. 1153). Vid “I diritti del Deputato senza grupo parlamentare in una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, fasc. 6, p. 1151.

51. Véase José Joaquim Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993.

52. La necesidad de limitar y controlar a los partidos, en cuanto nuevo soberano, se funda bien en Giuseppe Ugo Resigno, “Limitare il sovrano. Brevi note sui partiti politici” en *Critica del Diritto*, núms. 27 y 29, 1982. Controlar al Príncipe es la vieja y permanente función del Derecho Constitucional.

cretas personas físicas⁵³: un *status activae civitatis*. Una descripción de la esencia del fenómeno que continúa siendo perfectamente válida.

En cambio, debo reconocer que me suscita serios reparos jurídicos la extendida terminología “Estado de partidos”, que surge en Alemania en los años treinta pero que está muy difundida entre nosotros, especialmente, tras la obra de García Pelayo⁵⁴. Estimo que esta categoría alberga graves dosis de ambigüedad e indeterminación, a no ser que se entienda simplemente como un Estado “con” partidos, es decir, el reconocimiento de la relevancia de los partidos de masas en un Estado democrático y de su mediación y protagonismo a la hora de elaborar políticas conciliando los intereses en contraste. La fórmula debería ser seriamente revisada desde la óptica de la división de poderes antes de aceptarla sin escrúpulos. Pues la importante posición constitucional de los partidos debe estar ubicada en una fortalecida sociedad civil, vertebrada en sólidas asociaciones políticas formadas por ciudadanos, relacionándose con los demás grupos o formaciones sociales en los que necesariamente en un Estado social y democrático los individuos se integran. Ese es el verdadero sentido del art. 9. 2 CE a la luz de su arraigo en el art. 3.2 de la Constitución italiana. Pero no dentro de los órganos del Estado⁵⁵ que, por ejemplo, reclaman como titulares personas físicas a la altura de los cargos que desempeñan, y no cabe ignorar su personalidad y calificaciones personales amparándose en la legitimidad democrática de la asociación partidaria⁵⁶. Sin embargo, Triepel definió el Estado de partidos en 1930 (labor que luego siguió Leibholz) como un Estado en el que los partidos políticos se adentran en su organización: “Un Estado que integra o instala a los partidos en su organización de forma tan firme que la voluntad y la actuación estatales en

53. Georg Jellinek, *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912, traducido por G. Vitagliano y con prólogo de V. E. Orlando, p. 152 y ss. Las Constituciones democráticas han superado el entendimiento de los derechos fundamentales de Jellinek, pero no esta descripción del fenómeno de la Staatswillenbildung.

54. Manuel García Pelayo, *El Estado de partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, quien analiza con detalle el surgimiento del concepto y las distintas corrientes de pensamiento sobre él.

55. Juan González Encinar razona –siguiendo a Habermas y a Hesse– que los partidos viven entre la sociedad y el Estado y en ese sentido no son Estado: ni son órganos del Estado ni forman parte de su organización, pero sí de la organización de la sociedad o Estado comunidad. En suma, no son Estado, pero tampoco asociaciones privadas, se mueven en el ámbito de lo público. Vid “Democracia de partidos versus Estado de partidos” en VVAA, *Derecho de partidos*, op.cit., p. 26 a 39. Se da sucinta noticia allí del Congreso de los Profesores Alemanes de Derecho Público en 1985 sobre el tema “El Estado de partidos: ¿síntoma de crisis del Estado constitucional democrático?”.

56. Puede verse Miguel A. Presno, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, op. cit., quien analiza fenómenos como son las cuotas de partido en las instituciones del Estado de naturaleza no representativa, o el sistema de botín en la Administración pública.

asuntos esenciales dependen siempre de la voluntad y la actuación de la comunidad de partidos”⁵⁷. Mas el lugar constitucional de los partidos no creo sea la organización estatal sino la sociedad civil. Si extrajésemos todas las consecuencias lógicas de una definición estricta del Estado de partidos, los cargos públicos representativos deberían estar ligados a sus partidos por un mandato imperativo: eso que suele llamarse una visión “realista” del fenómeno de la representación; y las potestades de los órganos estatales deberían directamente ejercerse –sin maquillaje alguno– desde sus órganos directivos. Pero ese no es el modelo de representación presente en nuestra Constitución ni de organización constitucional.

No es por ello casual que Nicolò Zanon haya podido considerar la expresión Estado de partidos un poco caduca (“*surannée*”) y, sobre todo, que subraye que la prohibición de mandato imperativo prevista en el art. 38 de la *Grundgesetz* tiene la función residual de impedir las consecuencias jurídico constitucionales más extremadas del Estado de partidos⁵⁸. Un límite frente a los inevitables excesos de la democracia de partidos. Estimo que lo mismo debe sostenerse respecto de nuestro art. 67.2 y de su conexión con el art. 23.2 CE, pues son una misma la situación y las normas.

Tampoco es un azar que Beyme nos haya alertado sobre los excesos de la nueva minoría dominante o clase política generada por el Estado de partidos, y relatado la vuelta de los estudios a la investigación –ya clásica– de las élites⁵⁹. El problema es real.

En este contexto, parece razonable erigir una regla democrática pero individualista de procedimiento que refuerce la posición de cada uno de los militantes y de los representantes también frente a sus propios partidos, para preservarlos de las tendencias elitistas u oligárquicas inherentes a la organización partidaria y, en realidad, a cualquier formación social.

Muy complejo es pronunciarse sobre el interrogante de si los partidos políticos no son realmente los verdaderos representantes de los ciudadanos en vez de

57. Citado por Nicolò Zanon, “I diritti del Deputato senza grupo parlamentare in una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht” en *Giurisprudenza Costituzionale*, de donde tomo el texto alemán en p. 1151. Se refiere a Hans Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, 1930, y a Georg Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958.

58. *Ibidem*.

59. Klaus Von Beyme, *La clase política en el Estado de partidos*, Alianza Universidad, Madrid, 1995, traducción de Jesús Albores, 1ª edición en alemán en 1993.

los concretos ciudadanos elegidos en sus candidaturas. Y con mayor razón en los sistemas con listas cerradas y bloqueadas como el nuestro donde el papel del candidato queda muy difuminado. Puede que así sea. Desde una perspectiva sociológica o politológica, la inmensa mayoría de los electores votan a partidos, o a sus programas, o sus ideas, o a sus líderes, o a sus candidaturas. Aunque todas estas cosas no sean exactamente lo mismo y resulte muy enredado adentrarse en los mecanismos psicológicos del voto, ya que las motivaciones de los electores pueden variar mucho, v.gr., en circunscripciones reducidas, el voto personal a la figura de un Alcalde que cambia de partido no es extraño. Tampoco es ocioso recordar que otras formaciones, por definición inestables, pueden igualmente presentar candidaturas como son las asociaciones de electores o las federaciones o coaliciones de partido; así como que caben candidatos independientes en listas de partidos.

4.- La titularidad de los cargos públicos representativos por los ciudadanos.

Pero, desde la perspectiva jurídica, afortunadamente, el problema es más sencillo. ¿Cómo consecuencia de lo expuesto, habría que atribuir a los partidos la titularidad del mandato representativo? ¿Darles el dominio de todos los cargos públicos representativos?. Estimo que ahí habría un salto en el razonamiento. Nuestro Tribunal Constitucional sostuvo en 1983 (los casos del Alcalde de Andújar y de los concejales comunistas de Madrid) y lo ratificó en 1993 (Alcalde Las Palmas), diez años después⁶⁰, que el sufragio pasivo sólo puede tener sentido como correlato del sufragio activo de los electores; y que quien crea una relación jurídica de representación es el único que puede poner fin a la misma y no una tercera voluntad extraña a la manifestación del sufragio, aunque participe activamente en el proceso electoral a través de la presentación de candidaturas. No se han extraído conclusiones diferentes para el supuesto en que el representante libremente abandone al partido, respecto de cuando es cesado en su militancia por la organización del partido, aunque en esta línea ha habido propuestas doctrinales. De la distinción, esbozada por Kelsen, entre “cese” y “abandono” no han surgido consecuencias jurídicas sobre la titularidad del mandato representativo. Los partidos, por tanto, “presentan” listas, pero las listas no “representan” a los partidos. Podríamos decir parafraseando el viejo art. 11. 7 de la Ley de Elecciones Locales de 1978 que fue declarado inconstitucional precisamente por afirmar que las listas representan a partidos. Ese es nuestro modelo. Y también el alemán y el italiano, si no entiendo mal.

60. SSTC 5 y 10 /1983, y 31/1993.

Uno de los que mejor han reflexionado sobre la representación entre nosotros, Garrorena⁶¹, ha expuesto sus razonables perplejidades desde la autoridad que este autor posee ante algunas consecuencias de esta doctrina. A su juicio, el problema del llamado “transfugismo” no ha quedado resuelto⁶². Y no estima baste para solventarlo con suscribir acuerdos convencionales entre partidos políticos⁶³. Reclama, por tanto, la intervención del legislador no para decir que entre el representante y su partido el mandato pertenece a este último, sino para sostener que las exigencias del principio democrático impiden que el elegido defraude *in integrum* la opción querida por quienes le dieron su voto, abandonando el partido. Los órganos judiciales deberían resolver cuando estamos ante un legítimo cambio de criterio del representante o ante algo tan burdo que no puede confundirse con ello.

La tesis de Garrorena, pese a su solidez, alberga un peligro: supondría dejar la decisión en manos de una multiplicidad de jueces y tribunales ordinarios, no precisamente expertos en estas problemáticas constitucionales. Y a instancias de los partidos políticos con la tensión que habitualmente ello produce en la opinión pública y en el propio juzgador. Una decisión consistente en resolver qué representante posee derecho a abandonar el partido, en virtud de su cambio de ideal o conciencia, y puede permanecer en el cargo, o, por el contrario, que tal abandono, por injustificado o torticero, conlleva el cese en el mismo. ¿No es un cometido excesivo y con una acusada carga política para una función materialmente jurisdiccional? Tal opción legislativa, de adoptarse, me temo produjera mayores riesgos en muchos campos que el coste real del transfugismo como patología⁶⁴. Pero volveré sobre este problema más adelante.

Ya se ha adelantado que esa esfera de “competencia” propia del representante conlleva un ámbito de “libertad” en la decisión y, como contrapartida, una

61. Angel Garrorena, *Representación política y Constitución democrática (hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Civitas, Madrid, 1991, y *Representación política, elecciones generales y procesos de confianza en la España actual*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1991.

62. Angel Garrorena, “Veinte años de democracia representativa en España” en VVAA, *La experiencia constitucional*, Gumersindo Trujillo y Luis López Guerra (directores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, sobre transfugismo p. 61 y ss. Véase también Jorge de Esteban, “El fenómeno español del transfugismo político y la jurisprudencia constitucional” en *Revista de Estudios Políticos*, nº 70, 1990.

63. Vid el “Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfugismo en las Corporaciones locales” de 7 de julio de 1998 en *El Pacto Local* (Medidas para el desarrollo del Gobierno Local), MAP (INAP)-FEMP, Madrid, 1999.

64. Véase Nicolò Zanon, “I diritti del Deputato senza grupo parlamentare...”, op. cit.,

correlativa “responsabilidad política” individualizada⁶⁵. Estimo que es igualmente una consecuencia lógica reclamar de esos ciudadanos que son titulares de cargos públicos una exigencia ética reforzada respecto del común, un *ethos democrático*⁶⁶. Un status de intensos deberes contrapartida de sus derechos y privilegios. Las causas de inelegibilidad, las normas sobre incompatibilidades, las posteriores declaraciones patrimoniales y de intereses, la disciplina de las consultorías parlamentarias y de los lobbies o cabildeos, la previsión de códigos de conducta y de un registro de denuncias de supuestas irregularidades ante comisionados parlamentarios –técnica a la que ya me he referido–,⁶⁷ y otras herramientas semejantes son mecanismos al servicio de que las instituciones se aseguren ese *ethos*⁶⁸. Una evidencia de que la representación política no puede ser construida sin robustecer la dimensión ética que es inherente a la idea de ciudadanía –alguien que ejerce su libertad de participar en el bienestar de una comunidad política– y a la misma idea de Estado.

5.- Los representantes tienen derechos fundamentales.

Añadiré una columna más a la fachada. Cualquier teoría de la democracia contemporánea y cualquier propuesta sobre su perfeccionamiento debería estar basada en la experiencia constitucional que albergamos, en las normas que nos rigen o en las modificaciones posibles, y en los concretos conflictos de intereses en la gobernación que todos observamos. No en inexistentes tipos ideales. La democracia actual es una democracia fuertemente representativa donde las técnicas directas o participativas ocupan un papel menor y complementario de aquélla⁶⁹. Böckenförde ha advertido que una democracia utópica e impracticable

65. Rafael Bustos, op. cit., muestra certeramente la tendencia a individualizar la responsabilidad política.

66. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, op.cit., epígrafe “El derecho fundamental como elemento organizativo del proceso democrático: el *ethos* del representante. Ética pública, responsabilidad política y control judicial”, p. 128 y ss.

67. Informe Nolan, *Normas de conducta para la vida pública* (Primer informe del Comité sobre las normas de conducta en la vida pública, presidido por Lord Nolan, presentado en el Parlamento por el Primer Ministro por orden de su Majestad en mayo de 1995), INAP, Madrid, 1996.

68. Cfr. Sabino Cassese y Bernardo Giorgio Matarella (coord.), *Democrazia e cariche pubbliche (Ineleggibilità, incompatibilità, conflitto d'interesi: un problema de etica pubblica)*, Il Mulino, Bolonia, 1996.

69. No sé si las telecomunicaciones o la red alterarán esta aseveración configurando una “teledemocracia”, un modelo plebiscitario en el que las personas puedan votar constantemente desde sus casas mediante un sistema de televisión. Una problemática que escapa de mis conocimientos. Esta es la tesis de James Fishkin, *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, Ariel, Barcelona, 1995, p.45 “El atractivo de la democracia directa”. El propio Fishkin advierte que este modelo vaciaría el entendimiento de la democracia como deliberación mientras no surjan innovaciones técnicas.

ble no puede seriamente tomarse como modelo de los actuales Estados constitucionales⁷⁰; de la previsible frustración sólo puede esperarse el desencanto democrático.

La especulación sobre la democracia fuertemente representativa que sólo unos pocos –privilegiados– Estados constitucionales disfrutamos en el mundo pasa, en consecuencia, por separar entre gobernantes (electos) y gobernados (electores). No existe “identidad” entre ambos sino “representación”. El poder proviene del pueblo, pero lo ejerce bien de forma muy extraordinaria mediante el poder constituyente (que aún definimos como *res facti non iuris*), o de manera ordinaria y habitual, sustancialmente, a través de la elección de los representantes. Las instituciones de democracia participativa⁷¹ han asumido hoy un papel residual o colateral. Y no parece existir en el umbral del nuevo milenio gran esperanza en su fortalecimiento tras haberse frustrado diversas experiencias innovadoras en distintos períodos de la historia del constitucionalismo⁷². La democracia moderna –no la de los antiguos– es para la inmensa mayoría representación antes que participación ciudadana directa. Los órganos estatales en los que estos cargos públicos representativos deliberan y se integran no pretenden ser el pueblo sino representarlo: defender sus intereses de acuerdo con sus demandas⁷³. Esta representación de intereses políticos sólo puede justificarse en algunos de sus aspectos desde la puesta en conexión de las dos indisociables modalidades de sufragio ciudadano (activo y pasivo).

A la luz de este entendimiento de la representación como bien constitucional protegido por el derecho fundamental ex art. 23. 2 CE puede comprenderse y fundarse debidamente el triple objeto que configura su contenido según la juris-

70. Ernest Wolfgang Böckenförde, “Democrazia e rappresentanza” en *Quaderni Costituzionali*, n° 2, 1985.

71. Entre nosotros, debe verse Luis Aguiar, *Democracia directa y Estado constitucional*, EDERSA, Madrid, 1977.

72. Boris Mirkin Guetzevitch subrayó que después de la I Guerra Mundial las Constituciones europeas reforzaron las técnicas del referendun y la iniciativa popular (Austria, Checoslovaquia, Irlanda, Lituania, Letonia, Estonia, Grecia...) a veces en sustitución de las técnicas del parlamentarismo, éste era para él uno de los rasgos más acusados del nuevo Derecho Constitucional salido del antiguo. Vid “Estudio preliminar” a *Las nuevas Constituciones del Mundo (textos integros...)*, Editorial España ,2ª ed. 1931, p. 29. Una cierta euforia participativa fue habitual también en los años setenta entre el pensamiento y la praxis de izquierdas.

73. Hanna Fenichel Pitkin, op. cit., p. 158 a 170 ha argumentado bien que la labor de un representante oscila entre dos polos los “deseos” y el “bienestar” de los representados, la mediación de los partidos políticos complica todavía más el problema, hasta hacer que el dilema no pueda ser resuelto en esos términos, poco más puede decirse que el representante debe “promover el interés del representado”.

prudencia constitucional. Primero, la igualdad y la regularidad en las reglas de acceso y en su aplicación mediante un sistema y procedimiento electorales pulcro. Una elección de la que directamente emana la titularidad del cargo y está en el origen de la relación de representación. La limpieza del procedimiento y la concurrencia electorales es una exigencia de la misma igualdad democrática de oportunidades y de la finalidad inherente a cualquier sistema electoral: traducir las preferencias de los electores en cuotas de poder político de la forma más exacta posible; la democracia puede soportar la discusión del “sistema” electoral, pero no la sospecha de irregularidad en el “procedimiento”⁷⁴.

Segundo, el mantenimiento del representante en el puesto, libre de perturbaciones ajenas al derecho ciudadano de sufragio activo (art. 23.1 CE) que creó la relación, y procedentes tanto de poderes públicos como privados. Un derecho a permanecer en el cargo por el tiempo previsto en las normas como duración del mandato sin que el representante pueda ser cesado o revocado del puesto por voluntades extrañas –por importantes que sean– al sufragio activo del que emana el pasivo. De otra manera la elección devendría un trámite fútil y soslayable.

Tercero, la propia posición constitucional de los cargos públicos representativos que ven tutelado el goce de las facultades que ostentan por un derecho fundamental y las subsiguientes garantías jurisdiccionales inherentes al mismo. Una situación subjetiva activa constitutiva de una relevante posición constitucional del representante: el estatuto del parlamentario o de los miembros de las corporaciones locales. Todo ello con la finalidad de garantizar su mandato representativo libre y no vinculado (art. 67. 2 CE) frente a obstáculos indebidos ocasionalmente creados tanto por poderes públicos (la Administración electoral, los órganos de dirección de las Cámaras, los órganos de gobierno locales) como privados (los grupos parlamentarios, los partidos políticos) y de permitirles edificar en el ejercicio de sus funciones la relación de representación. De nuevo, una garantía constitucional encaminada a permitir construir la voluntad democrática de la persona jurídica estatal a través de concretos ciudadanos.

El carácter fundamental de los derechos de los representantes deriva de la directa conexión de su función: con el estatuto de derechos y deberes constitucionales que es la ciudadanía, con la elección por otros ciudadanos que les invisten de soberanía popular, con su papel indefectible en la formación democrática

74. Vid Pablo Santolaya, “La crisis del procedimiento electoral” en VVAA, *Reflexiones sobre el régimen electoral. IV Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

de la voluntad estatal, y con su emanación y responsabilidad ante el electorado. Si, para los derechos que derivan de la condición de “persona”, la proximidad o conexión entre la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y los nuevos derechos es un indicio de su fundamentalidad, lo mismo debe ocurrir con los derechos democráticos y su directa conexión con el status de ciudadano y su libre desenvolvimiento. Cuando de derechos de los representantes hablamos tal lazo es doble, pues nos hallamos en el corazón del *status activae civitatis*: un ciudadano que ha elegido participar activamente en el desempeño de un cargo público y asume tan gravosa carga. Sin esta regla de procedimiento democrático, la representación no puede erigirse de manera libre y no vinculada por cada representante, es pues difícilmente discutible que resulta esencial para la vida del Estado democrático y puede hacerse con ella un derecho fundamental. Algo que el Tribunal Constitucional viene manteniendo desde 1988⁷⁵, pero que algunos se resisten a admitir.

6.- Consecuencias de la regla.

Las consecuencias de este nuevo derecho fundamental para diversos ámbitos del Estado constitucional son bastante relevantes. En el procedimiento electoral que reclama una judicialización plena y expansiva de las garantías y la búsqueda de la verdad material, del resultado electoral realmente acaecido, alejando formalismos enervantes. Entendido el sufragio como un derecho fundamental, su garantía no puede sino venir judicializada, una protección que no repugna a su naturaleza sino que es inherente a ella. Aunque imponga algunas limitaciones el cumplimiento de los plazos necesariamente preclusivos de un complejo proceso electoral en marcha, sin detención posible y con un término final predeterminado. Mas en la revisión de la proclamación de electos estas servidumbres no existen.

En la organización propia del Derecho Parlamentario, que debe acomodar progresivamente sus categorías y los Reglamentos de las Cámaras a esta doble dimensión de los parlamentarios como representantes, titulares de un mandato libre, y al mismo tiempo fracciones de un órgano, y, claro está, libremente asociados en grupos parlamentarios, y consecuentemente, sometidos a razonables limitaciones. Es menester compaginar ambas magnitudes superando los tradicionales entendimientos organicistas de la organización parlamentaria, aún muy arraigados. Comprender la necesaria consideración de los derechos de los parla-

75. La STC 161/1988 se apropia o recibe la denominación doctrinal *ius in officium*.

mentarios al tiempo como atribuciones de un órgano y derechos de los representantes: derechos funcionales. El *ius in officium* del que hablaba Santi Romano y recoge nuestra jurisprudencia constitucional⁷⁶. Dejar un espacio de libertad individual a los parlamentarios ordinarios (los *backbencher*) dentro de los grupos y en los trabajos parlamentarios. La deseable organización de la vida de las Cámaras sobre los grupos parlamentarios debe respetar y aprovechar ciertos esfuerzos individuales en el uso de algunas herramientas parlamentarias.

En la consideración de la autonomía municipal como un verdadero Gobierno y democracia locales: una esfera de representación política de intereses a través de cargos públicos representativos⁷⁷. Como reclama la Carta Europea de Autonomía Local del Consejo de Europa, y exige el desarrollo de todas las virtualidades de nuestra Constitución en este terreno, si no continúa leyéndose a la luz de la ley, degradando su fuerza normativa. El Municipio constitucional, órgano representativo, poco tiene que ver con el ente territorial menor que heredamos de la Dictadura, una instancia administrativa; en muchos extremos, no cabe la continuidad del ordenamiento jurídico.

Pero, particularmente, las emanaciones son importantes para la teoría de la democracia, que es lo que aquí interesa, pues la regla que nos ocupa incide en el modelo de democracia y en el debate sobre su perfectibilidad:

-en la necesidad de nuevas formas más democráticas y participativas de hacer política⁷⁸;

-en la comprensión de la democracia representativa y de sus organizaciones (las cámaras parlamentarias, las asambleas locales) desde una perspectiva también individual, complemento de su nuclear vertebración desde formaciones sociales esenciales como son los grupos parlamentarios;

76. Vid Santi Romano, *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1947, p. 112 y ss, y los análisis que de su tesis formula Pablo Lucas Murillo, "El estatuto de los parlamentarios" en *VVAA: Parlamento y Derecho, Parlamento Vasco*, Vitoria, 1991. También Alejandro Saiz Arnaiz, "Sobre la efectividad del derecho de los parlamentarios vascos a recabar información del Gobierno autónomo" en *La Ley*, t. 1988-I.

77. Cfr Javier García Roca, "El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad" en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 282, 2000, p. 23, epígrafe 4 "El principio democrático y el mandato representativo local. El autogobierno local: la autonomía local no es sólo Administración sino dirección política". También Enrique Belda, *Los representantes locales en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

78. Joan Subirats "La responsabilidad del político" en *El País*, 8 de abril de 1993.

-en la organización interna de los partidos políticos (la selección interna a los partidos de los candidatos electorales, ciertos espacios de libertad y actuación de los miembros de los grupos parlamentarios) desde bases verdaderamente participativas y democráticas y no elitistas;

-en una robustecida voluntad de Constitución y de vivificar la división de poderes. Pasa, en suma, por revitalizar la democracia representativa y el concepto de ciudadanía al dignificar el oficio de los concretos representantes.

7.- Los costes: transfuguismo y bandolerismo político.

Un coste que indudablemente se paga por esta concepción del mandato representativo como libre y no vinculado –ya se ha dicho– es lo que habitualmente llamamos “transfuguismo”. Mas la anécdota no puede ser fuente de teorías, ni el abuso –como regla general– quita el uso en Derecho. Comparto aquí la sensata posición de Rubio⁷⁹: no todos los tráfugas son tan malos, la expresión alberga una pluralidad de situaciones no igualmente censurables, no todos los representantes que transitan de una formación política a otra sin abandonar el cargo, se mueven por motivos socialmente injustificables, algunos pueden cambiar de ideas, o mantener fielmente su compromiso con el electorado ante un cambio de rumbo inesperado del partido.

Pero es verdad que existe un transfuguismo muy censurable frente al cual el ordenamiento no debe permanecer pasivo, aunque tampoco puedan tolerarse los linchamientos. Es prudente aquí la tesis de Lucas Murillo –que yo mismo he desarrollado– quien propugna desde hace tiempo la conveniencia de resolver el problema desde la cultura política mediante acuerdos entre los partidos políticos⁸⁰. Un método que hemos comenzado a explorar a nivel local en 1998 que ha funcionado con alguna eficacia y cuya articulación y garantía podría mejorarse.

79. Vid. Francisco Rubio, “Los tráfugas no son tan malos” en *El País*, 6 de octubre de 1993, y Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, epígrafe “De la parte del infiel y frente al linchamiento: por qué todos los tráfugas no son tan malos. En defensa de la titularidad del cargo por el representante”, p. 77 y ss. En el mismo sentido, Luis M^a Díez Picazo, “Transfuguismo y deontología política” en *Anuario de Gobierno Local 1998*, Marcial Pons, Madrid, p. 79 y ss. Pueden verse también Francisco Vanaclocha, “Los fenómenos de transfuguismo en la nueva política local” en *VVAA: El desarrollo del Gobierno local (una aproximación doctrinal)*, INAP, Madrid, 1999, p. 199 y ss; y Josep M^a Colomer, *El arte de la manipulación política*, Anagrama, Barcelona, 1990, epígrafe “Los trashumantes de las Cortes”, p. 253 y ss; José Ignacio Navarro, “Patología del transfuguismo político: grandes males, pero ¿buenos remedios?” en *Revista de las Cortes Generales*, n^o 42, 2000, p. 7 y ss.

80. Pablo Lucas Murillo, “Problemas constitucionales de la representación política” en *Debate Abierto*, n^o 7, 1992, p. 127 y ss.

Es evidente también que son posibles ciertas reformas en los Reglamentos de las Cámaras para los parlamentarios que hayan abandonado voluntariamente sus grupos, v.gr., la figura del diputado no adscrito y ciertas matizadas limitaciones de sus prerrogativas o funciones conexas a los grupos.

Pero, sobre todo, en los casos más groseros, los injustificables supuestos de bandolerismo político o transfuguismo retribuido, estas conductas deben reprimirse activamente por los poderes públicos a través de la política criminal⁸¹. Da pie a la actuación del Ministerio Público la nueva y más amplia tipificación del delito de cohecho (artículos 419 a 421 del Código Penal de 1995) para las autoridades que realicen en el ejercicio de su cargo acciones u omisiones constitutivas de delito, ejecuten un acto injusto o se abstengan de un acto que debieran practicar en el ejercicio de su cargo. Antes de privar del mandato a todos los representantes a causa de las culpas de unos pocos, es más razonable que los criminales cumplan sus penas.

B) ¿Qué son los derechos democráticos de los representantes y a qué filosofía responden?

Detrás de cada derecho fundamental hay siempre una necesidad básica al que el ordenamiento jurídico debe dar satisfacción⁸². Cuando esa exigencia se estima esencial, se concede a una situación jurídica activa la protección reforzada y la singular posición constitucional que entraña un derecho fundamental. Así ha ocurrido con los representantes. Mas para consagrar la “fundamentalidad” de un derecho hacen falta en buena lógica jurídica tres cosas: un interés tutelable, un fundamento cultural o político –una justificación ideológica–, y un expreso reconocimiento jurídico mediante su positivación en normas de rango constitucional.

El Estado de Derecho y los derechos fundamentales reclaman una cultura individualista de defensa de los derechos por sus titulares: la confianza del individuo en sus esfuerzos frente a la injusticia. Una permanente lucha por el Estado de Derecho⁸³. Esto es todavía más evidente y necesario en los derechos demo-

81. Luis Rodríguez Ramos, “Transfuguismo retribuido y cohecho” en *Actualidad Penal*, n° 22, 1994, p. 439 y ss. quien compara la nueva tipificación con el viejo Código Penal.

82. Sobre los factores desencadenantes del progresivo enriquecimiento de las declaraciones de derechos véase Pablo Lucas Murillo, “El tiempo de los derechos” en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n° 2, 2000, p. 283 a 284.

83. Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Studia Albornatiana, Bolonia, 1975,

cráticos ligados a un estatuto participativo y a una situación activa que es la ciudadanía y la ulterior condición de representante. Los poderes públicos no pueden por sí solos garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos ni asegurar la democracia, son ellos mismos quienes deben luchar por estos bienes. Los representantes, en general, y cada uno de ellos en particular, deben defender su derecho a construir la voluntad de sus representados.

Con lo que hasta ahora se ha razonado y he argumentado previamente en mi libro creo haber demostrado la positivación en normas constitucionales (artículos 23.2 y 67.2 y preceptos concordantes: 66.1, 68.5 y 70, 69.2 y 140, 68.4 y 69.6, etc) de los derechos fundamentales de los representantes, su reconocimiento y adecuada exégesis en la jurisprudencia, y cuál es el bien constitucional protegido por esta herramienta: la representación política. Pero quizá sea preciso mostrar algunas de las más relevantes fundamentaciones políticas y culturales a los que la configuración del derecho fundamental atiende.

1.- La corrección de las tendencias elitistas inherentes a toda elección. Una regla electoral.

La institución central del gobierno y la democracia representativos es la “elección” en cuanto forma de selección de los cargos públicos. No es fácil conceder que la democracia quede confinada a un procedimiento de selección de una élite de gobernantes⁸⁴, pero ese es al menos el mínimo denominador común, el núcleo duro, de toda representación⁸⁵. Sobre ese ámbito objetivo se proyecta de manera primigenia el derecho fundamental. Pero, por paradójico que hoy resulte –y tampoco es fácil advertirlo desde la perspectiva contemporánea– cualquier elección posee en parte una naturaleza aristocrática o elitista, no es pura y descontaminadamente democrática.

La cuestión se aprecia mejor en los inicios de la representación moderna según ha descrito muy brillantemente Manin. Una vez más la historia del dogma

apartado “La lucha por el Derecho”, p. 125 y ss. Es patente que parafrasea a Rudolf Von Ihering, *La Lucha por el Derecho*, Librería Genreal Victoria Suarez, Madrid, 1921, vertida al castellano por Adolfo Posada y prologada por Leopoldo Alas Clarín. Ihering expuso la antítesis propia del Derecho entre la lucha y la paz, respectivamente, como medio y término del Derecho. Es una parte de la naturaleza jurídica la lucha por el Derecho contra la injusticia.

84. Cfr J. A. Schumpeter, *Capitalism, socialism and democracy*, Harper and Brothers, Nueva York, 1947.

85. Angel Rivero, “Sobre la constitución de la comunidad política y su representación” en *La Política*, nº 4, 1988, p. 99 y ss, monográfico “Política y Derecho. ¿Se oponen la democracia y el constitucionalismo?”, Paidós, reseñando a Schumpeter.

ayuda a comprender la naturaleza de un fenómeno. La democracia ateniense –evoca este autor⁸⁶– reclutó la mayoría de las magistraturas por sorteo. Esa fue también la tradición republicana combinada a la elección durante bastante tiempo. Personajes tan dispares como Giucciardini, Harrington o Montesquieu pensaban en la naturaleza aristocrática de la elección frente a la democrática del sorteo, y reconocían que este viejo mecanismo prevenía la envidia, suponía una distribución igualitaria de los cargos y también de las cargas, dado que una magistratura es siempre onerosa⁸⁷. El propio Rousseau creía que la selección por sorteo era connatural a la democracia⁸⁸. Todavía Schmitt –recuerda el profesor de Nueva York– advertía que el sorteo permitía la identificación entre gobernantes y gobernados, pero reconocía que era evidente que había devenido un camino impracticable⁸⁹.

La paradoja que Manin establece muy bien es que un método como la elección que se sabía era menos igualitario, no obstante, prevaleció en el gobierno representativo sin mayor debate o reservas: «Cuando surgió el gobierno representativo, el tipo de igualdad política que estaba en el candelero era el de la igualdad de derechos a consentir el poder, no –o en mucha menor medida– la igualdad de oportunidades de obtener un cargo»⁹⁰. Y más adelante: «A los fundadores del Gobierno representativo no les preocupaba que las elecciones pudieran tener como resultado una distribución no igualitaria de cargos: su atención se centraba en el derecho a igual consentir»⁹¹.

Hay pues una predisposición aristocrática desde sus orígenes en el método de selección de los cargos públicos representativos que supone la elección, pues, fue diseñado para consentir el poder antes que para acceder en condiciones democráticas de igualdad a los cargos públicos. El certero análisis histórico que Manin efectúa sobre el principio de “distinción” o de “deferencia” refuerza este entendimiento: al candidato natural, líder o señor de una circunscripción, no se le disputaba realmente la elección⁹².

86. Bernard Manin, *Los principios del Gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, versión de Fernando Vallespín, original en inglés de 1997, p. 19 y ss.

87. Idem, p. 83 y ss., p. 88 y ss., p. 93 y ss.

88. Idem, p. 96 y ss.

89. Idem, p. 105.

90. Idem, p. 118.

91. Idem, p. 119.

92. Idem, p. 119 y ss, capítulo 3, “El principio de distinción”. Afirma Manin en su documentado

Sin embargo, la situación actual en el constitucionalismo democrático, parece ser justamente la inversa que la del constitucionalismo liberal: es un corolario de la igualdad política y esencialmente democrática de los ciudadanos –un status de miembros de una sociedad política, iguales entre sí con independencia de su renta o condición social– pensar en términos de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos y no sólo de generalización del consentimiento. La mínima garantía, desde esta perspectiva, razonablemente exigible es la regularidad de la elección: la igualdad ante la ley y en su aplicación de los candidatos.

Es aún emblemática la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que dice: las distinciones sociales no pueden estar fundadas más que “en la utilidad común” (art. 1) y todos los ciudadanos son “igualmente admisibles a las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos” (art. 6). Del mismo modo el art. 3 del Título III de la Constitución de 1791 “todos los ciudadanos activos, cualquiera que sea su estado, profesión o contribución, pueden ser elegidos representantes de la Nación”⁹³. Se trata ahora de hacer efectivas estas viejas cláusulas revolucionarias francesas, de actualizar, democratizar y dignificar esa filosofía de los representantes de la Nación sobre el sólido basamento del sufragio universal.

En consecuencia, la regla igualitaria e individualista del art. 23.2 CE debe operar como un correctivo democrático en provecho de los ciudadanos que participan como representantes y coadyuvar a corregir las tendencias elitistas o aristocráticas que son inherentes a toda elección. Un fundamento político en modo alguno desdeñable para una regla jurídica. Cabría incluso asegurarse de la igualdad real de oportunidades en la concurrencia. Es por eso que en mi estudio sobre

estudio que durante los siglos XVII y XVIII en Inglaterra ser designado miembro del Parlamento era un modo de honrar al líder natural de una comunidad local. Las elecciones rara vez eran disputadas. Que otra persona compitiera por dicho honor era considerado como una afrenta al sujeto o a la familia que acostumbraba a ocupar el escaño. Las elecciones eran habitualmente unánimes y rara vez se contaban los votos. Esta restricción al acceso a los cargos públicos representativos que entrañaba el principio de “deferencia” (así lo denomino Walter Bagehot) o “distinción” se fundaba en una doble razón: la posición y el prestigio social del candidato y el coste desorbitado de la campaña electoral que hacía que sólo los ricos pudieran presentarse a las elecciones. Manin efectúa también análisis semejantes en Francia y Estados Unidos.

93. Conviene no olvidar, sin embargo, la profunda degradación del sistema representativo que provocaba el sufragio censitario en el modelo liberal. El art. 2 (27) del Título III de dicha Constitución aseveraba que para ser ciudadano activo era menester, entre otros extremos, pagar en cualquier lugar del reino una contribución directa igual al menos al valor de tres jornales, y no encontrarse en situación de servidor a sueldo.

ese precepto no descartaba que la igualdad que el art. 23.2 CE predica pueda ser también en ciertos casos una igualdad real, y no estrictamente de trato normativo, algo que el BVG ha reconocido en alguna oportunidad excepcional pero que el Tribunal Constitucional no se ha aventurado jamás a admitir⁹⁴. Me parece que, en sede teórica, no puede desecharse tal hipótesis, perfectamente lógica por tratarse de un derecho de naturaleza democrática, aunque soy consciente de los problemas de gobernabilidad que podría suscitar a las leyes electorales la igualdad real en el sufragio y, por tanto, cualquier propuesta concreta debería formularse con prudencia.

La aparición de partidos políticos de masas en el Estado social, sin duda, contribuyó –junto al sufragio universal– a democratizar la elección frente a la situación en el Estado liberal. Pero ellos mismos albergan nuevas tendencias elitistas –son connaturales a toda elección– a la hora de seleccionar internamente sus candidatos. Ya Michels estudió hace tiempo las tendencias oligárquicas en el seno de los partidos y formuló su conocida ley de hierro: la organización es la que da origen a la dominación de los elegidos sobre los electores, quien dice organización dice oligarquía⁹⁵. Y, recientemente, Beyme ha analizado las nuevas minorías dominantes en el Estado de partidos⁹⁶.

Estimo que podríamos asistir al surgimiento de un nuevo y transformado principio de deferencia: a los dirigentes de los partidos en los distintos niveles territoriales no se les disputa la elección como candidato, ni a ellos, ni a quienes ellos designen. El sistema alberga una contradicción: la selección interna de los militantes que acaban formando parte de las listas que se presentan a la concurrencia electoral tiende a realizarse de forma “opaca y oligárquica” por los grupos dirigentes de las organizaciones partidistas; algo que pugna directamente con la lógica democrática de la posterior selección externa de los electos por el

94. Vid Pedro Cruz, “La legislación electoral y circunstancias excepcionales: La igualdad de oportunidades de los partidos políticos en las primeras elecciones generales de la nueva RFA (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 1990)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, 1990; y “Principe d’egalité et droit de suffrage” en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. V, 1989. También Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, op. cit., capítulo VII “¿Cuál es el contenido del derecho? Una igualdad concreta e integral o reforzada...”.

95. Robert Michels, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2 volúmenes, original de 1915. Es común denunciar algunos de sus excesos, o su autoritarismo, pero, lamentablemente para la democracia, cuanto describe no es historia.

96. Klaus Von Beyme, *La clase política en el Estado de partidos*, op. cit.

cuerpo electoral⁹⁷. Y puede viciar o contaminar la elección desde sus orígenes. Los actuales *catch all parties* no hacen sino acrecentar el problema al propiciar un contacto directo entre líderes y electores a través de los medios de comunicación social en detrimento de los militantes y de su participación. El fortalecimiento de los derechos de los afiliados frente a los dirigentes de cada organización, en una relación permanente y no sólo en el esporádico proceso de selección interna de los candidatos⁹⁸, asegurarse realmente de sus derechos de participación, es algo de lo que ni la ley de partidos políticos ni los estatutos internos deberían desentenderse. Aunque sean múltiples las variantes organizativas posibles y deba actuarse con cautela.

Pero no parece que hayamos avanzado mucho en la democratización de los partidos. Tenemos una Ley de Partidos Políticos preconstitucional, que establece una regulación de mínimos y que no saca lecciones de las experiencias constitucionales adquiridas en dos décadas; una legislación anémica y poco estudiosa que debería ser revisada con urgencia y mayores ambiciones. Es paradójico que en el llamado Estado de partidos se legisle sobre casi todo menos sobre los propios partidos. El razonable escepticismo sobre la “eficacia” de las normas legales para reconducir los defectos y democratizar los partidos nunca puede afectar a la “validez” de la disciplina. Comencemos por ahí, ya que no hay otra vía, y al tiempo construyamos mecanismos de garantía. Desde esta defensa de una actualizada regulación, estimo sería útil democratizar por ley el procedimiento partidista de selección de los candidatos, que no es indiferente para el procedimiento electoral. Un conjunto de medidas diversas en su naturaleza que de manera simplificada hemos dado en llamar “primarias”⁹⁹.

Tampoco es nada fácil –ya se ha adelantado– diseñar un sistema electoral (el sistema mixto alemán, las técnicas de voto preferente, etc.) que deje un espacio de libertad a la figura de cada representante dentro de candidaturas presentadas por los partidos y de opción por los electores. Y contribuya indirectamente a for-

97. Roberto Blanco, “Veinte años de partidos...”, op. cit., p.112.

98. Vid Angel Garrorena, “Veinte años de democracia representativa en España”, op.cit., p. 61, hace un diagnóstico muy certero: “No discuto que algún efecto pueda derivarse de la introducción de las primarias, y me parecería muy bien que se ensayaran, pero si el problema que se quiere atajar es el de la actual desconexión entre el elegido y sus electores pienso que donde verdaderamente hay que actuar es en los viejos hábitos de los partidos y en el largo trayecto que discurre entre elección y elección”.

99. Véanse las dificultades, incógnitas y matices que suscitan en el mismo libro Angel Garrorena, “Veinte años de democracia representativa en España”, op. cit., p. 60 y ss. y Roberto Blanco: “Veinte años de partidos...”, op. cit. p. 120.

talecer la gravedad, personalidad y representatividad de estos como criterio intrapartidista de selección de los candidatos. Pero intuyo que esa y no otra es la única tendencia adecuada a la democracia representativa y sobre la que deberíamos continuar reflexionando con paciencia, sin ocultar ni simplificar un problema que no tiene una solución sencilla.

2.- Un dispositivo contra mayoritario: la contención de la mayoría en provecho de las minorías y de la libertad política. Una regla de la organización interna de las asambleas representativas.

Debe asimismo observarse la cuestión desde la necesidad de establecer diques de contención a los desbordamientos y marejadas inherentes al gobierno de la mayoría. Esto es algo que no tiene buena prensa entre aquellos que se contentan con una idea estadística de la democracia –la exclusiva regla de la mayoría– y no profundizan en la idea de democracia constitucional, fruto de una tensión dialéctica entre distintos ingredientes surgidos a lo largo de no pocas experiencias históricas: un gobierno representativo limitado por una Constitución y el Estado de Derecho¹⁰⁰. En democracia todo no puede ser navegar a toda vela bajo el viento de la mayoría y sin ancla¹⁰¹. Los derechos de las minorías, y cada representante individual es una de ellas, no pueden ser lanzados por la borda sin violar la igualdad y el pluralismo político como valores esencialmente democráticos ni la racionalidad inherente a todo Estado de Derecho¹⁰².

Elster ha señalado bien que la mayoría puede obviar el imperio de la ley bajo el influjo de “un interés poderoso”, o de una “pasión” duradera o simplemente momentánea; y lo ha hecho trayendo a colación a Madison, de suerte que la observación de esta práctica gubernamental es ya muy antigua¹⁰³. Especialmente las pasiones no son extrañas a la acción y dirección de gobierno elegida por la mayo-

100. Vid Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestro días*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, original en italiano 1999, Traducción de M. Martínez Neira, epígrafe 3.6 “democracia y Constitución”, p. 142 y ss.

101. La metáfora muy conocida la emplea Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

102. Véase Maria Agostina Cabiddu, *Maggioranza, minoranza, eguaglianza*, CEDAM, Milán, 1997. La relación entre mayoría y minoría encuentra un punto de equilibrio en la convivencia y en la libertad de los individuos, en el respeto del pluralismo y de las diferencias. Las minorías son parte de las reglas del juego. La voluntad de la mayoría presupone la igualdad, y ésta, criterios de racionalidad política y jurídica. Respetar la igualdad no es sólo no discriminar sino reconocer la especificidad de cada individuo y grupo.

103. Jon Elster, “Regla de mayoría y derechos individuales” en *La Política*, nº 4, 1988, monográfico “Política y Derecho. ¿Se oponen la democracia y el constitucionalismo?”, p. 23 y ss, la cita en p. 29.

ría, y resultan más peligrosas cuanto menos racionales y más intensas e incontrolables sean. Ocurre en esto con la gobernación lo mismo que con las personas.

La realidad demuestra que son precisos en la democracia constitucional dispositivos contra mayoritarios: Reglas de la división de poderes que disciplinen diversos pesos y contrapesos en provecho de la libertad política. Un control o revisión judicial independiente de las decisiones del gobierno y la administración al que las mayorías tienden a resistirse con todo tipo de obstáculos. La garantía de los derechos humanos incluso frente a la ley, pues la posibilidad de la ley injusta o aprobada sin cautelas de transitoriedad no es una entelequia, etc. Al cabo, restringir el gobierno de la mayoría es una de las funciones de toda Constitución.

Por raro que resulte, ni en su propia esfera interna cada poder es omnipotente ni siquiera las asambleas representativas –locales o parlamentarias– se encuentran *legibus solutus*. La comprensión de esta aseveración demanda una reflexión más elevada. Las bases teóricas derivan del entendimiento de la democracia y de la Constitución democrática como la exclusión de cualquier poder autocrático.

Un régimen político que no sobrevalora ningún poder para asegurarse del equilibrio entre ellos, estima el pluralismo como valor esencialmente democrático y reclama el sometimiento de todos los poderes a la norma constitucional. Estas ideas bien conocidas estaban presentes en la larga obra de Kelsen, Fioravanti ha vuelto a remarcar dicha perspectiva de forma muy sugerente reseñando al maestro austriaco¹⁰⁴.

Una Constitución democrática no tiene dueños: ni siquiera los partidos políticos o las asambleas electivas. Es preciso apaciguar allí también eso que Elster llama “mayorías apasionadas”, mantener en ocasiones el Estado de Derecho, las normas que rigen la organización constitucional, frente a la corriente mayoritaria que se desboca. Y el derecho fundamental ex art. 23.2 CE permite un control jurisdiccional e independiente que promete mantener a raya esas pasiones. La mera previsión de un control externo de constitucionalidad puede bastar como disuasión, pues a las mayorías democráticas no les suele gustar aparecer presentada ante el electorado por los medios de comunicación como violadora de derechos fundamentales.

104. Mauricio Fioravanti, *Constitución...*, op. cit., en el epígrafe antes indicado. Donde se hace un elenco de los trabajos de Kelsen al respecto.

En definitiva, no puede maximizarse el utilitarismo al que responde la regla de la mayoría –recuerda Elster– avasallado a las minorías¹⁰⁵. El único propósito de la representación política desde luego no es proteger los derechos individuales, pero sí es un bien constitucionalmente atendible. La representación y la democracia deben de ser suficientemente adultos como para hacer varias cosas a la vez¹⁰⁶.

Es claro que no hablo de minorías nacionales (grupos étnicos a veces concebidos desde un falso entendimiento teocrático de una nacionalidad, excesivamente uniforme u homogéneo, escasamente dotado de pluralismo interno, cortado por un mismo patrón impuesto por un único partido hegemónico) sino de minorías políticas. De individuos que ostentan la sólida posición constitucional de la ciudadanía, verdaderos titulares de derechos fundamentales a la participación en cualquier asunto que afecte a la representación política. Y que son susceptibles de resultar discriminados o lesionados en sus derechos por razones ideológicas o, simplemente, por intereses o pasiones mayoritarias. Democracia y derechos humanos son conceptos interdependientes que se entrecruzan en la frontera de los derechos democráticos.

Nos adentramos así en todo el debate sobre la necesidad de reforma de los reglamentos parlamentarios. Los grupos se han apoderado en exceso del procedimiento parlamentario hasta llegar a monopolizarlo, con el riesgo de que la vida de las Cámaras languidezca y, desde luego, de que se desfigure la concreta personalidad y entidad del parlamentario ordinario. Algunos le llaman ya «parlamentario individual» en manifiesto pleonasma. Es menester conceder un espacio a los representantes que quieran ejercer iniciativas mediante la titularidad de algunas herramientas parlamentarias: aprovechar los esfuerzos y motivaciones individuales¹⁰⁷. Desde esta perspectiva, se comprende también que ciertas facul-

105. Jon Elster, “Regla de mayoría y derechos individuales”, op. cit., p. 24 y ss, “Argumentos en favor del gobierno de la mayoría”.

106. Idem. Elster ilustra bien este problema de la democracia representativa con una imagen (p. 32): cuando mi madre era niña, ella y sus amigas estaban obsesionadas por una opción hipotética: en el supuesto de que sólo pudieran tener dos de tres propiedades entre la inteligencia, la amabilidad y la belleza, cuáles elegirían... De modo similar se pretende que las democracias sólo pueden tener dos de estas tres virtudes: permitir la deliberación, limitar a las mayorías populares apasionadas, limitar a las minorías legislativas que actúan en función de sus propios intereses.

107. He desarrollado este planteamiento de forma fragmentaria en Javier García Roca, “El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (ya a la luz del art. 23.2 CE)” en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 42, 1995, y luego más ampliamente en *Cargos públicos representativos*, op. cit.

tades de actuación de los cargos públicos representativos son al tiempo atribuciones de un órgano y derechos fundamentales: derechos funcionales o facultades al servicio de una regla de procedimiento democrático.

3.- El reforzamiento del *status activae civitatis*. Un principio de la participación ciudadana.

Hay quien sostiene que el verdadero problema de las democracias contemporáneas reside en el desencanto de los ciudadanos respecto de la política y de los políticos y en su confinamiento en el ámbito privado¹⁰⁸. Puede que sea en muchos casos un rechazo de ciertas formas de hacer política antes que de la propia democracia representativa, y que bastantes de esos ciudadanos sean recuperables¹⁰⁹. Es difícil saberlo, pero es mejor creerlo así –aunque se albergue un sano escepticismo–. Las democracias son perfectibles. Y susceptibles de crítica. Mas, para su mejora, entre otras muchas condiciones –una de ellas es democratizar seriamente la vida interna de los partidos¹¹⁰ y no sólo en los procesos electorales, es necesario robustecer con imaginación la idea de una democracia de ciudadanos. Recuperar el aprecio de las virtudes cívicas o republicanas. En definitiva, adoptar medidas que favorezcan la participación ciudadana en todos los ámbitos públicos. Sin concretos ciudadanos la democracia representativa no existe¹¹¹. La democracia representativa no es sólo democracia de partidos, conlleva libertades individuales.

Nos ubicamos de este modo dentro de un nuevo *status activae civitatis* no tan distinto del clásico: una pretensión del ciudadano de ser objeto de una acción positiva o promocional por parte del Estado y, al tiempo, de actuar por él, contribuyendo a formar democráticamente la voluntad estatal¹¹². Para colocar al ciudadano en esa posición, que dista de poseer por naturaleza, el Estado tiene que otorgarle capacidades que no están en su mano, y que le permitan incorporarse a la organización estatal¹¹³. El sufragio pasivo no es una libertad natural sino

108 . Cfr. Gianfranco Pasquino, *La democracia exigente*, ob. cit., p. 32. cita a Albert. O. Hirschmann

109. Ibidem.

110. Se ofrece abundante información en José Ignacio Navarro, *Partidos políticos y democracia interna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

111. Puede verse Wolfgang Graf Vitzum, “L’action civique dans l’État démocratique. L’influence des citoyens sur les décisions politiques en Allemagne” en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 43, 2000, p. 463 y ss.

112. Vid la lectura de los status de Jellinek que efectúa Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 247 y ss.

113. Idem, p. 260.

cívica que debe desembocar tras la elección en una atribución de competencia y de las necesarias facultades para decidir. Pese a que la elaboración de las políticas y el compromiso entre las diversas fuerzas se efectúe por la comunidad de partidos políticos.

Schneider ha razonado que los derechos fundamentales de contenido democrático confieren un *status* al ciudadano, una posición constitucional, de la que no puede disponer ni el propio individuo ni el Estado; y representan una garantía de la realización de la idea de democracia: son “derechos funcionales” que aseguran con seguridad la adecuada organización del proceso democrático de toma de decisiones¹¹⁴.

Desde otra perspectiva complementaria, una “democracia exigente” debe llevar a reconsiderar la pretendida autonomía de la política respecto de la ética. Quien no crea que dicha autonomía puede consistir –afirma Pasquino– en una licencia a los políticos para evadir las leyes, se ve obligado a mostrarse muy severo y exigente con ciertas conductas, v. gr., robar para sí o para un partido¹¹⁵. Los escándalos en la corrupción privada o en la financiación electoral de los partidos deslegitiman la democracia representativa y no son política sino otra cosa, en esto la opinión pública debe ser severa. Los partidos políticos son también un ámbito público para el ejercicio activo de la ciudadanía.

Y sabemos, por último, que hay un viejo vínculo moral –cívico– y no sólo político entre el ciudadano y su comunidad; sin esta comprensión de la ciudadanía –dirá Smend– no es posible salvaguardar el contenido esencial de la Constitución¹¹⁶. La representación política y la Constitución democrática no son factibles sin activos ciudadanos. Es preciso un compromiso cívico en las acciones que afectan al interés general, la apatía y la pasividad políticas no consisten en otra cosa que en no hacer uso los ciudadanos de sus libertades y derechos: en el abandono de la responsabilidad del individuo frente a su comunidad local, autonómica o nacional¹¹⁷.

114. Hans Peter Schneider, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. El autor estima que un positivismo formalista no permite construir una teoría de la democracia.

115. Gianfranco Pasquino, *La democracia exigente*, op. cit., capítulo 2 “La ética en la política democrática” y capítulo 3 “La ética pública: entre la convicción y la responsabilidad”.

116. Rudolf Smend, “Ciudadano y burgués en el Derecho Político Alemán”, en *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit., conferencia pronunciada en 1933.

117. Wolfgang Graf Vitzum, «L'action civique dans l'État démocratique. L'influence des citoyens sur les décisions politiques en Allemagne», op. cit., p. 466.

C) Reflexión final

Diversas filosofías alientan el complejo entramado de reglas y principios que construyen la actual democracia representativa y constitucional. No sólo el individualismo y la libertad que amparan esta regla constituida por los derechos de los representantes, también el pluralismo político y la tolerancia de las diferencias de los individuos y las minorías sin exclusiones. Y la esencial igualdad de los ciudadanos con independencia de su renta económica y capacidad¹¹⁸. O el asociacionismo democrático que impulsa la integración del individuo en formaciones sociales y le impone razonables limitaciones, siempre y cuando sean libremente asumidas. O la confianza en la Constitución y el Derecho para limitar el poder y la política.

Estas reglas de procedimiento democrático sólo pueden configurarse en sede teórica, al igual que las normas jurídicas, desde la perspectiva del deber ser. No desde lo que a menudo se llama “realismo” y pasa por erigir en regla de Derecho los usos frecuentes y no siempre racionales de los poderes públicos o privados. Ese es el duro oficio del constitucionalista desde la Ilustración: limitar al Príncipe. Y esa labor consiste hoy en controlar los intereses y pasiones de la mayoría, remover las tendencias oligárquicas de toda elección y representación, democratizar internamente los partidos políticos, y admitir que las minorías forman parte de las reglas del juego de toda decisión, y, con mayor razón, en un sistema parlamentario de división de poderes¹¹⁹. Y todo ello pasa en parte por fortalecer la posición constitucional del ciudadano y, como consecuencia, del representante.

Los partidos políticos no pueden ocupar todo el espacio público en la representación ni apropiarse de la organización del Estado, y estas inevitables limitaciones no deben confundirse con su debilitamiento¹²⁰, sino con la necesidad de su reestructuración cualitativa. El “centro de gravedad” de los partidos no puede estar en los representantes institucionales ni en los profesionales que administran

118. Cfr. T.M. Marshall, *Cittadinanza e classe sociali*, UTET, Turín, 1976, original en inglés de 1950; Ralf Dahrendorf, “Cittadinanza: una nuova agenda para il cambiamento” en *Sociologia del Diritto*, nº, 1993, p. 7 y ss; Luigi Ferrajoli, “Cittadinanza e diritti fondamentali” en *Teoría Política*, IX, nº 3, 1993, p. 63 y ss.

119. Véase Juan Fernando López Aguilar, *Minoría y oposición en el parlamentarismo*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

120. De “Debilitamiento objetivo del papel constitucional de los partidos políticos” como consecuencia de la jurisprudencia constitucional expuesta, habla Roberto Blanco, “Veinte años de partidos...”, op. cit., p. 112, puede que no sea exactamente así.

el aparato sino en el interior de ellos mismos: sus afiliados¹²¹. Del mismo modo, la relación entre los líderes de los partidos políticos y sus electores a través de los medios de comunicación social no es comparable a la que liga a un general y a sus soldados¹²²: un toque de corneta a votar sin necesidad de mayores explicaciones a la tropa. Los electores son también ciudadanos dotados de derechos. Los partidos tienen, pues, de sobra ocupaciones y funciones públicas muy relevantes que atender en la sociedad civil. Hay trabajo para todos, también para los representantes.

121. Idem, p. 120.

122. Wolfgang Graf Vitzum, «L'action civique dans l'État démocratique. L'influence des citoyens sur les décisions politiques en Allemagne», op. cit., p. 468.

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y COMUNIDADES
AUTÓNOMAS: DATOS PARA UN ESTUDIO

Joaquín García Murcia y María Antonia Castro Argüelles
Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. Introducción y planteamiento del problema*
- II. La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en el ámbito de la protección social:*
 - 1. La distribución de competencias en materia de seguridad social*
 - 2. La distribución de competencias en materia de asistencia y servicios sociales*
 - 3. La distribución de competencias en materia de sanidad e higiene*
 - 4. La distribución de competencias en materia de previsión social complementaria*
 - 5. Títulos residuales, complementarios o alternativos*
- III. La valoración constitucional de la intervención autonómica en materia de pensiones, contributivas y no contributivas:*
 - 1. El punto de partida: la inevitable incidencia en el sistema de seguridad social*
 - 2. La consecuencia: la afectación a los pilares básicos del sistema*
 - 3. La incidencia en el régimen económico del sistema y otras cuestiones financieras*
 - 4. La confusa y discutible invocación del carácter complementario de las ayudas*
 - 5. El ropaje «social» de la medida: la apelación a la insuficiencia económica de las pensiones*
 - 6. La irrelevancia de la forma y la presentación de la medida*
 - 7. El caso particular de la seguridad social de los funcionarios públicos*
- IV. Recapitulación y reflexión final*

1. Introducción y planteamiento del problema

Recientemente –desde finales del año 1998, para ser más exactos– algunas Comunidades Autónomas han decidido «mejorar por sí mismas» la cuantía de las pensiones de seguridad social dentro de su ámbito territorial, e intervenir, de esa forma, en un terreno que tradicionalmente había quedado en manos del Estado. Esta intervención ha provocado, como no podía ser menos, un acalorado debate político y doctrinal, y ha vuelto a poner sobre el tapete un tema que en los últimos tiempos parecía estar en estado de letargo. Se trata, ni más ni menos, que de los criterios de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de la protección social.

La cuestión se suscitó, en primer término, con la aprobación por parte de la Junta de Andalucía de unas ayudas complementarias, de carácter extraordinario, para el ejercicio de 1999, en favor de los beneficiarios de pensiones no contributivas de jubilación e incapacidad, mediante el Decreto 284/1998, de 29 de diciembre (posteriormente modificado por el Decreto 62/1999, de 9 de marzo). La medida fue impugnada por el Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional, por el cauce de conflicto positivo de competencias, aduciendo la infracción de los correspondientes preceptos constitucionales. La admisión a trámite de esas impugnaciones fue acompañada de la suspensión cautelar de las medidas, aunque poco tiempo después, mediante sendos Autos de 21 de julio de 1999¹, se procedió al levantamiento de dicha suspensión.

Con esos Autos, como es natural, no podía ponerse fin al conflicto, pero la solución por la que se decantan se asienta, si bien se mira, en consideraciones que pueden prejuzgar el fondo del asunto². El primero de esos Autos –que es el más relevante– avala, en efecto, la legitimidad de la norma impugnada, al menos «hasta que recaiga una resolución sobre el fondo del asunto que determine si se han trasgredido las competencias estatales en materia de seguridad social». Tal aval, sin embargo, se funda en la exposición de motivos de la propia disposición impugnada, en la que se invocaban como base para tal actuación las competencias asumidas por la Junta de Andalucía en materia de asistencia y servicios sociales, siendo así que lo que se discute es, precisamente, si es éste, y no otro, el título competencial que debe regir en este caso.

1. Núm. de Registro 1207/99 y 1208/99, respectivamente.

2. Vid. M.C.Palomeque López, “Los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral y de seguridad social resueltos por el Tribunal Constitucional”, *Carta Laboral*, núm.20 (2000), p.8.

Es verdad que, junto a ese primer argumento, los reseñados Autos del TC aducen otras consideraciones. De un lado, que en la demanda de conflicto no se había concretado, «en su alcance o entidad», la eventual perturbación del sistema de caja única del sistema de seguridad social, ni se habían detallado «las interferencias que, indirectamente, pudieran producirse». De otro, que la Comunidad Autónoma promotora de la medida no había utilizado fondos del Estado, sino recursos propios, por lo que no cabía constatar perjuicios irreparables en ese sentido. Pero de nuevo nos encontramos ante argumentos de tipo circular o meramente aproximativo, y en buena medida superficiales: que los fondos utilizados pertenecían a los caudales autonómicos no necesitaba, desde luego, de mayor demostración; el problema estriba en determinar si con esa actuación, que formalmente se presenta como una iniciativa inocua o intrascendente para el sistema de seguridad social, y para el orden constitucional de competencias, se produce en realidad, y pese a esa apariencia, un desbordamiento de los cauces establecidos.

Siendo de ese tenor, no podía extrañar que esos primeros avances del TC, unidos al levantamiento de la suspensión inicial, actuaran como una especie de acicate para que otras Comunidades Autónomas –e, incluso, alguna Corporación local– decidieran anunciar o promover medidas similares. Por ejemplo, la Generalitat de Cataluña decidió conceder una «paga extraordinaria» a los pensionistas, al amparo de las normas generales de revalorización de pensiones y como «compensación» por el diferencial del IPC entre Cataluña y el resto del Estado³. También la Comunidad de Baleares ha anunciado la aprobación en los últimos años complementos de pensiones. Por su parte, la Comunidad de Navarra ha introducido en su ordenamiento foral alguna medida que, asimismo, puede incidir en este terreno, bien es verdad que desde un prisma muy diferente⁴.

Aunque las medidas no sean equivalentes, las razones que se han venido alegando para apoyar esa serie de intervenciones tienen un poso común. Como argumento de tipo «social», se suele hacer referencia a la «insuficiencia económica» de las pensiones –en particular, de las no contributivas–, y a la conve-

3. Vid. B.Gonzalo González, “Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas”, *Foro de Seguridad Social*, núm.1 (2000), pp.19-20.

4. Ley 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad de las parejas estables no matrimoniales, que procede a la modificación del Decreto Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, sobre Estatuto de los funcionarios públicos de Navarra. La Ley 6/2000 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el TC, admitido a trámite (procedimiento núm.5297/2000).

niencia de mejorarlas mediante acciones complementarias. Como argumento de tipo jurídico, se suele aducir la adscripción de ese tipo de medidas a la «asistencia social», partiendo de que tal asistencia pertenece al haz de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, y presuponiendo que es ésta una técnica apta para complementar y suplementar la acción protectora («básica») de la seguridad social. Algunas de esas medidas, de todas formas, revisten mayor peculiaridad, y se asientan por lo tanto en otro tipo de consideraciones; tal es el caso, sobre todo, de las aprobadas por Navarra.

Con esas medidas se plantea, en definitiva, si a través de esa vía asistencial –o de algún otro cauce paralelo– pueden las Comunidades Autónomas proyectar su actividad sobre una maquinaria prestacional que tiene su raíz en el sistema de seguridad social. Por ello, y desde una perspectiva general, una cuestión crucial será determinar la naturaleza jurídica de los citados complementos o añadidos: ¿son prestaciones de seguridad social, al igual que la pensión a la que vienen a completar, o son, en cambio, ayudas de asistencia social?. Pero detrás de esa primera pregunta se encierran otras muchas cuestiones, nada sencillas por cierto. Cabe plantearse, por ejemplo, si es posible una distinción neta, o al menos, mínimamente clarificadora, entre los derechos de seguridad social y los de asistencia social. Cabe plantearse también, al hilo de lo anterior, si es el título de la asistencia social el que verdaderamente se pone en juego en estos casos, o si es más bien, aunque sea de manera indirecta y soterrada, el de seguridad social.

Alguna peculiaridad reviste, por lo demás, cada una de esas actuaciones autonómicas. En el caso de Cataluña, por ejemplo, se cuestiona de manera más abierta si la Comunidad Autónoma puede revalorizar directamente las pensiones de seguridad social, conforme a índices o criterios de medida ceñidos a su propio territorio (como el IPC). En el caso de la Comunidad Foral de Navarra, el problema se suscita en relación con las pensiones de viudedad previstas en la legislación de clases pasivas para los funcionarios públicos, que se han extendido a las personas supervivientes de parejas estables no matrimoniales; se trata, pues, de una medida que reformula de modo explícito la acción protectora del sistema, y que de algún modo hace una llamada a los criterios de distribución de competencias en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos.

II. La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en el ámbito de la protección social

El análisis de todas estas cuestiones probablemente deba partir de una descripción, elemental pero por ello con fines esencialmente clarificadores, del régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección social. Conviene advertir, a tal efecto, que por razones muy variadas –históricas sobre todo, pero también sociales, políticas y de gestión administrativa– es ése un terreno sumamente complejo en la actualidad, en el que cabe distinguir numerosos frentes de acción, y en el que concurren, quizá por ello mismo, diversos títulos competenciales. De hecho, la expresión «protección social», relativamente extendida en el lenguaje de la Comunidad Europea, apenas sirve entre nosotros para detectar un mecanismo concreto de protección: es tan vaga y general que vale, salvo que se matice adecuadamente, para abarcar el conjunto de instituciones y medidas que tienen por objeto la protección de situaciones de necesidad, con independencia de su origen, su naturaleza o su alcance⁵. No hay en la Constitución, además, ningún título que de modo específico o expreso se refiera a la protección social, sino distintos títulos, más monográficos o especializados, que, desde distintas perspectivas, pueden incidir en ese terreno⁶. Es preferible, por ello, partir de la segmentación y especificación existente tanto en el plano conceptual como en el de las reglas jurídicas.

1. La distribución de competencias en materia de seguridad social.

Es evidente, en cualquier caso, que el núcleo de la protección social en nuestro país está constituido por el sistema de Seguridad Social, como institución que tiene por objeto específico hacer frente, de una manera global, a las contingencias sociales, con arreglo a técnicas de aseguramiento –aunque «socializadas» en buena medida– y de acuerdo con unos principios básicos: universalidad en el ámbito subjetivo, generalización de la acción protectora, y publicación de la gestión y los procedimientos de financiación. Es, no por casualidad, el sistema que se ha «constitucionalizado», como es sabido, a través del art.41 CE⁷, y el sis-

5. Vid. M.R. Alarcón Caracuel, “Hacia el Derecho de la protección social”, AA.VV., *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad* (coord. J. López López), Marcial Pons, 1996, pp.24 ss.

6. Vid. E. Borrajo Dacruz, “Comunidades Autónomas y Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, núm.12-13 (1982), pp.187.

7. Vid. M. Rodríguez-Piñero y S. González Ortega, “La configuración constitucional de la seguridad social como condicionante necesario de su reforma”, *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1985, pp.269 ss.

tema al que se refiere el art.149.1.17 CE a la hora de repartir competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por ello, debe ser éste el primer título competencial objeto de nuestro análisis.

Pues bien, el art.149.1.17 CE atribuye competencias exclusivas al Estado en materia de «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas». En realidad ello quiere decir, pese al enunciado general del art.149 CE, que no estamos ante una competencia exclusiva del Estado, desde el momento en que las Comunidades Autónomas pueden asumir, además de la ejecución de los servicios de seguridad social, el desarrollo de la legislación básica aprobada por el Estado⁸. Sólo aquello que se refiera al «régimen económico» de la Seguridad Social parece ser objeto de una reserva completa, o de mayor intensidad al menos, a favor del Estado.

De todas formas, los términos empleados por el art.149.1.17 CE esconden, como suele suceder, infinidad de problemas interpretativos. Cabe plantearse, por lo pronto, qué significado ha de darse a la expresión «legislación básica». En general, como es sabido, el adjetivo «básico» suele remitir en la Constitución a los principios, directrices y puntos esenciales de la correspondiente regulación, con el fin de que se establezca un ordenamiento común para todo el Estado, y de que, en su caso, actúen necesariamente como punto de partida para las normas autonómicas de desarrollo⁹. La noción de bases o de normas básicas debe entenderse, por otra parte, desde una perspectiva material y no tanto formal, por lo que puede comprender tanto disposiciones legales como normas reglamentarias; tales bases, además, podrían extraerse, en su caso, de la normativa vigente para la realidad social correspondiente¹⁰.

Dentro ya del terreno de la seguridad social, parece indudable que por «legislación básica» debe entenderse toda aquella regulación (legal o reglamentaria) que se refiera a los aspectos sustantivos o fundamentales del sistema, entre ellos los que deben incluirse, naturalmente, la delimitación del campo de aplicación, la determinación de la acción protectora (en sus niveles contributivo y no con-

8. Vid. M.C.Palomeque López, “El principio constitucional de ¿unidad del orden económico? y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y seguridad social”, *AL*, núm.47 (1999), marg. 905.

9. Vid. sentencia TC 25/83, de 7 de abril. En este mismo sentido, E. Borrajo Dacruz, “Comunidades Autónomas y Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, núms.12-13 (1982), p.191, y B.Alonso García, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, 1997, pp.107 ss.

10. Vid. sentencia TC 32/1981.

tributivo), y la fijación de las prestaciones (tipología, cuantía y requisitos de acceso y mantenimiento)¹¹. Debería serlo, asimismo, todo lo relativo a los principios de gestión del sistema, incluida la referencia, en su caso, a las posibilidades de colaboración obligatoria y voluntaria, en la totalidad de la protección o en determinadas contingencias¹².

Todo lo que traspase ese acervo de legislación básica podría ser regulado, consiguientemente, por las CC.AA., siempre que se respetaran, al mismo tiempo, los objetivos que para la seguridad social marca el art. 41 de la propia Constitución. No es fácil, sin embargo, precisar los contornos de ese terreno «de desarrollo», dado que en materia de seguridad social cualquier norma, prácticamente, actúa como condicionante, al fin y al cabo, de la forma y los niveles de la protección. De ahí, seguramente, que pocos Estatutos de Autonomía otorguen a la correspondiente Comunidad competencias para el desarrollo legislativo en materia de seguridad social¹³.

La gran mayoría de las normas estatutarias se concentra, en efecto, en la asunción de funciones ejecutivas, relativas a la gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de seguridad social (muchas veces unida a la gestión del sistema sanitario o a los servicios sociales), lo que les permitiría organizar y administrar, dentro de su territorio, las correspondientes instituciones o instancias¹⁴. También podrían, por indicación constitucional, asumir la potestad sancionadora para el cumplimiento efectivo de las normas, en los términos de la sentencia TC 102/1995. No debe perderse de vista, de cualquier modo, que la actividad de administración o ejecución también debe estar presidida por pautas, moldes y controles comunes, pues de lo contrario se corre el riesgo de introducir distorsiones en el sistema (como recientemente ha puesto de relieve el Tribunal de Cuentas, a propósito de las prestaciones no contributivas).

11. Vid. M.Alonso Olea, “El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas”, *RPS*, núm.121 (1979), p.73; L.E. de la Villa Gil y A.Desdentado Bonete, “Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en La Constitución (las relaciones laborales y la seguridad social)”, *AA.VV., Derecho del Trabajo y seguridad social en la Constitución*, CEC, 1980, p.434, y L.E. de la Villa Gil, “Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, núm.1 (1981), p.20.

12. Vid. J.F. Blasco Lahoz, *La protección asistencial en la Seguridad Social: La Ley de prestaciones no contributivas*, Tirant lo Blanch, 1992, p.32.

13. Por ejemplo, Andalucía (LO 6/1981, 30 de diciembre), Extremadura (art.9 LO 1/83, de 25 de febrero), o Galicia (art.33 LO 1/81, de 6 de abril).

14. Vid. arts.1.8.5 EAPV, art.17.5 EAC, art.55 EAG, art.20.5 EAA, art.28 EACM, art.12 EAPA, o art.12 EAIB.

Tampoco es sencillo determinar el alcance de la expresión «régimen económico de la seguridad social», que se utiliza para designar una parcela que se atribuye, como hemos visto, al Estado en exclusiva. No es difícil, sin embargo, detectar el sentido o razón de ser de dicha exclusividad, que reside indudablemente en la necesidad de que el orden económico del sistema sea único y unitario, como «presupuesto necesario» para que no se produzcan «resultados disfuncionales y desintegradores»¹⁵. La exigencia de un régimen económico único para todo el sistema de seguridad social no tiene otra finalidad, en efecto, que la de garantizar un haz de prestaciones que se funden realmente en el principio de solidaridad social (entre generaciones y entre grupos sociales de una misma generación), y que tales prestaciones sean iguales para todos los beneficiarios.

Frente a interpretaciones iniciales, hoy en día parece claro que para lograr esa unidad del «régimen económico de la seguridad social» se requiere, antes que nada, una misma regulación jurídica sobre materias económicas y financieras, pero también, muy probablemente, una unidad de gestión en el tratamiento de las mismas¹⁶. En síntesis, esa unidad debería afectar a la determinación de los recursos del sistema, a la fijación de los conceptos de gasto o aplicación, y a su distribución territorial y funcional; debería incluir, así pues, todo lo relativo a presupuestos, patrimonio, régimen financiero, ingresos, gastos e inversiones, como cabe deducir, por lo demás, de un somero repaso a nuestra tradición normativa, y a la legislación vigente¹⁷. Que el régimen económico pertenezca al Estado supone, en consecuencia, que todas esas operaciones, cuentas o decisiones (disponibilidad de los recursos, gestión económica, administración financiera, etc.) son de competencia estatal, y, a la postre, que son –y deben ser– de titularidad del Estado todos los fondos que se dediquen a la Seguridad Social¹⁸.

Ciertamente, algunos Estatutos de Autonomía han atribuido a la correspondiente Comunidad competencias referidas a la «gestión del régimen eco-

15. Sentencia TC 1/1982, de 28 de enero. Vid. M.C.Palomeque López, “El principio constitucional de la unidad del orden económico nacional? y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y seguridad social”, *Actualidad Laboral*, núm.47 (1999), marg. 906.

16. Vid. L.E. de la Villa Gil y A.Desdentado Bonete, “Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución (las relaciones laborales y la seguridad social)”, AA.VV., *Derecho del Trabajo y seguridad social en la Constitución*, CEC, 1980, p.436.

17. Vid. M.C.Palomeque López, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, I/1986, p. 412.

18. Vid. J.López López, *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Marcial Pons, Madrid,

nómico»¹⁹, siempre que con ello no se altere el principio de «caja única»²⁰. Se parte en estos casos de una sutil distinción entre el plano normativo, que quedaría reservado exclusivamente al Estado, y el plano de gestión o ejecución, que se entrega a la Comunidad Autónoma. Con todo, esta opción debe interpretarse de forma restrictiva. En términos generales, porque la expresión «régimen» en el texto constitucional no remite sólo a potestades normativas²¹. En un plano más concreto, porque la mención separada al «régimen económico», como función exclusiva del Estado, trata de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica²². La razón última de la competencia exclusiva del Estado en esta materia se encuentra, en fin, en la necesidad de preservar la unidad del sistema y de mantener el régimen público de seguridad social –único y unitario, y para todos los ciudadanos– existente con anterioridad, de acuerdo con el mandato del art.41 CE.

A partir de estas consideraciones las concretas facultades que integran la competencia autonómica de gestión del régimen económico de la seguridad social «serán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos o al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado» (TC 124/1989).

19. Así ocurre en los EE.AA Valencia, Andalucía, Cataluña, Galicia y Navarra.

20. Resulta significativa la aclaración que en este sentido contiene el Estatuto de Autonomía de Galicia (art.33.2 *in fine*).

21. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, “la atribución al Estado o a las Comunidades Autónomas del ¿régimen? en una determinada materia comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma” (TC 84/1982 y 38/1983), pero implica también ¿un plus?, pues además de la legislación, puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario (TC 195/96).

22. De hecho, es competencia exclusiva del Estado, a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, “la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única” (TC 124/89). Debe tenerse en cuenta, según el TC, que en el momento de aprobarse la Constitución existían ya esos órganos estatales de gestión económica, para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja; datos que resultan especialmente relevantes para la correcta interpretación del art.149.1.17, en la medida en que la mención separada del “régimen económico” como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo políticas territoriales de seguridad social diferenciadas en cada Comunidad Autónoma.

A la vista de lo anterior resulta claro que es competencia del Estado la gestión de la cotización y recaudación de recursos en tanto forma parte de la gestión del patrimonio único de la Seguridad Social (así como las competencias de control y aplazamiento o fraccionamiento), pues ambas «pueden encuadrarse conceptualmente dentro de la noción más amplia de gestión del patrimonio único de la Seguridad Social». Es igualmente competencia del Estado la distribución temporal y espacial de las disponibilidades financieras de la Seguridad Social para hacer frente a los desajuste entre ingresos y gastos; así como las provisiones de fondos y ordenación de pagos, y la afectación de cuotas para financiar los fondos. De esta forma se excluye que las Comunidades Autónomas puedan administrar y disponer de esos fondos generados por la Seguridad Social sin una previa provisión o habilitación del Estado, a quien corresponde gestionar la caja única de la Seguridad Social (TC 195/1996). En definitiva, una Comunidad Autónoma no puede pretender administrar y disponer de los fondos de la Seguridad Social en su territorio, como si se trataran de fondos autonómicos.

Por otro lado, hay determinados actos instrumentales –relativos a la obligación de contribuir– que sin ser exactamente «económicos» no dejan de relacionarse con el régimen económico. Así ocurre con los actos de inscripción, afiliación, altas y bajas, que en sí mismos no pertenecen al régimen económico pero que condicionan el alcance y la aplicación de la obligación de cotizar y del derecho a prestaciones; son, además, actos únicos para todo el sistema (inscripción y afiliación), o con relevancia para todo el sistema (pues de ellos depende la «carrera de seguro»). Por esa razón, deben ser reservados al Estado, tanto en su regulación como en su control, en tanto que afectan al cumplimiento de las obligaciones recaudatorias; sin perjuicio de que, al no ser propiamente actos económicos, las CC.AA. puedan asumir algunas competencias de ejecución, relativas al cumplimiento de estos deberes, correspondiendo al Estado, entonces, una facultad de supervisión (TC 124/1989).

Una última consideración conviene hacer aún respecto de la distribución de competencias en materia de Seguridad Social. Aunque parezca obvio, no está de más recordar que el art.149.1.17 CE se refiere al conjunto del sistema de seguridad social, en cualesquiera de sus apartados, compartimentos o Regímenes. Ello quiere decir que la distribución de competencias que en él se efectúa vale para la seguridad social “laboral” u ordinaria (Régimen General, Regímenes especiales de trabajadores o profesionales, etc.) pero también para la seguridad social de los funcionarios públicos, esto es, para lo que tradicionalmente se ha venido conociendo como Regímenes de “clases pasivas”. Es cierto que tales Regímenes presentan aún muchas peculiaridades, pero también lo es que forman

parte, sin duda alguna, del sistema actual de Seguridad Social (art.10.1.d) LGSS); además, ni del texto constitucional, ni de la legislación ordinaria, es posible extraer dato alguno que permita excluirlos del ámbito de aplicación del art.41 CE, que es el trasfondo, como sabemos, de toda esta problemática. De todas formas, al tratarse de funcionarios públicos, los problemas de reparto de competencias que pudieran plantearse habrán de ser abordados también desde los restantes títulos competenciales que pudieran concurrir en la materia, especialmente desde el art.149.1.18 CE, como veremos.

2. La distribución de competencias en materia de asistencia y servicios sociales.

Como ya sabemos, el art.149.1.17 CE no es el único precepto constitucional que distribuye competencias en el ámbito de la protección social. Si en el plano sustantivo el papel de pivote de la protección social corresponde al art.41 CE, en el plano de la distribución constitucional de competencias el art.149.1.17 CE desempeña una labor similar, lo cual quiere decir que, siendo el más importante, no es el único que se ocupa de estas cuestiones; alrededor del mismo, en efecto, giran otros muchos títulos competenciales. Uno de ellos es el art.148.1.20 CE, que trata de la distribución de competencias en materia de “asistencia social”, y que sigue a esos efectos unos derroteros bien diferenciados de los que hemos visto con anterioridad. Por ello, el primer reto que plantea este otro precepto es la delimitación entre los respectivos campos de acción: seguridad social y asistencia social, que aparecen en el contexto constitucional como distintos segmentos de la protección social, adscritos a diferentes títulos competenciales.

Como era de esperar, la CE –tampoco los Estatutos de Autonomía– no se detiene en trazar las diferencias de concepto o contenido entre una y otra rama; se hace cargo de esas diferentes realidades, pero no marca las correspondientes líneas de frontera²³. Se acepta generalmente que seguridad social y asistencia social son dos formas o ramas diferentes de los sistemas de protección social, pero nunca se ha podido trazar una distinción absolutamente nítida e indiscutible entre las mismas, ni en el plano conceptual ni en el plano de sus funciones²⁴. Esa dificultad se ha visto acrecentada, además, con el paso del tiempo. De un lado, por la querencia «asistencial» que en los últimos tiempos viene mostrando

23. Vid. L.E. de la Villa Gil, “Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, núm.1 (1981), p.20.

24. Vid. M.Rodríguez-Piñero, “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, *Revista de Seguridad Social*, núm.34 (1987), p.64.

el sistema de seguridad social²⁵, que ha incorporado prestaciones de claro corte asistencial, como las pensiones “no contributivas”, con el fin de extender su radio de acción. De otro, por un renovado empeño doctrinal en dotar a las ayudas asistenciales de las garantías propias de la seguridad social, no sólo para mejorar su configuración legal, sino también para realzar su figura dentro del heterogéneo mundo de la protección social²⁶.

Da la sensación, en todo caso, de que la diferencia entre seguridad social y asistencia social todavía no ha desaparecido; por mucho que se quieran relativizar los rasgos característicos de una y otra vía de protección, lo cierto es que en la conciencia común aún siguen siendo realidades separadas²⁷. Aún sigue apreciándose, por decirlo más claramente, el carácter «suplementario», y también secundario, que tradicionalmente ha correspondido a la asistencia social en comparación con el sistema de seguridad social. La función principal de la asistencia social sigue siendo, se quiera o no, la de cubrir las deficiencias de aquel otro sistema²⁸: deficiencias desde el punto de vista subjetivo, por cuanto quiere asistir a quienes por unas razones o por otras no pueden tener acceso a las prestaciones de seguridad social, y deficiencias desde el punto de vista objetivo, pues las prestaciones de asistencia social se dirigen preferentemente a contingencias imprevistas en el sistema de seguridad social²⁹.

Existe, además, una clara diferencia desde el punto de vista legal e institucional. A la postre, tanto la asistencia social como la seguridad social son de una manera o de otra dependiendo de su concreta configuración legal; como ha dicho la jurisprudencia constitucional (a propósito de la asistencia social), estamos ante “conceptos elaborados en el plano de la legislación general”³⁰. Y no cabe ninguna duda, al menos por el momento, de que la expresión “seguridad social” remite a un determinado sistema, perfectamente acotado y acuñado por la ley,

25. Más allá de los tradicionales “auxilios económicos” o de la peculiar asistencia social prestada históricamente por el sistema (arts.38.2 y 55.1 LGSS).

26. Vid. J.López López, *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, cit., p.93 y 202; J.L.Monereo Pérez y C.Molina Navarrete, *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, 1999, pp.191 ss., y J.J.Fernández Domínguez, “La necesaria reforma estructural de seguridad social”, *Tribuna Social*, núm.116/117 (2000), p.19.

27. Vid. M.R.Alarcón Caracuel, “Hacia el derecho de la protección social”, cit., pp.28 ss.

28. Vid. J.Vida Soria, “Asistencia social en el ordenamiento de la seguridad social española”, *Revista de Trabajo*, núm.21 (1968), p.53, y M. Rodríguez-Piñero, “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, *Revista de Seguridad Social*, núm.34 (1987), p.64.

29. Vid. M.R.Alarcón Caracuel, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, 1999, p.50.

30. Sentencia TC 76/1986, de 9 de junio, FJ.7.

mientras que la asistencia social propiamente dicha –esto es, la que no deriva de la seguridad social– se regula por cauces distintos, carentes, por cierto, de la homogeneidad y sistematización típica de la Seguridad Social³¹. Es obvio, por lo demás, que la “asistencia social” prestada por este otro sistema (art.38.2 LGSS) es, desde cualquier punto de vista (también en el orden de distribución de competencias³²), seguridad social, pues así se desprende de su configuración legal. Seguridad Social será, en definitiva, lo que se encuentre en cada momento dentro de los contornos trazados por su legislación específica; la asistencia social habrá de ser detectada más allá de esa línea.

Pero es que, más allá de esa distinción formal, cabe apreciar también diferencias de composición, estructura o método de actuación. Por lo pronto, ningún reparo existe para que la asistencia social se preste a través de sujetos privados (al estilo de la antigua beneficencia), mientras que eso sería inimaginable, e imposible, para el sistema de seguridad social. Es claro, por otra parte, que si las prestaciones de seguridad social han de responder a un «plan» preestablecido, en el que figuran tanto las contingencias protegidas (incapacidad, desempleo, jubilación, cargas familiares, muerte y supervivencia) como la clase de protección, la asistencia social puede actuar conforme a esquemas más flexibles, para dar cobertura a situaciones de necesidad *in genere*, no predeterminadas, o, como mucho, definidas en términos muy globales. Esta nota diferencial ha sido resaltada por el TC en más de una ocasión, al decir que la asistencia social es un mecanismo singular de protección de situaciones de necesidad a las que no alcanza la seguridad social³³. Puede decirse, desde este punto de vista, que las prestaciones asistenciales normalmente se encaminan a situaciones que por su singularidad, su excepcionalidad o su carácter marginal, no están previstas por el instrumento principal de protección, esto es, por la Seguridad Social.

Cabe hacer una distinción, en fin, desde el punto de vista subjetivo, que no es más que una consecuencia de todo lo anterior, como es fácil de comprender³⁴: si

31. Vid. J.Vida Soria, “Asistencia social en el ordenamiento de la seguridad social española”, *RT*, nº 21, 1968, p.53, y M.R. Alarcón Caracuel, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, 1999, p.53.

32. Vid. M.Alonso Olea, “El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Política Social*, núm.121 (1979), p.73.

33. Sentencia TC 76/1986, dictada a propósito de la norma aprobada por la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre pensiones de jubilación, viudedad y orfandad en favor del personal que había prestado sus servicios a la Administración Autónoma del País Vasco desde 7 de octubre de 1936 al 6 de enero de 1938.

34. Vid. M.Rodríguez-Piñero, “La dimensión constitucional de las pensiones de seguridad no contributivas”, *Pensiones no contributivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p.164 y ss.

las contingencias son distintas, ello suele deberse, en buena medida, a que afectan a grupos sociales con una problemática especial³⁵. El hecho de que mediante la asistencia social se prevean prestaciones no existentes en el sistema de seguridad social significa, a la postre, que su objetivo no es otro que la protección de personas excluidas de la seguridad social, o de las que, por una u otra razón, no pueden acceder a las prestaciones normales de ésta. De ahí que la asistencia social vaya dirigida habitualmente a «grupos de población» que por diversas circunstancias –su edad, su origen, sus deficiencias desde el punto de vista profesional o laboral, sus dificultades de inserción social, etc.– no están comprendidos aún, o no lo están a plenos efectos, en el sistema de Seguridad Social (emigrantes, inmigrantes, refugiados, minusválidos, enfermos crónicos, etc.)³⁶.

En cualquier caso, nada impide que la asistencia social actúe como vía complementaria a la seguridad social, siempre que no se desvirtúe ni una ni otra, que no se conduzca a confusión en las correspondientes situaciones y contingencias, y que no se sobrepasen las correspondientes reglas de incompatibilidad o concurrencia de prestaciones. Por decirlo más claramente: no es bueno, ni sería aceptable jurídicamente, contribuir al desdibujamiento de límites entre asistencia social y seguridad social, pues ello, aparte de suscitar los correspondientes problemas de interpretación y aplicación de las normas, inevitablemente repercute en la fijación de los criterios de reparto de competencias consagrados en los arts.148 y 149 CE, al desdibujarse su respectivo campo de actuación³⁷. En términos constitucionales, asistencia social y seguridad social son realidades distintas, tal vez porque la CE ha dado por sentado que tras la cobertura ofrecida desde el sistema de seguridad social puede y suele quedar –sería impensable otra cosa– un margen más o menos amplio de desprotección, que correspondería a la asistencia social³⁸.

Partiendo, seguramente, de ese presupuesto, el art.148.1.20 CE permite a las Comunidades Autónomas actuar en ese otro lado de la frontera. Sin embargo, tal

35. Vid. C. Estévez González, *Las rentas mínimas autonómicas. Estudio de la normativa reguladora*, CES, 1998, p. 115 ss.

36. Un ejemplo de ello puede comprobarse, por ejemplo, en el RD 728/1993, de 14 de mayo (modificado por RD 667/1999, de 23 de abril), sobre pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles.

37. Vid. B. Gonzalo González, “Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas”, *Foro de Seguridad Social*, n°1 (2000), p.18 ss.

38. Vid. M. Rodríguez-Piñero, “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, *Revista de Seguridad Social*, n°34 (1987), p.64.

precepto –como muchos otros de ese mismo apartado– no atribuye directamente competencias, sino que simplemente enuncia una materia en la que pueden intervenir las CC.AA. Eso significa, como es natural, que las competencias autonómicas en materia de asistencia social serán las que se asuman efectivamente a través de los Estatutos de Autonomía y, en su caso, mediante las normas de transferencia o traspaso. Por otra parte, el art.148.1.20 CE permite que la asunción de competencias sea total (tanto regulación como ejecución) o parcial (acción administrativa). Habrá que estar, de nuevo, a los Estatutos de Autonomía, y a las normas de transferencia, para determinar cuáles son las competencias que corresponden efectivamente a cada Comunidad Autónoma en este terreno.

En términos generales, los Estatutos han seguido tres modelos para asumir competencias a partir del enunciado del art.148 CE: a) competencias exclusivas, que implican que la Comunidad Autónoma asume la potestad normativa y la ejecución de los servicios; b) competencias de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la legislación básica estatal, que implican la potestad de las Comunidades Autónomas de administrar y, en su caso, de dictar reglamentos internos de organización de servicios, con el añadido, en algunos casos, de competencias ejecutivas; c) competencias de ejecución dentro de los reglamentos generales que dicte el Estado, que implican la competencia de la Comunidad Autónoma de administrar y, en su caso, de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes³⁹. No obstante, a la hora de la verdad la asistencia social –siempre que sea externa al sistema de Seguridad Social, por supuesto⁴⁰– ha sido acogida por las Comunidades Autónomas prácticamente como competencia exclusiva: en unos casos porque los Estatutos de Autonomía la han asumido en bloque⁴¹ y en otros como consecuencia de posteriores traspasos de competencias.

Caso paradigmático de asistencia social, muy extendido en los últimos años, es el de las llamadas “rentas mínimas de inserción” –también conocidas como “salario social”–, puestas en marcha, con el impulso de la Comunidad Europea, por buen número de Comunidades Autónomas y por otras Administraciones

39. Vid. J.A.Alonso de Antonio, “Artículo 149.1.1º, 4º, 5º., 7º. 10º., a 32º, 2 y 3. Sistema de distribución de competencias”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. O.Alzaga), Tomo IX, Edersa, 1996, p. 293.

40. Vid. sentencia TC 146/1986.

41. Vid. EA de Aragón, Asturias, Islas Baleares, Cantabria, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Castilla-León, Navarra, País Vasco, La Rioja y Valencia.

públicas⁴². Es cierto que buena parte de la doctrina ha apostado por su integración en el sistema de seguridad social, para así revestirlas de mayores garantías⁴³. Pero, desde una u otra perspectiva, es opinión compartida –y avalada por la jurisprudencia constitucional– que tales rentas no constituyen seguridad social, sino acción asistencial. Está muy generalizada la idea, dicho de otra forma, de que el establecimiento de “los llamados subsidios de inserción o salarios sociales” por parte de las Comunidades Autónomas no plantea problema alguno desde la perspectiva constitucional”, ya que “encajan perfectamente en la filosofía del art.148.1.20 CE”⁴⁴.

La asunción de competencias en materia de asistencia social por parte de las Comunidades Autónomas no impide, por otra parte, que el Estado mantenga algunas funciones en este terreno. Puede seguir ejerciendo, concretamente, tareas de asistencia social para situaciones de necesidad que desborden los límites de los correspondientes territorios autonómicos y alcancen dimensión general, o para las que afecten a la población española incurso en movimientos migratorios. Tales casos propician, como es obvio, una intervención general y global, propia sobre todo del Estado⁴⁵. El TC ha entendido, en efecto, que la acción asistencial podría ser asumida por el Estado cuando persiga fines o intereses comunes, y podría canalizarse directamente o mediante la concesión de ayudas a entidades dedicadas a labores de asistencia social⁴⁶. La acción estatal también podría ampa-

42. Vid. C. Estévez González, *Las Rentas Mínimas Autonómicas. Estudio de las normativas reguladoras y análisis jurídico de las prestaciones*, CES, 1998, y E. Rojo Torrecilla, “Protección social y rentas mínimas de inserción”, AA.VV., *Seguridad social y protección social: temas de actualidad* (Coord.de J.López), Marcial Pons, 1996, pp.106 ss.

43. Lo cual encierra, desde el punto de vista de la distribución constitucional de competencias, una dificultad inesperada, pues su adscripción al art.149.1.17 CE suscita evidentes dificultades para su configuración e implantación por parte de las Comunidades Autónomas. Este posible obstáculo se ha tratado de salvar dando a las rentas mínimas de inserción el carácter de legislación “no básica”, aunque, a decir verdad, habría que distinguir entre la norma (básica o de desarrollo) y el contenido de la misma (prestación básica o prestación asistencial, por ejemplo). Vid., aparte de otros trabajos ya citados, J. López López, “El art. 149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las Comunidades Autónomas en materia de renta mínima”, *REDT*, núm.48 (1991); R. Esteban Legarreta, “Comentario a algunos aspectos conflictivos de las rentas de inserción mínima”, AA.VV., *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, cit., pp.139 ss., y J. A. Maldonado Molina, “La descentralización territorial y las pensiones no contributivas”, *Actualidad Laboral*, núm.28 (1999), marg.130.

44. Vid. R. Escudero Rodríguez, “Una norma de envergadura: la Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social”, *RL*, núm.4 (1991), p.56.

45. Vid.L.Hurtado González, “Asistencia social y seguridad social: sus fronteras actuales”, *Actualidad Laboral*, núm.25 (1993), marg.471.

46. La cuestión se planteó a propósito de unas medidas adoptadas por la Dirección General de

rarse, en último término, en el art.149.1.CE, que atribuye competencias exclusivas al Estado en la regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. No podrá utilizarse, en cualquier caso, para dejar sin contenido las correspondientes competencias autonómicas⁴⁷.

Materia muy próxima a la asistencia social es la relativa a «servicios sociales», de la que no habla, sin embargo, el art.148 CE. No hay dificultad, sin embargo, en asimilarla a la asistencia social, al menos a estos efectos, puesto que si fueron incluidos tradicionalmente en el sistema de seguridad social no fue tanto, seguramente, por su naturaleza (que es más bien asistencial) cuanto por la carencia de otras instituciones más apropiadas para su puesta en marcha⁴⁸. De ahí que algunos Estatutos hagan referencia a ellos conjuntamente con la asistencia social, para asumir las correspondientes transferencias⁴⁹. En cualquier caso, esta competencia exclusiva respecto de servicios sociales sólo podrá afectar a los servicios sociales externos al sistema de seguridad social, puesto que respecto de los que aún se integran en ella las Comunidades Autónomas tan sólo podrán asumir la gestión, en tanto que la determinación de las prestaciones, los requisitos de acceso y la financiación han de ajustarse, en tal hipótesis, a las reglas generales del art.149.1.17 CE⁵⁰. Ya se ha llevado a cabo, como es sabido, el traspaso de muchas de las funciones y servicios anteriormente encomendados al INSER-SO (hoy IMSERSO).

3. La distribución de competencias en materia de sanidad e higiene.

El art.148.1 CE –en su núm.21– también permite a las CC.AA. asumir competencias en materia de sanidad e higiene. Son, en principio, competencias

Acción Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por las que se concedían dotaciones económicas para la financiación de programas de acción social, lo que a juicio del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia suponía una vulneración de las competencias autonómicas en materia de asistencia social. Impugnada la medida mediante conflicto positivo de competencias, el TC entendió que la sola decisión de contribuir a la financiación no autoriza al Estado para invadir competencias ajenas, aunque al mismo tiempo dijo que en una materia tan compleja como la acción y protección social, las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión ni de otros entes públicos, ni de entidades privadas (TC 146/1986).

47. Vid. F. Castillo Blanco, “Art. 148.-Competencias de las Comunidades Autónomas”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. O. Alzaga), Tomo XI, Edersa, 1996, p.187.

48. Vid. B.Alonso García, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, cit., p.120 ss.

49. Tal es el caso de los EA de Canarias, EA de Castilla -León y EA de La Rioja.

50. Así lo aclaran los EE.AA de Andalucía, Aragón, Cantabria, Canarias, Islas Baleares, Castilla-León, Extremadura, Madrid, Murcia, La Rioja. Vid. J. A. Maldonado Molina, “La descentralización territorial y las pensiones no contributivas”, *Actualidad Laboral*, núm.28 (1999), marg. 528.

exclusivas, pero no debe olvidarse que el art.149.1.16 CE atribuye al Estado, en todo caso, competencias en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, así como en materia de legislación sobre los medicamentos o productos farmacéuticos. El art.148.1.21 CE se refiere, pues, a lo que podría calificarse como «sanidad interior», y siempre dentro de ese otro marco general.

En este terreno, la mayoría de los Estatutos de Autonomía se han reservado competencias sólo en lo que se refiere al desarrollo normativo «en el marco de la legislación básica del Estado, y en los términos que la misma establezca», así como en materia de coordinación hospitalaria⁵¹. También pueden asumir las Comunidades Autónomas, y han asumido en muchos casos, competencias de gestión de la asistencia sanitaria⁵², así como la acción protectora sanitaria prestada en régimen de asistencia social pública⁵³. Algunas Comunidades asumen formalmente competencias exclusivas en materia sanitaria, según sus Estatutos⁵⁴, aunque esas formulaciones generales habrán de interpretarse también a la luz de aquellos preceptos constitucionales. La «higiene», materia próxima a la sanidad, también aparece, en fin, en buena parte de las Comunidades Autónomas, como competencia exclusiva⁵⁵, aunque en algún caso se limita al desarrollo normativo de la legislación básica estatal⁵⁶.

En general, así pues, a partir del título competencial del art.148.1.21 CE los diferentes Estatutos de Autonomía han ido incluyendo, como hemos visto, competencias sobre diversas materias: sanidad interior, higiene, coordinación hospitalaria, organización y administración de los servicios sanitarios, etc.⁵⁷. Con todo, estas competencias deben ponerse en relación con las competencias estatales recogidas en el art.149.1.16 CE, que, como también sabemos, atribuye al Estado competencias exclusivas en materia de coordinación general de la sanidad; lo cual significa que el Estado puede fijar medios e instrumentos que hagan

51. Vid. EA Asturias, EA Cantabria, EA Canarias, EA Castilla-León, EA Extremadura, EA Madrid, EA Galicia, EA Murcia, EA Navarra, EA La Rioja.

52. Vid. EE.AA. de Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Canarias, Islas Baleares, Castilla-León, Extremadura, Madrid, Murcia, La Rioja.

53. Sobre esta última cuestión, E.Borrajo Dacruz, “Comunidades Autónomas y Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, núms.12-13 (1982), p.195.

54. Vid. EA Aragón, EA Andalucía, EA Islas Baleares.

55. Vid. EE.AA Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Cataluña, P.Vasco, Valencia.

56. Vid. EE.AA Canarias, Madrid, Murcia y La Rioja.

57. Vid. F. Castillo Blanco, “Art. 148.- Competencias de las Comunidades Autónomas”, cit., p.188.

posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice un tratamiento global y mínimamente uniforme del sistema⁵⁸.

Es de competencia estatal exclusiva, por otra parte, la regulación de los productos farmacéuticos (art.149.1.16 CE). Se trata de una competencia plena referida por tanto a la potestad de legislar y de reglamentar sobre la materia⁵⁹. A partir de este esquema, la mayor parte de las Comunidades Autónomas ha asumido funciones ejecutivas en relación con la legislación general que dicte el Estado sobre productos farmacéuticos⁶⁰, además de competencias de desarrollo legislativo de la ordenación farmacéutica⁶¹. Solo en algún caso los Estatutos atribuyen competencias exclusivas en lo que se refiere a ordenación farmacéutica⁶², si bien dentro de los límites del art.149.1.16 CE.

Aún conviene hacer dos consideraciones adicionales dentro de este apartado. La primera, para poner de relieve que las competencias en materia sanitaria no pueden dejar de examinarse, al menos parcialmente, desde la perspectiva del art.149.1.17 CE, no ya porque se trate del título nuclear y básico en materia de protección social, sino, más bien, porque la asistencia sanitaria sigue siendo en buena medida una prestación de seguridad social (art.38.1.a) de LGSS), y sigue estando regulada aún, en una parte importante, por la normativa de seguridad social (LGSS-1974)⁶³. A la postre, el acceso a la asistencia sanitaria sigue teniendo lugar, en muchos casos, a través de la previa inserción en el sistema de seguridad social. No es posible, pues, trazar una perfecta línea de frontera entre uno y otro campo de la protección social⁶⁴.

La segunda para advertir que la “higiene” tiene hoy en día unas connotaciones particulares, más alejadas desde luego de lo que habitualmente se entiende

58. Sentencia TC 32/1983, de 28 de abril.

59. Vid. E. Borrajo Dacruz, “Comunidades Autónomas y Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, núms.12-13 (1982), p.195.

60. Vid. EE.AA Aragón, Asturias, Islas Baleares, Cantabria, Murcia.

61. Vid. EE.AA Asturias, Islas Baleares, Cantabria, Extremadura, Madrid.

62. Vid. EEAA Aragón, País Vasco y Valencia.

63. Vid. M. Alonso Olea, *Las prestaciones del sistema nacional de salud*, Civitas, 1999, p.160.

64. Vid. M.Alonso Olea, “El sistema normativo del Estado y las Comunidades Autónomas”, *RPS*, núm.121 (1979), p.74, y L. E. de la Villa Gil y A.Desdentado Bonete, “Delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autonomas en la Constitución de 1978”, cit. p.433.

como protección social. Aunque pueda hablarse de “higiene” de la población, en términos de salud o prevención de enfermedades, no cabe duda de que la higiene se encuentra conectada, ante todo, al ordenamiento de la seguridad y salud en el trabajo (como, por lo demás, puso de relieve la LGSS-1974, y aún pone de relieve la Ley General de Sanidad de 1986). Por consiguiente, la distribución de competencias en ese terreno debe abordarse también desde otros títulos competenciales, como el de “legislación laboral” o, en su caso, el de “bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos” (según da a entender, de manera clara, la disposición adicional tercera de la actual Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de 1995).

4. Competencias en materia de previsión social complementaria.

Según el art.41 CE, la protección básica proporcionada por el sistema de seguridad social puede ser completada con una “asistencia y prestaciones complementarias”, que, como dice ese mismo precepto, “serán libres”. Esta última precisión parece dar a entender que se trata de una franja de protección de carácter no sólo voluntario, sino también privado, pues no otro parece que pueda ser el sentido del carácter libre al que tan clara y rotundamente se alude en ese precepto. No quiere decir ello, desde luego, que se excluya de manera absoluta la intervención pública en este terreno, que también podría poner en marcha mecanismos de ese tipo⁶⁵; pero tal vez su principal papel sea el de encauzamiento o, en su caso, fomento de la iniciativa privada⁶⁶.

Son varios, como es sabido, los cauces posibles de la previsión social voluntaria. Alguno de ellos conecta de manera muy clara y explícita con el sistema de seguridad social, como ocurre con las “mejoras voluntarias”, previstas y reguladas por la propia normativa de seguridad social (arts.191 a 194 LGSS)⁶⁷. Pero la mejora, hoy en día, no se limita a un mero acuerdo privado amparado en esas normas, sino que suele instrumentarse a través de alguno de los medios típicos de previsión privada, especialmente a partir de la obligación legal de “externalización” de prestaciones. Esos mecanismos son, básicamente, los planes y fondos

65. Vid. M. Rodríguez-Piñero y S. González Ortega, “La configuración constitucional de la seguridad social como condicionante necesario de su reforma”, cit., pp. 284 ss. Un balance de opiniones en M. Pérez Pérez, “La reforma de la seguridad social complementaria”, *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, cit., p.321 ss.

66. Vid. M. Alonso Olea, “El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas”, *RPS*, núm.121 (1979), p.73 ss.

67. Sobre su naturaleza y configuración jurídica, A.Martín Valverde, *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Sevilla (Instituto García Oviedo), 1970, p.14.

de pensiones, las mutualidades de previsión social y los seguros privados, que por supuesto también pueden utilizarse fuera del ámbito tradicional o habitual de aquellas mejoras (esto es, fuera de los ámbitos empresariales).

Estos instrumentos de previsión social complementaria descansan plenamente en la autonomía de la voluntad y quedan claramente fuera de la noción de Seguridad Social⁶⁸. Por ello, la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. en este terreno no puede abordarse desde los títulos anteriores, sino desde aquellos otros que aborden la actividad empresarial o mercantil de carácter asegurador: el art.149.1.6 CE, que atribuye al Estado competencias exclusivas sobre legislación mercantil, y el art.149.1.11 CE, que realiza una atribución similar en relación con el «sistema monetario» y las «bases de ordenación de crédito, banca y seguros». De estos preceptos se deduce, así pues, que corresponde al Estado el establecimiento de las bases de la «ordenación administrativa» –la intervención pública, en definitiva– del sector de seguros, sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas (TC 330/1994 y 206/1997).

Este reparto de competencias afecta de manera directa a la previsión social organizada a través de planes y fondos de pensiones o de contratos de seguro, por tratarse claramente de una actividad mercantil. Alguna matización requieren, no obstante, las mutualidades de previsión social –las no integradas en la Seguridad Social, como es natural–, no sólo por su configuración interna y su naturaleza jurídica, sino también porque han constituido un terreno muy propicio para volcar la acción de fomento de las Comunidades Autónomas. De ahí que buena parte de los Estatutos de Autonomía hayan atribuido competencias a las Comunidades sobre esta materia, que se hayan realizado los correspondientes trasposos de funciones y servicios anteriormente desempeñados por el Estado⁶⁹, y que se hayan aprobado leyes específicas en muchas Comunidades⁷⁰.

68. Vid. Sentencia TC 206/1997, de 27 de noviembre, según la cual no puede extenderse el concepto de Seguridad Social a instituciones protectoras cuyo origen y cuya acción tutelar descansan en la autonomía de la voluntad.

69. Por ejemplo, ha habido trasposo de funciones y servicios del Estado en materia de Mutualidades de previsión social no integradas en la Seguridad Social a Galicia (RD 1642/1996, de 5 de julio), a La Rioja (RD 1690/1994, de 22 de julio), a Castilla y León (RD 1682/1994, de 22 de julio), Navarra (RD 1886/1986, de 22 de agosto), a Canarias (RD 2418/1983, de 28 de julio), o Andalucía (RD 2417/1983 de 28 de julio de 1983).

70. Por ejemplo, la Ley 9/2000, de 30 de junio, de Mutualidades de Previsión Social, de la Comunidad Autónoma de Madrid, dictada con base en el art.26 de su Estatuto de Autonomía (LO 3/83, de 25 de febrero), según redacción dada a dicho precepto por la LO 5/98, de 7 de julio.

Las Comunidades Autónomas han asumido, pues, amplias competencias respecto de las Mutualidades de previsión –no integradas en la Seguridad Social, conviene reiterar– cuyo domicilio, ámbito de operaciones y localización de los riesgos, se limite a su territorio. Tales competencias le permiten dictar normas para su regulación y ejercer las típicas facultades administrativas de autorización, revocación y registro (incluida la autorización de fusiones, escisiones y transformaciones), así como las funciones de vigilancia, inspección y control de su funcionamiento y la facultad de acordar, cuando proceda, la disolución de la mutualidad⁷¹.

No hay en la CE título específico de reparto de competencias en materia de mutualidades de previsión social, pero es claro que sobre ellas se proyecta también la competencia que detenta el Estado en materia de seguros, puesto que esas entidades desempeñan, al fin y al cabo, una labor aseguradora, y no hay exclusión alguna de esa regla general en función de la clase o naturaleza de la entidad aseguradora⁷². Esas normas básicas estatales, por su parte, deberán respetar las peculiaridades de las mutualidades de previsión social y por ello no podrán afectar a las competencias exclusivas que algunas Comunidades Autónomas han asumido en lo relativo a régimen jurídico estructural y funcional de dichas entidades (TC 86/1989, de 11 de mayo)⁷³.

71. Vid. por ejemplo, el RD 1278/1994, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Región de Murcia en esta materia, o el RD 386/1995, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

72. De hecho, la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguro privado, aplica a las mutualidades de previsión social el régimen de las entidades aseguradoras: precisa su objeto social, regula las peculiaridades de su régimen jurídico, y fija en sus artículos 68 y 69 y en la disposición final primera la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

73. La doctrina de esta sentencia se reitera en la 36/1992, de 23 de marzo, y en la STC 237/92, de 15 de diciembre, en la que se discutía si eran lícitas las limitaciones que con carácter permanente contenía la disposición adicional cuadragésimo octava de la Ley de Presupuestos 46/1985, donde se prohibía financiar con fondos públicos a las entidades o sistemas de previsión social distintos o complementarios de la seguridad social obligatoria que constituyan o puedan constituir las diferentes Administraciones, entidades o empresas públicas. Según el TC, la naturaleza de sus prestaciones –complementarias o sustitutorias de las retribuciones de los trabajadores– refleja no sólo su vinculación a la política de personal, sino su eventual y casi segura incidencia en el aumento del gasto público. Por ello, la interdicción de subvencionar a estas entidades con cargo a los presupuestos generales de las Comunidades Autónomas responde a la finalidad legítima de limitar los gastos de personal; pese a la autonomía económica que preside la organización territorial del Estado, que implica la plena disponibilidad de los ingresos “sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión” (para poder ejercer las competencias propias y, en especial, las que se configuran exclusivas), no hay libertad absoluta para establecer el plan de ingresos y gastos (TC 63/1986, 201/1988 y 96/1990).

En definitiva, la competencia exclusiva sobre mutualismo que asumen algunas Comunidades Autónomas no puede ser interpretada de forma literal. Han de tenerse en cuenta, por el contrario, los límites a la competencia que resultan del marco competencial estatal *ex* art.149.1.11 CE, para la ordenación del seguro. Con base en este precepto, el Estado podrá aprobar bases para la ordenación de la actividad aseguradora de las mutualidades de previsión social; si bien, estas normas básicas habrán de abstenerse en lo relativo a la organización o estructura de las mismas y, en general, en todo aquello que pertenezca a las competencias exclusivas autonómicas⁷⁴. En esa labor de ordenación de las bases de la actividad aseguradora puede colaborar desde luego el reglamento estatal, completando la regulación de la ley (TC 86/1989 y 220/1992).

5. Títulos residuales o complementarios.

Las previsiones expresas de la CE no son capaces de abordar, como era de prever, todos y cada uno de los terrenos en que se desenvuelve la realidad social. Por ello, y al margen de lo que resulte de la interpretación sistemática y del recurso a la analogía, son de especial interés los títulos “residuales”, que permiten completar aquel esquema general. Dentro de ese capítulo debe citarse, naturalmente, el art.149.3 CE, según el cual las materias que no estén expresamente atribuidas al Estado pueden corresponder a las Comunidades Autónomas, siempre que sus Estatutos de Autonomía las asuman. Por su parte, y según ese mismo precepto, las competencias que no hayan sido asumidas por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán sobre las de las Comunidades Autónomas en caso de conflicto en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.

Así pues, por mandato del art.149.3 CE los Estatutos de Autonomía se convierten en una guía imprescindible para clarificar las materias que, sin mención expresa en la CE, puedan pertenecer a las Comunidades Autónomas⁷⁵. Estas reglas adicionales no parece que tengan mucha trascendencia para la Seguridad Social pública —o Seguridad Social en sentido estricto—, pero sí podrían tenerla con vistas a la organización, impulso o favorecimiento de instituciones o fór-

74. Esta es, por ejemplo, la tónica de la Ley de Cataluña de 13 de diciembre de 1991, sobre mutualidades de previsión voluntaria, cuya exposición de motivos ponía de manifiesto que su marco jurídico venía definido por una serie de disposiciones estatales de carácter básico en la materia, cuyo contenido había de ser respetado.

75. Vid. E. Borrajo Dacruz, “Comunidades Autónomas y Seguridad Social”, cit., p.189.

mulas de previsión voluntaria, como, por lo demás, la experiencia ha venido demostrando⁷⁶.

Cabría plantearse, por otra parte, si en materia de protección social podrían utilizarse otros cauces constitucionales para atribuir competencias a las Comunidades Autónomas. Cabe preguntarse, en concreto, si son aptas a tales efectos las vías de delegación legislativa y de transferencia de competencias estatales previstas en el art.150 CE. En principio, y en términos generales, no se advierten obstáculos insalvables para ello; de hecho, esa técnica ya se utilizó en algún caso para transferir ciertas competencias en materia de gestión de prestaciones y servicios sociales del sistema⁷⁷. Pero referida a la Seguridad Social en sentido estricto –al sistema de seguridad social, para ser más exactos– probablemente no sea una vía adecuada, dado que el principio de solidaridad y caja única exigen un trato uniforme en todo el territorio nacional⁷⁸; esa es la razón, a fin de cuentas, de que exista un título específico a esos efectos (el art.149.1.17 CE), en el que se reserva al Estado la legislación básica y el régimen económico de la seguridad social⁷⁹.

Una última regla de carácter general que, por supuesto, puede tener relevancia a estos efectos es la que se desprende del art.149.1.1 CE, según el cual es competencia exclusiva del 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”. Significa este precepto, en primer término, que es competencia del Estado, y no de las CC.AA., aprobar las normas que tengan por objeto específico garantizar la igualdad de todos los ciudadanos, como no podía ser de otra manera. Pero también significa que el Estado debe cuidar de que no se produzcan desigualdades injustificadas o discriminato-

76. Una curiosa vía de “previsión” es la contemplada y regulada por la Ley de Cataluña 6/2000, de 19 de junio, que se ocupa de dos instituciones tradicionales del Derecho civil catalán: el régimen censal y el violario. La citada Ley regula, en concreto, el derecho de crédito, de duración indefinida, a percibir una pensión periódica (censal) y el derecho a la percepción de una pensión periódica durante la vida de una o más personas (violario o pensión vitalicia). Su utilidad como mecanismos de previsión voluntaria dependerá, como es obvio, de su vinculación con las contingencias típicas de la protección social; así, la pensión vitalicia puede constituirse, a partir de un capital, sobre la vida del deudor, del acreedor o de un tercero.

77. Vid. M. C. Palomeque López, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de seguridad social”, *Relaciones Laborales*, núm.5 (1996), p.18 ss.

78. Vid. CES, *Unidad de mercado y cohesión social*, Madrid, 2000, p.91.

79. Vid. M. C Palomeque López, “El principio constitucional de ¿unidad del orden económico? y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm.47 (1999), marg.909.

rias –esto es, distintas de las que por naturaleza puede generar o genera el Estado de las autonomías– entre los españoles.

III. La valoración constitucional de la intervención autonómica en materia de pensiones, contributivas y no contributivas

Los preceptos constitucionales reseñados en el capítulo anterior conforman, como es natural, el marco normativo desde el que deben valorarse las medidas autonómicas a las que en la introducción hicimos referencia. Pese a su variedad formal y de contenido, es claro que todas esas intervenciones de las Comunidades Autónomas presentan rasgos comunes: todas ellas vienen a incidir en el terreno de la protección social pública, y todas ellas prevén ayudas o prestaciones de tipo económico. No se trata, es claro, de prestaciones en especie (como las sanitarias), ni de medidas de fomento de la previsión voluntaria, ni de actuaciones de configuración o de apoyo a instituciones de carácter privado, como las mutualidades o los planes de pensiones. Estamos, no hay duda de ello, ante prestaciones de contenido económico, prestaciones que tienen naturaleza pública, y prestaciones que se otorgan directamente al beneficiario por parte de la Administración correspondiente.

Así las cosas, si tales prestaciones son legítimas o no –siempre, claro está, desde el punto de vista del reparto constitucional de competencias– depende muy directamente de su adscripción a uno u otro de los dos grandes componentes de las prestaciones sociales públicas (seguridad social o asistencia social), pues ello es lo que condiciona, a la postre, la aplicación de uno u otro título competencial: ¿son medidas de seguridad social o son, por el contrario, medidas de asistencia social?; en consecuencia, ¿se han de regir por el art.149.1.17 CE, o por el art.148.1.20 CE?. Aunque buena parte de las argumentaciones utilizadas para fundar la legitimidad de esas prestaciones tratan de resaltar su carácter coyuntural y complementario, dando a entender que esto, y no aquello, es lo esencial a esos efectos, no parece que tales notas puedan ni deban ser determinantes; se trata, como es fácil de comprender, de datos secundarios o colaterales, que no entroncan exactamente con la naturaleza de las medidas y que remiten a la presentación formal de las mismas más que a la sustancia del asunto. A ellos nos referiremos, no obstante, en la parte final de nuestras consideraciones.

1. El punto de partida: la inevitable incidencia en el sistema de seguridad social

En términos generales, las medidas autonómicas a las que nos estamos refi-

riendo suponen una mejora o ayuda complementaria para los perceptores de pensiones de Seguridad Social; casi todas ellas toman como punto de referencia a los beneficiarios de pensiones no contributivas, aunque en algún caso parecen extenderse también a las pensiones contributivas. Globalmente, pues, su destino o “campo de aterrizaje” no es otro que la población previamente incardinada en el sistema de seguridad social; basta una mera consulta a las normas autonómicas cuestionadas para hacerse cargo de ello, pese a la carga retórica de las mismas. Por otra parte, es suficientemente ilustrativa la alusión al término “pensionistas”, que remite, salvo que se especifique otra cosa, a una figura muy típica del sistema de seguridad social, diferenciable –tanto en el lenguaje coloquial como en su configuración legal– de los beneficiarios de otras prestaciones o ayudas externas, a las que se suele hacer referencia mediante otras expresiones más retóricas o indirectas (“rentas mínimas de inserción”, “salario social”, “subsidios”, etc.), aunque también sea cierto que en ocasiones se utilice aquella misma terminología.

En cualquier caso, son de seguridad social, sin duda alguna, las pensiones que actúan como punto de referencia en aquellas normas autonómicas. A ese sistema pertenecen, en efecto, tanto las pensiones contributivas (que se devengan tras un periodo previo de cotización, y en función de dicha cotización), como las pensiones “no contributivas” de jubilación o incapacidad permanente (que pueden percibirse mediante la simple demostración de una situación de necesidad, aun sin realizar o acreditar aquel requisito previo de cotización). Ciertamente, estas otras pensiones –creadas por Ley 26/1990, de 20 de diciembre, y luego trasvasadas al Texto básico de la Seguridad Social– se parecen mucho, es obvio decirlo, a la asistencia social, precisamente porque ni su concesión ni su cuantía se condiciona a un proceso previo de cotización por parte del beneficiario. Por su morfología, así pues, presentan cierta peculiaridad⁸⁰, pero no es discutible, en los momentos actuales, que formen parte de nuestro sistema de seguridad social. Así se desprende, con carácter general, del art.38 LGSS (acción protectora del sistema) y del art.7.3 LGSS (campo de aplicación), y con carácter más específico, de los arts.144 y sig. y 167 y sig. LGSS⁸¹.

La definitiva adscripción de estas pensiones no contributivas al sistema de seguridad social viene respaldada, además, por algunos otros argumentos adi-

80. Por estar “al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”, según la noción de asistencia dada por la sentencia TC 76/1986.

81. Vid. B. Alonso García, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, cit., p.118.

cionales. Es interesante tener en cuenta, por ejemplo, que la Ley 26/1990 eludió deliberadamente la denominación de pensiones «asistenciales» para referirse a ellas (optando en cambio por la de «prestaciones no contributivas»), mostrando así un innegable ánimo de separación respecto de la asistencia social. Por si quedaba alguna duda, la exposición de motivos de esa misma Ley insistió en que era propósito del legislador implantar unas prestaciones que no sólo dieran remedio a las deficiencias del sistema de seguridad social, sino que, además, lo hicieran con las garantías y la seguridad propias de las prestaciones de seguridad social, esto es, como derechos subjetivos perfectos en favor de los beneficiarios⁸². Con todo ello, la Ley 26/1990 pretendía distanciarse netamente del ámbito asistencial, para incardinarse en el sendero propio de la seguridad social; su objetivo no era otro que ampliar las garantías propias de la seguridad social a un terreno que tradicionalmente tan sólo había sido ocupado por la asistencia social.

Por otra parte, la configuración legal de las prestaciones no contributivas también puso de relieve sus diferencias con las prestaciones asistenciales. Mientras que éstas, como dijimos, suelen dar cobertura a situaciones de necesidad no predeterminadas, o a situaciones de carácter excepcional o coyuntural, las prestaciones no contributivas se dirigen a la protección permanente y estable de contingencias previamente marcadas por la ley (jubilación, incapacidad, hijos a cargo), de las que deriva el correspondiente derecho⁸³. En este punto, pues, se ajustan perfectamente a los criterios de organización del sistema de seguridad social, que se caracteriza por actuar de una forma planificada y continuada en el tiempo, para la protección estable de las contingencias preestablecidas y definidas por la ley⁸⁴.

Como es natural, la acogida en su seno de pensiones no contributivas iba a suponer una reorientación importante del sistema de seguridad social. Con ellas, nuestro sistema dejaría de ser un modelo contributivo puro, para convertirse en un sistema mixto en el que se combinan prestaciones contributivas con presta-

82. En el esquema tradicional, las prestaciones asistenciales dependían, tras la correspondiente solicitud, de una valoración de la Entidad Gestora acerca tanto de la oportunidad de asignarla como de su cuantía. Vid. J. Vida Soria, "Asistencia Social en el ordenamiento de la seguridad social española", *RT*, núm.21 (1968), p.60, y L.González Hurtado, "Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales", *Actualidad Laboral*, núm.25 (1993), marg. 461 y ss.

83. Vid. L.Hurtado González, "Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales", cit., margs. 470 y ss.

84. Vid. M.Rodríguez-Piñero, "La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas", cit., p.67.

ciones que no exigen cotización previa⁸⁵. Pero esa transformación no puede afectar a la naturaleza del sistema, ni supone, evidentemente, la aparición de un sistema distinto o paralelo. Aunque la seguridad social –al menos en nuestro país– se haya asentado tradicionalmente en principios contributivos, nada impide desde luego que acoja también principios otrora típicos de la labor asistencial, como de hecho ha ocurrido y ocurre en otros muchos países. Es más: con esos nuevos criterios de actuación seguramente se ajusta mejor el sistema a los fines de universalidad que le son inherentes, y, en particular, a los objetivos que preconiza el art.41 CE⁸⁶.

Tampoco puede decirse que la inserción de prestaciones no contributivas en la legislación de seguridad social dé lugar a dos sistemas distintos dentro del que existía con anterioridad, ni a dos compartimentos estancos. Conlleva, si se quiere, la aparición de dos ramas o bloques dentro de la acción protectora, cada uno con sus características, pero ambos, indudablemente, dentro de un único sistema y conectados entre sí. La Ley 26/1990 procedió a la ampliación del acervo de prestaciones, y significó también la incorporación de nuevos fundamentos; pero de ninguna manera supuso el troceamiento o la descomposición del sistema de seguridad social, que sigue siendo uno y unitario. De esa forma, la proyección de una medida sobre las prestaciones no contributivas (también, por supuesto, sobre las prestaciones contributivas) supone su automática proyección sobre el sistema de seguridad social, y, visto desde el punto de vista normativo, su automática inserción en el contexto legal correspondiente.

Siendo así, la valoración constitucional de esas medidas ha de hacerse siempre desde el art.149.1.17 CE. Es claro que cuando este precepto se refiere a la legislación básica y régimen económico de “seguridad social” se está refiriendo, obviamente, al sistema que en cada momento exista, con independencia de los rasgos concretos que presente en cada periodo histórico, siempre que sea reconocible como sistema de seguridad social; los criterios de reparto de competencias, dicho de otro modo, seguirán siendo de aplicación al sistema que resulte de esos cambios, al margen de los mismos, siempre que estemos hablando del sistema de seguridad social. Tales criterios tendrán que ser aplicados, además, al sistema en su conjunto, pues no es aceptable, desde luego, efectuar cortes o dis-

85. Vid. L. Hurtado González, “Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales”, cit., marg. 462.

86. Vid. J. J. Fernández Domínguez, “La necesaria reforma estructural del sistema de seguridad social”, cit., p.16.

tinciones dentro del mismo para aplicar o dejar de aplicar uno u otro de los preceptos que se ocupan de la distribución de competencias. Lo cual quiere decir, para concretar, que el orden competencial establecido en el art.149.1.17 CE es aplicable a todo el sistema, tanto a las prestaciones contributivas como a las no contributivas. El resultado de dicho orden –para unas y para otras– es el que ya vimos con anterioridad.

2. La consecuencia: la afectación a los pilares básicos del sistema.

Aunque formalmente se presenten como ayudas de carácter complementario y extraordinario, o como una revalorización coyuntural para un determinado ámbito, es innegable que las medidas autonómicas adoptadas afectan a la configuración final de las correspondientes pensiones del sistema de seguridad social. Es verdad que –con la excepción de la citada Ley de Navarra, a la que luego nos referiremos– no suponen la delimitación de una nueva contingencia protegida, como también lo es que no inciden en los requisitos de acceso a la pensión correspondiente, ni a sus condiciones de disfrute, cuestiones de carácter básico que, como no podía ser de otro modo, siguen siendo objeto de regulación dentro de la legislación (estatal) de seguridad social. Pero es evidente, asimismo, que a resultas de esas medidas las pensiones afectadas adquieren una nueva cuantía. Ya sea mediante un complemento, ya sea mediante una revalorización suplementaria, lo cierto es que, a consecuencia de esa intervención, el pensionista cobra una cantidad distinta (mayor, lógicamente) de la que anteriormente percibía, esto es: distinta de la que se había acotado a través de las normas (estatales) del sistema.

Desde ese punto de vista puede decirse que las medidas autonómicas inciden en la legislación básica de seguridad social, dando por sentado, como debe darse, que la fijación de cuantías es parte ineludible del régimen jurídico básico de un sistema de seguridad social. A diferencia de otras posibles materias, en el campo de la seguridad social el objetivo de la legislación básica no puede limitarse a un “mínimo común denominador”, al menos con el alcance que se le suele atribuir, por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, cuando en general se habla de legislación básica. Con ese “mínimo común” difícilmente se podría garantizar, en este terreno, la función esencial del sistema (estatal) de seguridad social, que no es otra que la concesión de prestaciones en condiciones de estricta igualdad a todos los beneficiarios. Siendo así, la legislación básica de seguridad social no puede ceñirse, como es fácil de comprender, a cuestiones de estructura o de orden general; no puede ceñirse, desde el punto de vista de la acción protectora, a fijar el haz de prestaciones y a determinar las condiciones de acceso a las mismas, ni siquiera a fijar cuantías mínimas. Si de verdad quiere conseguir aquel

objetivo básico de igualdad, y contribuir a la pervivencia del sistema, debe hacerse cargo también de la cuantía de las pensiones en todos sus aspectos (cuantía inicial, posibles revalorizaciones, complementos aplicables, límites o topes, etc.).

Estamos ante un tipo de “legislación básica” de la que depende, además, la configuración, el funcionamiento y la viabilidad de todo un sistema de protección. Entra dentro de lo básico, por ello mismo, todo aquello que de una u otra manera pueda repercutir en los cimientos del sistema, y, en especial, todo aquello que pueda afectar al principio de “solidaridad” que se encuentra en su base, que alcanza, como es natural, a todo el ámbito funcional y espacial ocupado por la Seguridad Social, esto es, a todo el territorio nacional. El sistema debe quedar sujeto, en definitiva, a unas mismas reglas, tanto en su financiación como en su acción protectora, y, en general, en todos los aspectos que puedan repercutir en el nivel de prestaciones; el sistema debe ser, dicho en corto, un sistema uniforme. Tal característica, como es fácil de comprender, no es compatible con intervenciones parciales o provenientes de instancias distintas de la que tiene atribuida la dirección del sistema, que no es otra que la Administración del Estado.

Difícilmente puede admitirse, de esa manera, que otros poderes públicos traten de corregir al competente en la materia, o que traten de incidir en su terreno, como ocurre a la postre con aquellas actuaciones autonómicas. No se trata, por otra parte, de una incidencia meramente formal o casual. Aunque así se presente en apariencia, no son en realidad medidas autónomas, externas o distanciadas de la Seguridad Social, sino actos cuyo único objeto es incrementar, tratando de suplir al Estado, la cuantía de las pensiones previamente reconocidas por el sistema. La remisión expresa a los titulares de pensiones –contributivas o no contributivas, según el caso– para fijar el destino de esas medidas es sumamente ilustrativa, tanto de los propósitos de la medida como de su contenido real. En ese contexto, de poco vale decir que la referencia a quienes ya son pensionistas del sistema de seguridad social es tan sólo un método de identificación de posibles necesitados de una ayuda social, para ahorrar costes en la preparación y gestión de la medida⁸⁷; si de identificación se tratara, sería en todo caso una identificación de personas que, pese a percibir una pensión de seguridad social, están «necesitados» a juicio de la Comunidad Autónoma correspondiente, lo cual pre-

87. Vid. B. Gonzalo González, “Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas”, cit., p. 23.

supone, como es fácil de entender, tanto un reproche a los gestores del sistema como un ánimo de intervenir en el mismo por parte del promotor de la medida.

En el fondo se trata de algo más que una mera identificación, sin duda alguna. Dejemos a un lado el juicio que ello pudiera merecer desde el punto de vista de la gestión administrativa, pues tal modo de identificación más parece fruto de una actuación improvisada o repentina que de la planificación que siempre debe presidir la confección de un catálogo de “necesidades” o de “personas necesitadas”. Lo que importa destacar es que, por definición, tal identificación no responde a situaciones de necesidad en sentido estricto, sino a situaciones en las que ya se percibe una asistencia económica que a juicio de la Comunidad Autónoma es insuficiente. El único objetivo de la intervención autonómica es, en verdad, incrementar las prestaciones previamente reconocidas por el sistema de seguridad social, bajo el presupuesto de que la acotación cuantitativa de las mismas es inadecuada o insuficiente, y, por lo tanto, con ánimo de enmendar las decisiones adoptadas en el interior del sistema; no se están identificando, en definitiva, situaciones de necesidad nuevas o anteriormente desconocidas, sino situaciones que a juicio del autor de la medida no están correctamente protegidas.

No se desarrolla, pues, una labor de asistencia social, al menos si se le quiere dar algún sentido a esta expresión, si se considera conveniente distinguirla mínimamente de la seguridad social, y, por supuesto, si se quiere ir al fondo de las cosas. Bien mirado, la virtualidad real de estas medidas no estriba en otra cosa que en corregir o reorientar decisiones básicas del sistema de seguridad social (las que afectan, concretamente, a determinadas prestaciones económicas), para tratar, dentro del correspondiente ámbito territorial, de que las cosas sean distintas de lo que marca la legislación del Estado.

3. La incidencia en el régimen económico del sistema y otras cuestiones financieras.

Dado que incide en la determinación cuantitativa de las pensiones, la intervención de las Comunidades Autónomas que ahora analizamos no deja de afectar, de manera más particular, al régimen económico del sistema de seguridad social. Como ya vimos, lo tocante a dicho régimen está reservado igualmente al Estado, según el art.149.1.17 CE; atribución que está fundada, no hace falta recordarlo, en un principio imprescindible desde el punto de vista financiero para el sostenimiento del sistema de seguridad social: la solidaridad de todos los comprendidos en el mismo, con la consiguiente centralización de todas las operaciones de contenido económico. Tal principio ha sido plasma-

do, de manera muy gráfica, en una expresión de merecida fortuna: la “caja única” del sistema⁸⁸.

La afectación al régimen económico del sistema es, desde luego, mucho más fácil de apreciar en aquellas medidas que se proyectan sobre las prestaciones contributivas, pues es en esa parcela donde puede vislumbrarse con mayor claridad –y donde también se entiende mejor– aquel concepto tan gráfico de “caja única”. Pero también es visible en las actuaciones que han tomado como punto de referencia a las pensiones no contributivas, pues la unidad de régimen económico no puede entenderse exclusivamente como conformación de una “caja” propiamente dicha (como centro de imputación de ingresos y gastos), sino, más bien, como unidad en la ordenación financiera y económica del sistema, esto es: unidad en la determinación, disponibilidad y distribución de los fondos dedicados a desarrollar la acción protectora del sistema, con independencia de su procedencia (cuotas, aportaciones presupuestarias, etc.).

Podría pensarse quizá –como venían a decir los Autos del TC de julio de 1999– que el empleo de dinero propio por parte de la Comunidad evita esa afectación, bajo el entendimiento de que la titularidad del Estado –de la que ha hablado reiteradamente la jurisprudencia constitucional: TC 124/1989– se ciñe a la caja en su sentido más estricto (ingresos y pagos en el interior del sistema), y de que la disponibilidad de fondos externos se rige o se ha de regir por otros criterios. Pero ese argumento presupone una simplificación excesiva de las cosas; el problema es desde luego mucho más profundo. Ni el principio de caja única puede significar que exista un solo flujo financiero en el sistema (puesto que son distintas las fuentes de financiación, distintas las formas de gasto, y hasta distintos los «sistemas financieros» existentes en el seno de la Seguridad Social), ni la susodicha caja puede tomarse en un sentido literal, como compartimento cerrado o aislado del exterior, despreocupado de los fondos que desde otras instancias se destinen al sistema.

El concepto de caja única, y más aún el de régimen económico, ha de entenderse desde una perspectiva mucho más amplia y compleja, como lo es la propia financiación de la seguridad social. Para que tengan alguna virtualidad, son

88. Vid. M. C. Palomeque López, “El principio constitucional de ¿unidad del orden económico? y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y seguridad social”, cit., marg. 911, y J. A. Maldonado Molina, “La descentralización territorial y las pensiones no contributivas”, cit. marg. 530.

conceptos que han de referirse, en realidad, a la “economía” de la seguridad social en todos sus aspectos y manifestaciones, esto es: a la planificación, aco-tación, preparación y concreta distribución o disponibilidad de los fondos dedi-cados a la acción prestacional del sistema (por partidas, conceptos o prestacio-nes, y, en su caso, por criterios espaciales y sectoriales). Por exigencia de esos principios, todas esas operaciones tienen que hacerse, precisamente, de una manera conjunta y unitaria, y de acuerdo con unas mismas reglas, que sólo pue-den venir establecidas por el Estado. Dicho de otro modo: los recursos que se apliquen a prestaciones que dispensa el sistema –o que repercutan en dichas prestaciones, como es el caso de los famosos “complementos”– deben contabi-lizarse y prepararse de forma conjunta y estable para el ejercicio correspondien-te, no de forma ocasional o territorialmente dispersa. Eso no excluye, desde luego, que en un momento dado sea necesaria la revisión, pero tal operación habrá de llevarse a cabo, como es natural, por las vías habilitadas a tal efecto, no por cauces externos al sistema.

Conviene recordar, por otra parte, que el mandato de art.41 CE se encamina al mantenimiento de un “régimen público” de seguridad social único y centrali-zado, en los términos en que históricamente se había venido configurando⁸⁹. La garantía que le ha de prestar el Estado exige, pues, la conservación de sus rasgos propios y típicos, entre los que destacan los de solidaridad e igualdad en el con-junto del territorio nacional (pues ése es su ámbito original, su ámbito legal, y el ámbito que manda preservar la propia Constitución), y en los que el elemento económico juega un papel determinante, como es fácil de advertir. La introduc-ción de diferencias por nacionalidades o regiones no parece muy acorde, desde luego, con esos objetivos; admitir sin reparos incrementos de pensiones por Comunidades Autónomas supone automáticamente la quiebra de la igualdad (en la cuantía de la pensión, al menos), y puede producir, a largo plazo al menos, cierta descomposición o desorganización del sistema público de Seguridad Social.

Por lo demás, el hecho de que las Comunidades Autónomas tengan autono-mía financiera –que no podrá ser absoluta, desde luego– no puede significar, en buena lógica, que su actuación pueda afectar a instituciones o sistemas de natu-raleza estatal, o que tales instancias puedan incidir en terrenos de competencia del Estado. Podrán decidir sus conceptos de gasto, e incluso podrán especular

89. Vid. M.Rodríguez-Piñero y S.González Ortega, “La configuración constitucional de la seguri-dad social como condicionante necesario de su reforma”, cit., p. 269 ss.

sobre la mejor dedicación de sus recursos, desde el punto de vista social o desde cualesquiera otros; pero, por más que les cueste admitirlo, y por más disponibilidades financieras que tengan, tendrán que abstenerse o autolimitarse en aquellas funciones que la Constitución reserva al Estado (no es imaginable, así, que las Comunidades creen una policía de fronteras, o una Administración de justicia paralela, por citar ejemplos evidentes).

El campo de actuación del sistema de seguridad social, y el alcance de su acción protectora, es sin duda uno de los terrenos constitucionalmente adscritos al Estado. Por ello, cualquier incidencia en estas cuestiones rompe las reglas de distribución de competencias. Incidencia que, como es fácil de comprender, puede producirse por muy distintas vías, no todas ellas de fácil percepción. Puede producirse, en síntesis, por vías directas (mediante una hipotética reducción o elevación de las prestaciones, o mediante la revalorización directa de las mismas, por citar un caso real), o por cauces indirectos (mediante la concesión de suplementos aparentemente separados del sistema, pero que indudablemente inciden en los niveles de renta o ingresos de los beneficiarios, trastocando las cuantías que actúan como base en la fijación de las correspondientes prestaciones, por citar otro caso conocido).

4. La confusa y discutible invocación del carácter complementario de las ayudas.

Formalmente, parte de las medidas que ahora se comentan han sido presentadas como “ayudas complementarias” de las prestaciones del sistema, queriendo poner de relieve, con esa calificación, el carácter asistencial de las mismas, y su distanciamiento de la seguridad social básica (que sería entendida, a estos efectos, como la seguridad social en sentido estricto). Pero esta apelación a la complementariedad, además de hacer más confusas las líneas de separación entre asistencia social y seguridad social, es muy discutible; sobre todo, porque da por hecho que, bajo ese ropaje, cualquier tipo de intervención puede ser adscrita, si ése es el ánimo del promotor, al campo de la asistencia social.

Hay que decir, por lo pronto, que el hecho de que una ayuda actúe como complemento de otra preexistente no significa, en sí mismo, que pertenezca a la maquinaria asistencial; de hecho, ayudas complementarias existen desde hace tiempo dentro del propio sistema de seguridad social, pues no otra cosa son, si bien se mira, los complementos por mínimos (por no hablar de los auxilios asistenciales de dicho sistema). No es algo, en definitiva, que predetermine su naturaleza jurídica, y si se quisiera utilizar con esos fines los resultados podrían ser imprevisibles e incluso contradictorios: lo complementario puede que remita en

principio a la acción asistencial, pero también hay que recordar que lo complementario suele seguir la naturaleza y el régimen jurídico de lo principal (con lo cual, por referirnos a nuestro caso, lo complementario sería sin duda seguridad social). Tampoco debe servir, por lo tanto, para condicionar o modular al antojo de cada promotor el orden constitucional de competencias.

Ciertamente, dentro del contexto de la protección social pública se ha advertido tradicionalmente, y se sigue advirtiendo, cierta distribución de funciones entre seguridad social y asistencia social, de tal modo que a la primera correspondería una función básica o principal, y a la segunda, en cambio, una función complementaria. Pero ese reparto de papeles, que se deduce de la configuración y evolución histórica de cada una de esas fuentes de protección, poco puede ayudar a la hora de valorar la naturaleza jurídica y la adscripción sistemática de una determinada medida de protección, entre otras cosas porque también pudiera suceder que la calificación de complementario no sea más que un expediente para forzar su ubicación en uno u otro de esos grandes apartados. Dicho en corto: una cosa es que la asistencia social haya dejado de ser hoy en día el mecanismo principal de protección, para desarrollarse sobre todo como maquinaria complementaria, adicional o secundaria respecto de la seguridad social, y otra muy distinta que una medida que viene a complementar una prestación básica de seguridad social sea por ello mismo de carácter asistencial.

También conviene distinguir entre el papel complementario que, desde una perspectiva general, cumple en la actualidad la asistencia social, y las posibilidades de complemento que permite el sistema de seguridad social. Por el mero hecho de que aquélla sea complementaria no parece que le esté permitido proyectarse, sin más consideraciones, sobre el sistema de seguridad social⁹⁰. El sistema de seguridad social otorga, desde luego, prestaciones susceptibles de complemento, pero ello no quiere decir que tal acción pueda desarrollarse a través de cualesquiera cauces o actuaciones. Habrá que determinar, previamente, qué márgenes deja exactamente la ley, y a qué tipo de instrumentos se refiere cuando prevé o permite la ampliación de sus prestaciones. Esa determinación es relevante, sobre todo, para las instancias de naturaleza pública, entre otras cosas porque sus posibilidades de acción, sus competencias y su radio de actuación están acotadas por la misma Constitución; no sería posible, por ejemplo, el uso del mecanismo asistencial para trastocar el sentido de los correspondientes títulos competenciales.

90. En contra, M. R. Alarcón Caracuel, *La seguridad social en España*, Aranzadi, 1999, p. 54.

La función complementaria que está llamada a cumplir la asistencia social respecto de la seguridad social –no sólo por la experiencia histórica, sino también por lo que parece ser un designio de los poderes públicos en los tiempos actuales– debe situarse, por otra parte, dentro de sus justos términos. Por mucha conveniencia y relevancia que revista ese papel, ello no significa, ni puede significar, que los mecanismos asistenciales puedan ser utilizados para crear un “sistema bis” de seguridad social, superpuesto al anterior, ni tampoco que puedan ser puestos en marcha de modo unilateral y asistemático por cualesquiera instancias públicas, aunque tengan expresamente atribuidas competencias de asistencia social. Para que instancias distintas del Estado pudieran desarrollar una estricta labor complementaria respecto de la seguridad social –por ejemplo, haciéndose cargo de un complemento para determinadas prestaciones– sería necesaria una programación previa, plasmada jurídicamente en las correspondientes normas “básicas” del sistema; sólo de esa manera podrían atenderse cabalmente las necesidades del sistema, sólo de esa forma se garantizaría la igualdad de todos los beneficiarios, y sólo de ese modo, en fin, se salvaguardaría sin sobresaltos el sistema de seguridad social.

No parece cuestionable, por decirlo de modo más claro, que las Comunidades Autónomas puedan participar en la financiación –ya lo hacen en la gestión– de las prestaciones de seguridad social no contributivas, que se sufragan directamente con fondos presupuestarios. Podría ser, incluso, una medida absolutamente higiénica y recomendable, ya que entrañaría la correspondiente responsabilidad en la política de protección social. Cabría, por ejemplo, un reparto del coste de las prestaciones (no contributivas) entre las Administraciones implicadas (Estado-Comunidades Autónomas), al 50% o con otros porcentajes, e incluso la fijación de una parte «básica» a cargo del Estado y una parte «complementaria» a cargo de las Comunidades Autónomas. Pero para que ello pudiera ser así –tal y como, al parecer, en algún momento se ha previsto– sería precisa la correspondiente norma habilitante, que tendría que establecer cuantías y condiciones con carácter general, y que desde luego formaría parte de la “legislación básica” de Seguridad Social.

Cosa muy distinta es la intervención unilateral de una Comunidad Autónoma, fuera de toda programación. Tal intervención, como es patente, se desmarca por definición de la “política” de protección social, para convertirse, como ya dijimos, en un mero acto de solapamiento o corrección de otro poder público, con independencia de que reciba el nombre de acción complementaria o de que formalmente se quiera adscribir a la asistencia social. Es muy discutible, pues, que una Administración pública pueda aprobar por su cuenta y riesgo “complemen-

tos” para pensiones que son competencia de otra, variando así la cuantía final de las mismas. Es cierto que ningún precepto lo prohíbe expresamente, y que el art.41 CE parece hablar con cierta generalidad de “asistencia y prestaciones complementarias”⁹¹. Pero esa eventual fundamentación es bastante endeble, al menos utilizada en este contexto.

De un lado, porque el art.41 CE añade a esa primera referencia el matiz de que tal asistencia y tales prestaciones “serán libres”, lo cual, aunque no cierre formalmente ese espacio⁹², parece remitir de manera muy directa al campo de la previsión social voluntaria, o, en todo caso, a una actuación que, por ese mismo sello de “libertad”, difícilmente puede reunir los caracteres de generalidad y obligatoriedad típicos de la acción protectora pública. De otro, porque, como ya dijimos, el añadido de complementos repercute de forma inevitable en los presupuestos y operaciones contables que subyacen a la fijación de las prestaciones públicas, especialmente en las pensiones no contributivas; esa intervención no sólo supone una indebida interferencia en otros centros de decisión, sino también una variación a posteriori de los presupuestos de partida (como las condiciones de acceso a las prestaciones), y en consecuencia, un cambio, siquiera sea parcial, en la configuración de la correspondiente prestación.

El añadido de complementos “externos” podría plantear, incluso, problemas de incompatibilidad en el beneficiario⁹³, al propiciar la percepción, se quiera o no, de dos prestaciones públicas, que no resultan de una misma operación (como sucede con otros complementos), sino del solapamiento de dos Administraciones. Es cierto que ésta y otras posibles incidencias, por el contexto de que se trata, y por la escasa cuantía de las pensiones afectadas, serán normalmente de escasa entidad o relevancia; pero esa apreciación sólo podrá hacerse en tanto que el montante de los complementos se mantenga en términos muy reducidos y prácticamente insignificantes, no en hipótesis distintas, que también podrían darse. Lo cierto es que la operación, en sí misma considerada, y al margen de su trascendencia económica, no deja de entrañar una alteración de las reglas generales del sistema.

91. Vid. B. Gonzalo González, “Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas”, *Foro Seguridad Social*, nº1, 2000, p. 22.

92. Vid. L. E. de la Villa Gil y A. Desdentado Bonete, “Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de relaciones laborales y seguridad social”, cit., p. 56.

93. Sobre las reglas de incompatibilidad, en general, R. P. Ron Latas, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas, 2000, p. 199.

5. El ropaje “social” de la medida: la apelación a la insuficiencia económica de las pensiones.

Es claro, en definitiva, que todas las medidas que de uno u otro modo pudieran afectar a la cuantía final de las pensiones no pueden ser el resultado de una acción discrecional o asistemática, ni tampoco de la confluencia desordenada o dispersa de distintas instancias, sino de una programación social y económica que responda a criterios de unidad. En dicha programación han de conjugarse desde luego diversos ingredientes, entre los que destaca, sobre todo en este contexto, el nivel de ingresos del beneficiario, especialmente en lo que toca a las prestaciones no contributivas, y ha de perseguirse, como objetivo último, no sólo la protección de todas las situaciones de necesidad, sino también la provisión de prestaciones que desde el punto de vista económico y social sean “suficientes”.

Esa operación es la que, a fin de cuentas, está por debajo de la fijación de cuantías (directamente para las prestaciones no contributivas, indirectamente, mediante mínimos, topes o complementos, para las restantes) que cada año se lleva a cabo mediante la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ciertamente, el resultado final que tradicionalmente ha venido produciendo tal operación –simbolizado en la cuantía de las pensiones, sobre todo de las “no contributivas”, pero también de las contributivas “mínimas”– puede ser criticado, y quizá merezca toda clase de críticas, pues es evidente que no satisface la idea de “suficiencia” que cualquiera puede hacerse a la vista del coste de la vida. Pero tal crítica no puede avalar, como es natural, cualquier tipo de respuesta: la lucha contra esa supuesta insuficiencia habrá de caminar, obviamente, por cauces jurídicamente admisibles, no por actuaciones unilaterales y de carácter ocasional. El objetivo de “suficiencia” de las pensiones, dicho de otra forma, ha de buscarse dentro de aquella programación, no por vías ajenas a la misma.

La apelación a la escasa cuantía actual –y tradicional– de aquellas pensiones tiene la virtualidad de poner de relieve, una vez más, uno de los problemas subyacentes a la seguridad social básica, pero difícilmente puede valer para la argumentación jurídica, y mucho menos para forzar el orden constitucional de competencias⁹⁴. Es, pese a todo, uno de los datos barajados por las Comunidades Autónomas que han intervenido en este terreno, que han tratado de justificar sus medidas en las limitaciones que por lo general presentan las pensiones de seguridad social desde el punto de vista cuantitativo, y, en particular, en la insufi-

94. Opiniones distintas en B. Gonzalo González, “Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas”, cit., p. 24.

ciencia económica de las pensiones no contributivas, supuestamente inferiores “al nivel de recursos mínimos de subsistencia”⁹⁵. Probablemente con tal justificación se pretendía contrarrestar, de entrada, la previsible reacción frente a una medida de ese tipo.

La argumentación, en cualquier caso, vuelve a ser demasiado simplista, por varias razones. En primer lugar, porque desde esa misma perspectiva podría decirse que la gran mayoría de las pensiones del sistema (incluidas las contributivas, por supuesto) es insuficiente en su cuantía, al menos para los niveles de vida habituales en nuestro entorno; cabría decir, incluso, que el salario mínimo interprofesional (que se devenga por trabajo, y no sólo por situación de necesidad) es insuficiente. En segundo lugar, porque la suficiencia es un concepto relativo, que –guste o no guste– generalmente es el resultado no tanto de un propósito cierto de proveer a las personas de los medios necesarios para esa vida digna, sino, más bien, de un punto de equilibrio al que se llega tras evaluar las disponibilidades financieras del momento y, sobre todo, la repercusión de la correspondiente cuantía en los grandes números de la política económica. La experiencia demuestra, además, que ningún gobernante es capaz de eludir esos condicionantes.

De cualquier modo, el objetivo de suficiencia en las prestaciones de seguridad social habría de buscarse a través de los mecanismos del propio sistema, y no por procedimientos extraños, ni, por supuesto, por procedimientos contrarios al orden constitucional de competencias. La responsabilidad última del sistema corresponde al Gobierno de turno, y frente al mismo pueden esgrimirse toda clase de argumentos políticos y alzarse todo tipo de presiones legítimas; puede pedirse, por ejemplo, un pacto social, o un pacto político, para abordar la suficiencia de las pensiones, como, por otra parte, se viene haciendo en los últimos años a variados efectos. Pero no parece de recibo que frente a la negativa del último responsable –el Gobierno del momento–, o frente a sus cálculos macroeconómicos y de carácter general, se utilice la maquinaria autonómica, más que nada porque se utiliza como campo de batalla un sistema que la CE manda preservar, y porque lo que institucionalmente es un instrumento de gobierno se convierte, con tales acciones, en un instrumento de presión.

No parece, por lo demás, que la actuación autonómica pueda fundarse en diferencias estadísticas del coste de la vida entre unos territorios y otros dentro

95. Vid. B.Gonzalo González, “Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas”, cit., p. 25.

del Estado (como ha pretendido hacer ver el Gobierno de Cataluña). De entrada, porque resulta chocante la invocación de diferencias de ese tipo dentro de un mismo sistema económico y productivo, máxime con el horizonte cada vez más inmediato de integración europea. Adicionalmente porque, a la vista del orden constitucional de competencias, a esas eventuales diferencias habría de responderse, de ser necesario, desde una acción integrada, dentro de la programación general y uniforme de la acción protectora del sistema.

6. La irrelevancia de la forma y presentación de la medida.

Que las medidas autonómicas aparezcan con una u otra denominación –ayudas asistenciales, complementos, incrementos o revalorizaciones, etc.–, o que formalmente se amparen en uno u otro título competencial, no puede ni debe afectar, en fin, a las conclusiones anteriores. No ya porque sea un principio general de toda interpretación jurídica que debe prevalecer la realidad sobre la forma, sino también porque ello supondría avalar cualquier tipo de medida, con la única condición de darle un nombre apropiado. Si las medidas se proyectan sobre el campo previamente ocupado por la seguridad social, automáticamente habrán de quedar afectadas por ésta; otra conclusión sólo valdría para añadir confusión y complejidad a la situación normativa reinante, que no está, precisamente, necesitada de tales aditamentos.

Que las medidas tengan carácter extraordinario o coyuntural tampoco debería utilizarse como argumento de peso. Es verdad que es más propio de la asistencia social que de la seguridad social actuar “sobre la marcha” o de modo coyuntural, ante necesidades urgentes u ocasionales. Pero también es cierto que la valoración de esos rasgos debe ser muy cautelosa cuando la coyunturalidad o excepcionalidad de la medida no se corresponde con las características de la situación protegida, que es –no hace falta demostrarlo– permanente o vitalicia. La ocasionalidad que muchas veces revisten las medidas de asistencia social no se debe, dicho de otro modo, a una razón ontológica o necesaria, sino, sencillamente, a que con ella se hace frente en ocasiones a situaciones urgentes o extraordinarias, o a que los fondos son limitados. Por ello, ni es un dato determinante de la asistencia, ni puede valer como apariencia formal para encubrir una afectación a otros terrenos, como el de la seguridad social.

Aunque tal vez no sea necesario, aún podrían hacerse otras consideraciones sobre la escasa relevancia que para este juicio ofrecen ese tipo de rasgos. Vale la pena recordar, por ejemplo, que la coyunturalidad puede estar presente también en las prestaciones de seguridad social; operaciones tan corrientes y habituales en ese campo como las de revalorización o de fijación de cuantías mínimas (o

complementos por mínimos), son, por definición, operaciones de coyuntura, propias de cada ejercicio presupuestario. También puede decirse que la actuación extraordinaria o coyuntural puede ser, en contra de aquellas afirmaciones, indicio de la existencia de objetivos ajenos a los formalmente expresados en la norma, esto es: indicios de que las medidas adoptadas, más que el refuerzo de la protección social, persiguen fines de rentabilidad política, especialmente si se inscriben en coyunturas electorales.

Y es que, en efecto, el refuerzo y la mejora de la seguridad social requieren, por decirlo una vez más, de una mínima programación, alejada de coyunturas y de iniciativas repentinas u ocasionales. La “seguridad” que va implícita en ese sistema sólo puede conseguirse, dicho de otra manera, mediante una acción sostenida y continuada; otra cosa no hace más que despertar incertidumbres o recelos sobre el devenir del sistema, o, como sucede en este caso, cierta sensación de quiebra o desigualdad en su funcionamiento y en su acción protectora.

7. El caso particular de la seguridad social de los funcionarios públicos.

Como ya anunciamos, la actividad de protección social desarrollada en los últimos años por las Comunidades Autónomas ha afectado también al terreno de la función pública; ha sucedido, concretamente, en la Comunidad Foral de Navarra, que ha intervenido a través de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, que incluye reglas no sólo de Derecho civil⁹⁶, sino también de régimen fiscal y de función pública. A este último apartado se refiere, concretamente, el art.13 de dicha disposición legal, que contiene dos previsiones: por un lado, se consideran «como cónyuges», a los efectos previstos en el Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra⁹⁷, “los miembros de una pareja estable”, con las consecuencias pertinentes en cuanto a licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar y “derechos pasivos”; de otro, se modifica el art.75 de dicho Estatuto para declarar que “serán beneficiarios de la pensión de viudedad los cónyuges y parejas estables de los funcionarios y de los pensionistas por jubilación que reúnan los requisitos que se determinen reglamentariamente”.

96. A partir del art.48 de la Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

97. Decreto Legislativo 251/1993, de 30 de agosto.

Estas medidas se asientan formalmente en el art.49 del Estatuto de Autonomía de Navarra, que atribuye a dicha Comunidad competencias exclusivas en materia de régimen estatutario de sus funcionarios públicos, dentro de la legislación básica que, según el art.149.1.18 CE, puede aprobar el Estado, en términos parecidos a lo que también sucede, según es sabido, en otras Comunidades Autónomas⁹⁸. El punto de partida de tales competencias se encuentra, dentro de la propia Constitución, en los arts.147.2.c) y 148.1.1 CE, que parecen consagrar un principio de autoorganización en virtud del cual corresponde a cada Comunidad la organización y denominación de sus instituciones de autogobierno. Esta potestad de autoorganizarse implica, a su vez, una amplia capacidad de determinación normativa en materia de función pública⁹⁹, lo que puede traducirse, como de hecho viene ocurriendo, en una gran heterogeneidad no sólo de políticas de personal, sino también de regulación de los correspondientes funcionarios públicos.

Pues bien, el hecho de que los entes autonómicos puedan asumir ese tipo de competencias en relación con el régimen estatutario de sus funcionarios públicos parece abrir un inevitable portillo al tratamiento de algunos aspectos relativos a la protección social de los mismos, aunque, como es natural, la eventual incidencia en este terreno habría de adecuarse, en todo caso, a las correspondientes previsiones constitucionales. En primer lugar, al art.149.1.18 CE, que al atribuir competencia al Estado para el establecimiento de las bases del régimen del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, está otorgándole facultades para regular no sólo los aspectos básicos de la organización administrativa, sino también las bases de dicho régimen jurídico, en todos sus componentes y dimensiones¹⁰⁰. En segundo lugar, al art.149.1.17 CE, que, como vimos, atribuye competencias exclusivas al Estado en lo que se refiere a la legislación básica de seguridad social, lo cual ha de extenderse, como parece lógico, a la seguridad social de los funcionarios públicos¹⁰¹.

98. Vid. Art.35 EA Aragón, art.39 EA Castilla y León, o art.49 EA Navarra. Otras Comunidades, no obstante, asumen formalmente competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación estatal (art.28 EA Galicia y art.27 EA Madrid).

99. Vid. M.Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, p.67.

100. Sentencia TC 76/1983.

101.Vid. M. Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, cit., p.71, O. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XI, Cortes Generales, 1996, p.145 y ss., y A. Palomar Olmeda, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, 1996, p.251.

Sobre el alcance de este último precepto no hace falta ahora hacer más consideraciones. Pero la seguridad social de los funcionarios públicos presenta una serie de particulares que conviene tener en cuenta a estos efectos, especialmente porque, como ya hemos dicho, puede verse en alguna parte afectada por un título competencial adicional (art.149.1.18 CE), que parece abrir márgenes suplementarios, si no directamente en favor de las Comunidades Autónomas, sí, al menos, para que las normas del Estado definan con mayor amplitud las competencias autonómicas¹⁰². No debe olvidarse que antes de la aprobación de la Constitución de 1978, e incluso antes de la implantación del actual sistema de seguridad social, ya existía el sistema de “clases pasivas” propio de los funcionarios públicos, hoy en día formalmente integrado en el sistema de seguridad social, a través de los correspondientes Régimenes Especiales¹⁰³. Por ello, podría decirse que el sistema de clases pasivas forma parte de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos¹⁰⁴; no es extraño, de hecho, que las disposiciones legales sobre función pública –como la Ley 30/84, de 2 de agosto, o la Ley 50/84, de 30 de diciembre, de Presupuestos generales del Estado para 1985– se ocupen también de aspectos relativos a su protección social.

Como es sabido, los funcionarios de servicios públicos transferidos a las Comunidades Autónomas pasaron a depender de éstas, orgánica y funcionalmente, y, en contrapartida, las Comunidades asumieron todas las obligaciones anteriormente pertenecientes al Estado, incluidas las que se derivasen del régimen de seguridad social o de clases pasivas que les fuese de aplicación¹⁰⁵. Los funcionarios transferidos que hubieran ingresado voluntariamente en Cuerpos o Escalas propias de la Comunidad Autónoma de destino, cualquiera que fuese el sistema de acceso, pasaron al Régimen General de la Seguridad Social¹⁰⁶, apli-

102. Vid. J. A. Alonso de Antonio, “art. 149.1 (...) Sistema de distribución de competencias”, cit., p.297.

103. Régimen Especial de Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración de Justicia y Régimen Especial del personal militar de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada, con el añadido del Régimen de protección de Ayuda Familiar.

104. La sentencia TC 100/1990 –a propósito, precisamente, de una disposición legal de Navarra– declaró, en efecto, que dentro del régimen estatutario de los funcionarios públicos se encuentra lo relativo al régimen de clases pasivas, y que sobre el mismo podían operar las Comunidades Autónomas, aunque sin especificar sus contornos y limitaciones. Vid. A. Canales Gil, *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Cedecs, 1996, p.23.

105. Art.25.1 Ley 12/1983, de 14 octubre, sobre proceso autonómico.

106. Núm.2 de la Disposición adicional tercera de la Ley 30/84, de 2 de agosto (según disposición adicional 5ª de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre).

cable también a los funcionarios de nuevo ingreso. Pero aquellos funcionarios transferidos que no optaron por dicha integración voluntaria conservaron el régimen de protección de origen, esto es, el régimen de clases pasivas¹⁰⁷. El Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas de 1987 aclara, en cualquier caso, que la gestión unitaria del sistema de clases pasivas corresponde al Estado, y que las Comunidades Autónomas asumen todas las obligaciones anteriormente estatales respecto de los funcionarios transferidos (art.4)¹⁰⁸.

En el plano legal, así pues, éstas son las competencias que la Ley atribuye a las Comunidades Autónomas. Más complejo e impreciso es el texto constitucional, como no podía ser de otro modo. De las referencias constitucionales al régimen de funcionarios parecen derivarse competencias de las Comunidades Autónomas para el desarrollo normativo de las bases fijadas por el Estado, siempre en relación con su propio personal. Como ya sabemos, el término “bases” empleado por la Constitución remite en general a un “común denominador” en el plano normativo, a partir del cual cada Comunidad Autónoma puede establecer su legislación propia y diferenciada¹⁰⁹. ¿Cuáles serían esas bases en relación con la protección social de los funcionarios públicos?; ¿Qué aspectos normativos podrían o deberían considerarse básicos a estos efectos?. Ciertamente, y como ya apuntamos, el margen de acción que la Constitución concede a las Comunidades Autónomas en materia de funcionarios debe matizarse a la luz del otro título competencial concurrente (el de seguridad social), que probablemente exija un mayor cuidado al delimitar el alcance de lo “básico”, como ya dijimos.

107. O, hasta su absorción por el Régimen General de la Seguridad Social, el de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (art.2 RD 2545/1980, de 21 de noviembre, y art.9 RD 1779/1983, de 22 de junio). Específicamente, los funcionarios transferidos que con posterioridad a 31 de diciembre de 1984 se encontraran en cualquier situación administrativa y no se hubieran jubilado o retirado antes de dicha fecha, quedaban expresamente incluidos en el ámbito de aplicación de las leyes estatales de clases pasivas, que en consecuencia seguían proporcionando las reglas básicas de su régimen jurídico. En cambio, los que con anterioridad a 1 de enero de 1985 hubiesen fallecido o hubiesen sido declarados jubilados o retirados, se regirían por la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984, con las modificaciones que se recogen en el Título II del RDL 670/1987 (arts.2.1.g y art.3.1.a), según parece desprenderse, por lo demás, de la sentencia TC 76/1986, que consideró aplicable a los funcionarios (de la Comunidad Autónoma Vasca) la legislación general del régimen de clases pasivas en cuanto a la cuantía de las pensiones de jubilación, viudedad y orfandad.

108. Pese a esa gestión unitaria, las Comunidades Autónomas también asumen respecto de los funcionarios transferidos que se mantengan en el Régimen de clases pasivas ciertas competencias de gestión: reconocimiento de servicios prestados a las Administraciones territoriales, a efectos de cómputo en tal Régimen; retención de la cuota del importe de las nóminas de los funcionarios transferidos a la CC.AA., y acuerdo de jubilaciones de cualquier clase de funcionarios transferidos (art.25.3 Ley 12/83, y arts. 13.1.c, 23.3.3 y 28.3.c del D Legislativo 670/1987).

109. Sentencias TC 32/81, 1/82, 32/83 o 76/83.

Así, en el terreno de la previsión de los funcionarios, como en la seguridad social en general, merece el calificativo de básico todo lo relativo a la definición de las situaciones protegidas y de las correspondientes prestaciones (tipo de prestaciones, cuantía y requisitos de acceso y mantenimiento), sin que la existencia de un título competencial como el art.149.1.18 CE sea capaz, de entrada al menos, de introducir criterios distintos, en tanto que este segmento de la previsión pública también está comprendido en el sistema de seguridad social. Por ello –y sin necesidad de entrar en este momento en el posible significado de la genérica alusión a los «derechos pasivos» que se contiene en ese precepto–, puede afirmarse que la prescripción del art.13 de la Ley 6/2000 de la Comunidad Foral de Navarra afecta a los presupuestos básicos de la seguridad social, en tanto que extiende una pensión del sistema (la de viudedad) a una situación (la supervivencia resultante de una convivencia de hecho) no contemplada por la legislación estatal. Es una disposición legal, así pues, que amplía “unilateralmente” los confines (objetivos y subjetivos) del sistema de seguridad social, algo que no parece residir en las competencias de las Comunidades Autónomas. Puede decirse, en consecuencia, que la Ley 6/2000 de la Comunidad de Navarra altera la legislación básica de seguridad social.

IV. Recapitulación y reflexión final

La conclusión de todo lo anterior podría formularse, seguramente, a través de un sencillo silogismo:

a) Compete al Estado, según el art.149.1.17 CE, la configuración del sistema de seguridad social, en su dimensión subjetiva (ámbito de aplicación) y en su dimensión objetiva (acción protectora), pues no otra cosa significa, a fin de cuentas, la competencia en materia de «legislación básica» y de «régimen económico».

b) Se impide a las Comunidades Autónomas, en consecuencia, incidir en esa configuración, tanto de forma directa (modificando, por ejemplo, el ámbito subjetivo o el alcance de la acción protectora), como de forma indirecta o soterrada (variando, por ejemplo, el montante de las prestaciones, aun cuando sea por elevación, o los requisitos o presupuestos de acceso).

c) Siendo así, han de reputarse de contrarias al orden constitucional de competencias aquellas medidas autonómicas que, con independencia de su denominación o de su presentación formal, suponen materialmente una ampliación de

los beneficiarios del sistema, o una variación de la cuantía o clase de prestaciones percibidas por los mismos.

No quiere decirse con ello que tal reparto de competencias sea el único posible, ni siquiera el mejor de los posibles. Se quiere poner de relieve, más bien, que ésa es, a nuestro juicio, la actual distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (por vía, sobre todo, del art.149.1.17 CE), y la conclusión más correcta a la vista de ello y de la configuración que da la ley a nuestro sistema de seguridad social (respaldada, no nos olvidemos, por el art.41 CE). De ella resulta, desde luego, una concepción eminentemente centralista, o centralizada, de la seguridad social; pero quizá no exista otra alternativa en ese estado de cosas, y, a fin de cuentas, si se quiere preservar el «sistema», como por lo demás exige el art.41 CE.

Cabe decir, para ser más concretos, que en este terreno probablemente no valga la lógica que habitualmente prima en el análisis de los preceptos dedicados al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Si desde una perspectiva general puede estar justificada la interpretación “pro-autonómica”, porque así lo demanda, en efecto, el reconocimiento de la “autonomía de las nacionalidades y regiones” (art.2 CE), y las expectativas de autorregulación y diferenciación que ello comporta, no parece que ése sea el mejor método para el mantenimiento y la viabilidad de una institución que por definición es única y “universal”, que se nutre de fondos pertenecientes a todos, y que aspira a otorgar una protección igual para todos.

Con independencia de que en algún momento, o desde alguna aproximación doctrinal, la seguridad social haya sido considerada como un “servicio público”, es evidente que no se trata de un servicio ordinario o “normal”. No implica, dicho de otra manera, una mera prestación de servicios a los ciudadanos (como la educación, la cultura e incluso la sanidad), en la que pueden tener cabida desde luego distintas concepciones o “políticas”, e incluso en la que la rivalidad o competencia entre distintos “prestadores” puede ser factor de mejora y progreso. Se trata, por el contrario, de un instrumento financiero que actúa con una dinámica muy particular (en parte aseguradora, en parte prestacional), y cuyo mantenimiento requiere un compromiso solidario de todos. Recurriendo de nuevo al art.2 CE, podría decirse que debe primar aquí más la “solidaridad” que la autonomía.

A nadie se le escapa, por supuesto, que todo ello depende, a la postre, de los criterios que se defiendan acerca de los métodos de protección social de la ciu-

dadanía. Si olvidamos ahora la exigencia del art.41 CE (y también la experiencia histórica, que nos lleva, ciertamente, a la preservación del sistema actual), es claro que ese objetivo de protección puede perseguirse a través de otros mecanismos, y que el sistema de seguridad social puede verse como una opción más, de ningún modo necesaria ni para el funcionamiento de la sociedad ni para su protección. A la postre, que exista o no un sistema de seguridad social como el que venimos conociendo, o incluso que existan o no otros mecanismos de protección social, o que ésta se organice de una u otra manera (en sentido unificador o en sentido descentralizador, para abreviar), no son más que decisiones políticas, esto es, decisiones de la propia sociedad, que dependen de manera muy estrecha de opciones ideológicas o de “ingeniería social”.

De entenderse necesario algún tipo de protección social, podría optarse, para ser más claros, entre muchos ejemplos o modelos. Básicamente, entre el modelo tradicional, basado en la solidaridad de todos los ciudadanos (y de todas las generaciones), y estructurado por criterios de igualdad y homogeneidad, y otros modelos alternativos, en los que podría darse más preponderancia al elemento sectorial o profesional, al componente asistencial, o a la iniciativa privada, y en los que, desde la perspectiva que ahora nos interesa, probablemente pudiera hacerse un mayor hueco para decisiones de ámbito regional o autonómico (o incluso de ámbito inferior), con las consecuencias pertinentes en el plano financiero o en el de la acción protectora.

Esta segunda opción difícilmente podría dar lugar, sin embargo, a un sistema “universal” de protección, con la igualdad de trato que le es implícita; daría lugar, a lo sumo, a pequeños sistemas, o a un sistema de “geometría variable”, como gusta de decirse en los últimos tiempos. No debe perderse de vista, además, que por simples cálculos actuariales, la fortaleza de un sistema de protección (sobre todo, si se sustenta parcial o totalmente sobre principios aseguratorios) depende muy estrechamente de su ámbito espacial y subjetivo: el grado de solidaridad y la capacidad de redistribución del riesgo y de los beneficios será tanto mayor cuanto mayor sea el ámbito de referencia, lo mismo que las posibilidades de cubrir adecuadamente las situaciones de necesidad de la población.

Todo lo que sea parcelación o disgregación en la política de protección social puede acabar, a la postre, por disminuir la eficacia del sistema, o cuando menos su nivel de recursos y su grado de solidaridad. El progreso, por lo tanto, no parece que esté en la actuación unilateral, sino en la conjunción y unificación de esfuerzos, en la que, por supuesto, puede abrirse espacio para la participación de todas las instancias interesadas. A menos, así lo ha demostrado la historia de la

previsión social. No se entiende bien, en consecuencia, el revestimiento progresista que a veces se ha querido dar a ciertas intervenciones autonómicas.

No hace falta decir, por lo demás, que las conclusiones que aquí se defienden valen también para una hipotética intervención de las Corporaciones Locales en este terreno (anunciada, como ya vimos, en algún caso); sin perjuicio de que en tal contexto hubiera que aplicar, como es obvio, parámetros normativos parcialmente distintos.

EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS Y LAS PRERROGATIVAS
PROCESALES DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS DE
GOBIERNO AUTONÓMICOS

Rosario García Mabamut

Profesora Titular de Derecho Constitucional

(Universitat Jaume I de Castellón)

SUMARIO

- 1. El Estado de las Autonomías y las prerrogativas de los consejeros autonómicos en el ámbito procesal penal*
- 2. El significado constitucional de la prerrogativa de fuero en el ámbito autonómico:*
 - A) Precisiones de relevancia constitucional*
 - B) Ambito material y temporal del aforamiento*
- 3. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado y la prerrogativa de fuero: Algunas cuestiones pendientes*
- 4. El aforamiento y la naturaleza de la norma en el ámbito autonómico*
- 5. Una consideración final*

1. El Estado de las Autonomías y las prerrogativas de los consejeros autonómicos en el ámbito procesal penal

El impacto social que genera en un avanzado y consolidado Estado Social y Democrático de Derecho la percepción de que a los más altos responsables de la cosa pública durante el ejercicio de sus funciones –a veces, incluso más allá del ejercicio de las mismas– se les dota de auténticos privilegios personales de carácter penal y procesal que hacen quebrar, a primera vista, el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, obliga al jurista a afrontar un análisis concienzudo de tales excepciones al principio de igualdad con el objetivo último de contribuir a dimensionar con exactitud el régimen jurídico de tales prerrogativas.

Permítaseme puntualizar que, como se desprende del título del trabajo, nuestro objeto de estudio se ceñirá a las prerrogativas de carácter procesal penal de las que gozan, en un Estado complejo como lo es el nuestro, los miembros que integran los Gobiernos autonómicos. Es más, será objeto de especial atención, por los complejos problemas que genera, como tendremos ocasión de demostrar, el fuero especial del que gozan tales sujetos.

Establecer con precisión las prerrogativas de carácter procesal penal de las que gozan los consejeros autonómicos en los distintos ordenamientos autonómicos exige tener en cuenta una serie de variables proporcionadas, fundamentalmente, por la Constitución y por las normas institucionales básicas de cada Comunidad Autónoma, esto es por los Estatutos de Autonomía.

A estos efectos debemos tener presente, con carácter previo, lo que ya de todos es conocido: Nuestra Carta Magna perfiló las líneas básicas de un sistema parlamentario de gobierno para aquellas Comunidades Autónomas que accedieron por el procedimiento previsto en el art. 151 CE.

En efecto, recordemos que el art. 152.1 de la CE viene a mandar que, la organización institucional autonómica de aquellos estatutos de Autonomía aprobados por el procedimiento previsto en el art. 151 debe basarse en una Asamblea Legislativa, en un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido de entre sus miembros y nombrado por el Rey, al que le corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad Autónoma y la representación ordinaria del Estado en ésta. Amén de mandar expresa e inequívocamente que “el Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea”.

Sin embargo, y a pesar de que la Constitución no perfiló la organización institucional ni, obviamente, las relaciones interorgánicas que debían producirse entre las Asambleas Legislativas y los Consejos de Gobierno del resto de las Comunidades Autónomas, todas ellas adoptaron en sus líneas maestras un sistema parlamentario de Gobierno en el que se cumplen las notas definitorias de tal caracterización: elección del Presidente del Gobierno por la Asamblea Legislativa, la posibilidad de remoción del Gobierno por parte de las Asambleas y el establecimiento de mecanismos de control a través de los cuales se verifica constantemente y de diversas formas la confianza depositada por la Asamblea en el Gobierno.

De las notas esenciales que definen el sistema parlamentario de Gobierno es la elección del Presidente del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas la que centrará nuestra atención. Obsérvese que si bien el art. 152.1 CE de forma expresa mandata que el Presidente debe ser elegido por los miembros de la Asamblea Legislativa de entre sus miembros, tal disposición viene reproducida por la práctica totalidad de los Estatutos de Autonomía¹. A *sensu contrario*, y a pesar de que los miembros que integran el Gobierno son nombrados y separados por el Presidente del mismo en virtud del principio de confianza que les une, no se impone la voluntad estatutaria de que los Consejeros deban gozar de la condición de Diputados.

Esta última consideración adquiere una enorme relevancia a los efectos de determinar el alcance jurídico de las prerrogativas de carácter procesal penal de los miembros del Gobierno autonómico. Fundamentalmente por un dato: En el ámbito autonómico el régimen jurídico de las prerrogativas de las que gozan tales sujetos se encuentra en íntima conexión formal con el hecho de que éstos gocen o no de la condición de Diputados autonómicos. Esta afirmación viene perfectamente avalada tras la comprobación de que, sin excepción, los diecisiete Estatutos de Autonomía:

-Impiden perseguir penalmente a los parlamentarios autonómicos por las opiniones y por los votos emitidos en el ejercicio del cargo, esto es, reconocen

1. Art. 33.1 EPV; Art. 36.1 EC; Art. 15.1 EG; Art. 37.1 EA; Art. 32.1 EAs.; Art. 23.2 ER; Art.17.3 ECant.; Art. 31.1 Mur.; Art. 15.1 ECV; Art. 21.1 EA.; Art. 14.2 ECM; Art. 17.1 ECan.; Art. 30 EE; Art. 30.1 EB; Art. 16.1 EM; Art. 17.2 ECL. La Ley Orgánica del Régimen Foral de Navarra sólo señala que el Presidente debe ser elegido por el Parlamento sin especificar que debe ser elegido de entre sus miembros (art. 29.1). Sin embargo, en su Ley de Gobierno si que mandata tal condición.

la inviolabilidad².

-Impiden la detención y la retención de los parlamentarios por aquellos presuntos actos delictivos que pudieran cometer dentro del territorio de la Comunidad Autónoma pertinente³, salvo en caso de flagrante delito.

-Atribuyen al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, para aquellos presuntos delitos cometidos dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, la capacidad de decidir sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio de los Diputados autonómicos⁴. Para aquellos delitos cometidos fuera del ámbito territorial autonómico se establece con carácter general que la responsabilidad penal sea exigida en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En definitiva, y al igual que sucede en el ámbito nacional, se reconoce en todos los Estatutos un aforamiento de los Diputados autonómicos⁵.

Si bien éstas constituyen las prerrogativas que los distintos Estatutos de Autonomía atribuyen a sus parlamentarios autonómicos, no cabe duda que, por lo que afecta a los miembros de los Gobiernos autonómicos, en cualquier caso, aquellos consejeros autonómicos que gozan de la condición de parlamentarios autonómicos les ampara en el ejercicio de sus funciones como miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma las prerrogativas 2^a y 3^a de las anteriormente mencionadas.

Esta afirmación, por el contrario, ha venido contrastando con un hecho de notable interés. Si bien casi dos tercios de los Estatutos de Autonomía amparan expresamente que el Presidente del Consejo de Gobierno y los Consejeros durante su mandato por los actos delictivos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma no pueden ser detenidos ni retenidos salvo en caso de flagrante delito, correspondiendo, en todo caso su inculpación, prisión, procesa-

2. Art. 26.6 EPV; Art. 31.1 EC; Art. 11.3 EG; Art. 26.3 EA; Art. 26.1 EAs.; Art. 17.7 ER; Art. 11.1 ECant.; Art. 25.2 EMur.; Art. 12.3 ECV; Art. 18.5 EAr.; Art. 10.3 ECM; Art. 10.3 ECan.; Art. 13.2 EN; Art. 24.1 EE; Art. 23.1 EB; Art. 11.5 EM; Art. 12.3 ECL.

3. Art. 31.2 EC; Art. 18.6 EAr; Art. 14.1 EN; Art. 11.6 EM. En el resto de los Estatutos coinciden en el número del artículo recogido en la nota anterior. Conviene subrayar, por lo demás la excepción que supone el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares en cuyo art. 23.1 se omite cualquier referencia acerca del ámbito territorial en el que se perpetra el presunto acto delictivo.

4. Ibidem.

5. A lo que debe añadirse inmediatamente que el art. 57.1, 2º de la LOPJ reconoce expresamente que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

miento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, por contra, algo menos de un tercio de los Estatutos nada venía a disponer sobre el particular.

En efecto, obsérvese que la imposibilidad de que los miembros del Gobierno puedan ser retenidos por presuntos actos delictivos cometidos durante su mandato, salvo flagrante delito, es omitida por los siguientes Estatutos de Autonomía: Andalucía, Asturias, Cantabria, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Navarra, Extremadura y Madrid. Debe matizarse que en el supuesto de Castilla y León y de la Rioja, tras la reforma de ambos Estatutos operadas en enero del pasado año (8/1/1999 y 7/1/99, respectivamente) se prevé expresamente tal imposibilidad⁶.

Por lo que al aforamiento de los miembros del Consejo de Gobierno autonómico afecta cabe subrayar un dato de enorme interés. Si bien aquellas Comunidades Autónomas que en el articulado original de sus Estatutos nada preveía expresamente sobre el particular y recordemos que sólo formaban parte de este supuesto los estatutos de la Rioja, Extremadura, Asturias y Castilla y León todos y cada uno de los mismos han incluido, en sus respectivas reformas estatutarias operada todas al inicio del pasado año, el aforamiento para los miembros del Consejo del Gobierno. En efecto, obsérvese que tras la reforma operada por la Ley orgánica 1/ 1999, de 5 de enero de 1999, el Estatuto de Asturias incluye el aforamiento en su art. 35 bis.¹⁷ Idéntica situación se produce tras las reformas del Estatuto de Castilla y León (LO 4/1999, de 8 de enero de 1999) que prevé el aforamiento en su nuevo art. 21⁸, del Estatuto de la Rioja (LO 2/1999, de 7 de enero de 1999) que prevé el aforamiento en su art. 24. Cuatro⁹. 1 y 2 y

6. Vid. art. 21 ECL y art. 24 cuatro 1 ER.

7. “La responsabilidad penal del Presidente del Principado y de los miembros del Consejo de Gobierno será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias por los actos cometidos en el territorio del Principado. Fuera de éste, la responsabilidad penal será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” (Art. 35bis. 1 EAAAs).

8. “El Presidente y los demás miembros de la Junta, durante su mandato y por los actos delictivos cometidos en el territorio de Castilla y León, no podrán ser detenidos ni retenidos sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Castilla y León. Fuera de dicho territorio la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” (Art. 21. EACL)

9. “El Presidente y los demás miembros del gobierno durante su mandato y por los actos delictivos cometidos en el territorio de la Comunidad Autónoma, no podrán ser detenidos ni retenidos sino en supuesto de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de la Rioja” (Art. 24 Cuatro 1. ER). “Fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” (Art. 24 Cuatro 2. ER).

del Estatuto de Extremadura (LO 12/1999, de 6 de mayo de 1999) que lo incluye en su art. 40.2¹⁰.

En materia de aforamiento cabe, además, señalar, con independencia de estudio más detallado sobre el fondo, algunas peculiaridades. En primer lugar, si con carácter general el aforamiento se realiza en favor del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, quien conocerá de los ilícitos presuntamente cometidos dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, se atribuye al Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, el conocimiento, en los mismos términos, de aquellas causas cometidas fuera del territorio de la Comunidad. Teniendo presente lo anterior, cabe destacar, no obstante, que algún Estatuto de Autonomía atribuye:

1. El conocimiento de los ilícitos criminales en los que presuntamente pudieran incurrir el Presidente y los demás miembros del Gobierno con carácter exclusivo a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, esto se excluye en cualquier caso al Tribunal Superior de Justicia superando así el criterio de orden territorial que generalmente se sigue en orden de atribución de la competencia en materia de aforamientos. Esta es la previsión del Régimen Foral de Navarra (art. 27).

2. Atribuyen el conocimiento de tales ilícitos penales en exclusividad al Tribunal Supremo pero sólo en el supuesto de que quien incurra en el mismo sea el Presidente de la Comunidad Autónoma. A esta previsión responde el Estatuto de Andalucía (art. 40.1) y el de Madrid (art. 25.1).

En segundo lugar, debemos subrayar la nota de absoluta excepción que aporta en esta materia el Estatuto de la Comunidad Valenciana y que, ciertamente, no afecta tanto al aforamiento como a la condición de procedibilidad que impone a la hora de acudir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad cuando de lo que se trata es de depurar la responsabilidad penal en la que haya podido incurrir el Presidente y los miembros del *Consell*: “La responsabilidad penal de los miembros del “*Consell*” y, en su caso, la del Presidente, se exigirá a propuesta de las Cortes Valencianas, ante el Tribunal de Justicia Valenciano” (Art. 19 ECV)¹¹.

10. La responsabilidad penal del Presidente de la Junta y los Consejeros será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por los actos delictivos cometidos dentro del territorio. Fuera de éste tal responsabilidad será exigible ante la Sala de lo Penal correspondiente del Tribunal Supremo. (...)” (Art. 40.2 EE).

11. Conviene realzar el dato de que, hasta la fecha, el contenido de este artículo no ha cobrado virtualidad práctica.

Retomando la idea inicial cabe señalar que, por lo que respecta a aquellos Estatutos que nada dice en relación a la imposibilidad de retener a aquellos miembros del Consejo de Gobierno salvo caso de flagrante delito conviene tener en cuenta al menos dos secuencias del problema:

1. A pesar de que nada se diga en torno al Presidente del mismo las prerrogativas rigen desde el momento mismo en que todos los Estatutos prevén que este ha de ser Diputado autonómico. Hemos comprobado que absolutamente todas las normas institucionales básicas amparan la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento¹² para los Diputados autonómicos.

2. El problema se plantea con exclusividad para aquellos Consejeros de Gobierno que no gocen de la condición de Diputados. Ninguno de los Estatutos menciona la preceptividad de que los miembros del Consejo de Gobierno deba ser Parlamentario. Al Presidente le corresponde su designación y su cese. Las distintas leyes de Gobierno de las distintas Comunidades Autónomas tampoco establecen tal preceptividad.

2. El significado constitucional de la prerrogativa de fuero en el ámbito autonómico

Llegados a este punto convendría adentrarse en el significado constitucional de la prerrogativa de fuero en el ámbito autonómico. Ello exige, en primer lugar, realizar una serie de precisiones de relevancia constitucional y, en segundo, clarificar el ámbito material y temporal del aforamiento.

A) Precisiones de relevancia constitucional.

Los Estatutos de Autonomía al prever un fuero procesal en materia penal incorporan una alteración al régimen competencial general que quiebra los criterios generales de atribución de competencia¹³.

12. Ciertamente cabría preguntarse si existe algún problema en aquellos Estatutos que atribuyen al Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de los presuntos delitos cometidos dentro del territorio de la Comunidad Autónoma por los Diputados, gozando el Presidente del Consejo de Gobierno también de tal condición, cuando quien incurre es el Presidente y se prevé en el Estatuto que sobre los mismos conocerá la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En este supuesto, no cabe duda de que la regla de especialidad rige frente a la más general.

13. Es, justamente, a través del concepto de competencia por el que se establece la determinación precisa del Tribunal que viene obligado, con exclusión de cualquier otro, a ejercer la potestad jurisdiccional en cada asunto concreto. Recordemos que tres son los criterios determinantes de la competencia penal (el objetivo el funcional y el territorial) que dan lugar a otros tantos tipos de competencia.

Utilizando expresión de Almagro Nosete, “Los aforamientos, en la actualidad, son reglas especiales de competencia objetiva *“ratione materiae”* que determinan la atribución de la instrucción y/o conocimiento de un asunto penal a un tribunal de grado superior al que correspondería, según las reglas generales, cuando el sujeto imputado ejerce cargo u oficio o empleo público que lleve aneja tal prerrogativa”¹⁴.

Los diversos preceptos estatutarios al mandar que la responsabilidad penal o criminal en que pudieran incurrir los Presidentes y los miembros del Consejo de Gobierno se exigirá ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente o ante la del Tribunal Supremo, introducen una regla especial de competencia objetiva *ratione personae*.

Nos hallamos, en consecuencia, ante una regla especial, de orden procesal, de competencia objetiva *ratione personae* que hace residenciar la instrucción y enjuiciamiento de un ilícito penal a un tribunal de grado superior al que le correspondería conocer según las reglas generales. Conviene recordar, pues, que no nos encontramos ante una excención jurisdiccional que, como es sabido y en expresión de Almagro Nosete¹⁵, excluye bien con carácter pleno bien con carácter limitado a determinadas personas de la aplicación del ordenamiento penal y procesal en atención al cargo u oficio público que ostentan, configurando auténticas excenciones de responsabilidad criminal y, consecuentemente, jurisdiccional.

A partir de estas consideraciones conviene dilucidar, por un lado, si el criterio *ratio personae* de distribución de competencia objetiva pudiera entrar en contradicción con el principio de igualdad en la aplicación de las normas procesales, al tiempo que, por otro lado, si la prerrogativa de fuero prevista en los Estatutos fricciona en alguna medida con el interés directo protegido por el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

14. Almagro Nosete, J. : *Derecho Procesal*, t. II. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 137.

Téngase presente que la competencia objetiva –que puede definirse, siguiendo a Moreno Catena, como la distribución que hace el legislador entre los distintos órganos jurisdiccionales integrados en el orden penal para el enjuiciamiento en única o primera instancia de los hechos delictivos por los que se procede– se establece, en expresión de Aragonese Martínez, en base a tres criterios: a) la mayor o menor gravedad del hecho enjuiciado, b) la naturaleza especial del objeto *-ratione materiae-* y c) la cualidad del sujeto encausado *-ratione personae-*. Vid. Moreno Catena, V.: *Derecho Procesal*, t. II. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 104 y Aragonese Martínez, S.: *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, pag. 99 y 100.

15. Almagro Nosete, J.: *Derecho Procesal...*, pág. 113

A mi juicio, y al igual que sucede con el aforamiento previsto para los miembros del Gobierno de la nación (art. 102.1 CE), la respuesta es negativa en ambos casos. Por lo que afecta al primero, entendemos que, atendiendo a la finalidad que cumple el tratamiento diferenciado en materia de aforamiento, la quiebra al principio de igualdad nos coloca ante un trato diferenciado y no discriminatorio. En efecto, y como de todos es conocido, las prerrogativas de las que gozan numerosos sujetos de nuestro ordenamiento sólo pueden constituir trato diferenciado y no discriminatorio, y en consecuencia ajustado a Constitución, en función de que las mismas persigan no otorgar, como es lógico, un privilegio de carácter personal, lo que repugnaría al Estado de Derecho, sino que persigan garantizar, en un sentido amplio, el desempeño del normal ejercicio de las funciones que constitucional o legalmente se atribuyan a los sujetos que integran al órgano. Ello, desde luego, no puede prescindir del concreto análisis de la finalidad que, en cada caso concreto, persigue tal prerrogativa.

En este sentido, la finalidad que persigue el aforamiento para los miembros de los Consejos de Gobierno Autonómicos y contenida en los distintos Estatutos no es la de evitar en sí misma la interposición de querellas presentadas por puro oportunismo político al objeto de presionar a los integrantes del órgano de gobierno en el ámbito autonómico. Esto sólo se evita, como hemos señalado en otro foro, a través de la introducción de otras especialidades en el proceso penal¹⁶.

Con parecido argumento al utilizado en la finalidad del aforamiento de los miembros del Gobierno de la nación contenido en el art. 102.1 CE, no podemos menos que defender que, el fundamento del fuero para los miembros del Gobierno Autonómico se halla en íntima conexión a la posición institucional que ocupa el ejecutivo autonómico. Es por ello que no parece responder a la exigencia del equilibrio entre los poderes y a la exigencia de un correcto funcionamiento de las instituciones básicas de las Comunidades Autónomas que deba ser un órgano de grado inferior al Tribunal Superior de Justicia el encargado de conocer y, en su caso, de enjuiciar cualquier tipo de ilícito penal en el que presuntamente pudieran incurrir los miembros que integran el Consejo de Gobierno Autonómico, al que corresponde, no lo olvidemos, la función de dirección política de la Comunidad, funciones ejecutivas y de carácter administrativo y reglamentario, y ello por no hacer alusión al Presidente como sujeto imputado, al que

16 Vid. García Mahamut, R.: “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución”, *Temas Claves de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 161 y ss.

le corresponde, en términos generales y sólo por mencionar algunas de sus funciones, la suprema representación de la respectiva Comunidad Autónoma y la representación ordinaria del Estado en la misma.

Dicho esto, tampoco cabe despreciar el argumento de que con la opción del estatuyente de introducir el aforamiento, y siempre en la línea de que su previsión está en función de garantizar el ejercicio del normal funcionamiento del ejecutivo autonómico, se pretenda proteger la independencia tanto del órgano ejecutivo como la del órgano jurisdiccional “frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña”¹⁷.

En torno a la segunda cuestión, esto es, si se produce alguna fricción entre el establecimiento del fuero procesal previsto estatutariamente, en términos de garantía constitucional del proceso penal, con el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, la respuesta ha de ser también negativa.

En efecto, dado que la predeterminación legal del juez, garantizado por el art. 24.2 CE, significa que la ley ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cual es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, su efectiva garantía exige, además, el cumplimiento de una serie de requisitos que vienen delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Atendiendo a jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional¹⁸, el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley¹⁹ exige:

1. Que el órgano judicial haya sido creado previamente por ley; ley en sentido formal y con carácter general.

17 STC 22/1997, Fto. Jco. 6°. Obsérvese que utilizamos expresión literal del Tribunal Constitucional para supuestos que no son idénticos. En efecto, en el fundamento jurídico citado de la Sentencia mencionada el TC hace referencia a la finalidad constitucional que persigue el aforamiento previsto en el art. 71.3 CE para Diputados y Senadores.

18 Vid. STC 47/1983, de 31 de mayo; STC 10/1984, de 4 de noviembre y, especialmente, STC 199/1987, de 16 de diciembre.

19 Para cualquier profundización sobre el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley remitimos, con carácter general, a las obras de Ruiz Ruiz, G.: *El derecho al Juez ordinario en la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 1991 y a la de De Diego Díez, L.A.: *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, Temas clave de la Constitución Española*, Tecnos, 1998.

2. Que esta ley haya investido al órgano judicial de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial.

3. Que el régimen orgánico y procesal del órgano judicial al que nos estamos refiriendo no permita calificarle de órgano especial o excepcional lo que exige, también, que la composición del órgano judicial venga determinado por la ley y que, en cada caso concreto, se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

En fin, el Juez predeterminado en quien hace residenciar los Estatutos de Autonomía –Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia o Sala de lo Penal del Tribunal Supremo– el conocimiento de los presuntos ilícitos penales en que pudieran incurrir los miembros de los Consejos de Gobierno Autonómico se ajusta a la totalidad de los requisitos expuestos²⁰.

B) Ambito material y temporal del aforamiento.

Señalábamos en páginas anteriores que, salvo el Régimen Foral de Navarra y los Estatutos de Andalucía y Madrid, el criterio de la territorialidad del ilícito penal que, conjuntamente a la condición de Presidente, Vicepresidentes y Consejeros de Gobierno, constituye el elemento esencial a partir del cual los Estatutos de Autonomía atribuyen el conocimiento de estos ilícitos penales al Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas.

Tal especialidad procesal viene amparada, por lo demás, en la LOPJ. A la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma le corresponde, a tenor del mandato expreso contenido en el art. 73.3 a) LOPJ, el conocimiento de las causas penales que los Estatuto de Autonomía les reserve. A lo que debemos añadir lo dispuesto en el apartado 4 del mismo artículo, “Para la instrucción, de las causas a las que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno pre-establecido, un instructor que no forme parte de la misma para enjuiciarles”.

La opción del estatuyente deja abierta la vía, siempre y cuando el presunto delito se haya cometido en el ámbito territorial, a la posibilidad de acudir ante una segunda instancia, esto es, al Tribunal Supremo, a través del oportuno recur-

20 . Y cuya finalidad no es otra que, “garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta... y que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario” (STC 199/1987, de 16 de diciembre).

so de casación²¹. Lo que implica, no cabe duda, que se garantiza el derecho al doble grado de jurisdicción de todo justiciable²².

Obsérvese, por lo que afecta al tipo de ilícitos penales que debe conocer el órgano judicial competente que, el establecimiento de la prerrogativa de fuero en materia penal no se ha hecho depender en las previsiones estatutarias de la calidad de un determinado tipo de ilícitos penales²³. Los estatutos, con alcance general, atribuyen el conocimiento al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo de cualquier presunto acto delictivo imputado, digámoslo con carácter genérico, a los miembros del Consejo de Gobierno, del que se pudiera derivar responsabilidad criminal²⁴, con independencia de la naturaleza de la impu-

21. Recordemos que procede el recurso de casación “por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: a) las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia...” (art. 847 LECrim.).

22. Cabe señalar que, desde otra perspectiva, sin embargo, Mir Puig alega en el marco del análisis del art. 38 EAC, y a partir de la defensa de que la responsabilidad penal del Presidente de la Generalitat de Cataluña precisaba de un tratamiento sistemático y cualitativamente diferente a la de los Consejeros, “que se atribuya el conocimiento de todos los posibles hechos punibles del Presidente al Tribunal Supremo y, en cambio, el enjuiciamiento cometido por los Consejeros al mismo Tribunal o al Tribunal Superior de Justicia correspondiente, según se trate de hechos cometidos fuera o dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, es una diferencia de poca importancia y desde un punto de vista autonómico podría incluso considerarse menos garantizadora de la posición del Presidente –si se entiende que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad puede ser más sensible a los intereses autonómicos que un Tribunal central como el Supremo– “*La cursiva es nuestra*. Mir Puig, S.: “Responsabilidad penal del Presidente de la Generalidad y de los Consejeros. Art. 38 EAC”. *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Vol. III, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 1990, pág. 431.

23. Obsérvese que en materia de responsabilidad civil si se ha matizado, por ejemplo en el EE, que de las demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones conocerá de los mismos el Tribunal Superior de Justicia (Art. 40.2 EE).

24. Opinión que también comparte, entre otros, Moreno Catena, V.: “Comentario al art. 18 EG”. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, Dir. J.L. Carro Fernández-Valmayor. MAP, Madrid, 1991, pág. 214; Bosh Benítez, O.: “Comentario al art. 18 Ecan”. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 155. En el mismo sentido, y a pesar de que en el caso Navarro, como ya hemos apuntado la responsabilidad criminal del Presidente y la de los miembros de la Diputación Foral se exige ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Santamaría Pastor J.A. defiende que el carácter objetivo del aforamiento opera respecto de todo tipo de delitos. Vid. “Comentario al art. 27 Lorafna”. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Navarra*, Dir. J.A. Santamaría Pastor, MAP, Madrid, 1992, pág. 275. Idéntica opinión es defendida por Cámara Villar, G.: “El poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *El Estatuto de Andalucía: El Gobierno y la Administración*, Ariel, Barcelona, 1990, pág. 45.

tación²⁵. La única condición necesaria es la de ostentar, en ese momento, la condición de Presidente o de miembro del Consejo de Gobierno²⁶.

Si la especialidad de fuero sólo cobra vigencia durante el tiempo que los miembros del Consejo de Gobierno ostenten tal condición²⁷, ello implica el conocimiento, por parte de la Sala competente, de aquellos presuntos ilícitos penales en los que pudieran haber incurrido los aforados con anterioridad a la toma de posesión de su cargo. En este supuesto la fundamentación del aforamiento se encuentra en íntima conexión con el cargo que actualmente ocupa el sujeto aforado²⁸.

Por contra, una vez cesado en el cargo, aunque el ilícito penal por el que se iniciara el proceso penal se sitúe en el espacio temporal en el que el sujeto ostentaba la condición de miembro del Consejo de Gobierno, la especialidad del fuero no actuaría.

3. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado y la prerrogativa de fuero: Algunas cuestiones pendientes

Una cuestión de orden jurídico de relevancia y que se suscita en el ámbito de la especialidad de fuero en materia de responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno Autonómico, trae causa desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ) y sus posteriores modificaciones.

25. Esto es, con independencia de si el presunto ilícito deriva de las funciones propias del ejercicio del cargo o si, por el contrario, forma parte del ámbito de las actividades privadas del miembro del Consejo de Gobierno inculpado. Todo ello sin perder de vista, como ya se ha matizado, el ámbito territorial en el que se haya presuntamente cometido el delito.

26. Cuestión diversa será la respuesta que se de a la problemática que plantea la *perpetuatio iurisdictionis*. Como es sabido, la *perpetuatio iurisdictionis* supone, utilizando expresión de Hinojosa Segovia, aquella ficción de acuerdo con la cual, todos los hechos que fundaron la jurisdicción y la competencia permanecen inalterados aunque en realidad hayan cambiado. (Hinojosa Segovia, R. *Derecho Procesal Penal*... pág. 697).

27. No cabe excluir la posibilidad de que el Consejero imputado haya dimitido como tal pero, sin embargo, ostente la condición de miembro de la Asamblea Autonómica. En este supuesto, la especialidad de fuero seguiría actuando por vía expansiva del aforamiento previsto en el respectivo Estatuto para los miembros de la Asamblea. Si esta fuera la situación, debemos tener presente, no obstante, que el fundamento de tales aforamientos incide en funciones diversas y, en consecuencia, susceptible de producirse una mutación entre la protección de diversas funciones: la función parlamentaria y la función gubernativa.

28. Cuestión esta, por lo demás, reiterada tanto por la jurisprudencia del TS como por la del TC.

En efecto, obsérvese que si bien la competencia objetiva del Tribunal del Jurado viene delimitada a través del establecimiento de delitos concretos sobre los que éste debe conocer, la Ley no excluye expresamente del juicio del Jurado *ratio materiae* a los sujetos aforados que hayan podido incurrir en los delitos que de forma tasada el TJ es competente para conocer y enjuiciar.

La LOTJ dispone literalmente lo que sigue: “El juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional” (art. 1.3 LOTJ). “Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado será un Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, respectivamente”(art. 2.1, párrafo segundo, LOTJ).

Del tenor literal de estos artículos surge inmediatamente una pregunta, ¿puede el TJ enjuiciar, en el ámbito del Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia, al Presidente y a los demás miembros del Consejo de Gobierno por la comisión de un ilícito penal de los que corresponda conocer al TJ²⁹ –y siem-

29. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 1.2 de la LOTJ, de conformidad con la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, el TJ será competente para el conocimiento y fallo de los siguientes delitos que sistematizaremos siguiendo a Gimeno Sendra: a) Delitos de homicidio previstos en los arts. 138 a 140 del CP. b) Delitos contra el libre ejercicio de los derechos fundamentales: los de allanamiento de morada previstos en los arts. 202 y 204 del CP y las amenazas previstas en el art. 169.1º del CP. c) Delitos contra el patrimonio social y el incumplimiento de deberes cívicos: la omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196 del CP) y los delitos medioambientales de incendios forestales contenidos en los arts. 352 y 354 del CP. d) Delitos cometidos por funcionarios: la infidelidad en la custodia de presos (art. 471 del CP) y de documentos (arts. 413 a 415 del CP), el cohecho (arts. 419 a 426 del CP) y algunos delitos de caudales públicos contemplados en los arts. 432 a 434, los delitos de fraude, exacción ilegal (arts. 436 a 438 del CP), negociación prohibida (arts. 439 a 440 del CP) y tráfico de influencias (arts. 428 a 430 del CP). (Vid. Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996, pág. 742).

Debemos añadir que, atendiendo a lo previsto en el art. 5.2 LOTJ, la competencia del TJ, además, se extiende al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: a) que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; b) que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello y c) que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. No obstante, precisa el mismo art. 5.2 que, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa. También atribuye la ley (art. 5.3 LOTJ), en el supuesto de que un solo hecho pueda constituir dos o más delitos,

pre que se den los presupuestos de orden procesal penal previstos por la LOTJ?.

Contestar a esta cuestión exige tener presente que, si bien los Diputados, Senadores y miembros del Gobierno gozan de la prerrogativa de fuero amparado por la propia Constitución (arts. 71.3 CE y 102 CE), el resto de los aforamientos reconocidos en nuestro ordenamiento están contenidos en norma de rango infra constitucional. Sin ánimo de extendernos sobre estos supuestos, que ya hemos analizado en otro foro³⁰, y admitiendo que el Juez ordinario predeterminado por la ley para conocer de los ilícitos penales, en el supuesto de que incurran en ellos Diputados, Senadores y miembros del Gobierno de la Nación, es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su composición ordinaria³¹. Parecería claro, desde esta perspectiva, que los aforamientos contenidos en todas a aquellas leyes, como resulta obvio, de carácter orgánico, se han de interpretar conforme a lo dispuesto por una ley orgánica posterior que expresamente prevé que por razón de la materia y a pesar de que los sujetos gocen de la especialidad de fuero, es el Tribunal del Jurado constituido en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o en la del Tribunal Superior de Justicia el competente para enjuiciar tales ilícitos penales³².

la competencia al TJ para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento. Asimismo, cuando diversas acciones y omisiones constituyen un delito continuado se atribuye la competencia al TJ si éste fuere de los atribuidos a su conocimiento (art. 5.3 LOTJ).

30. Remitimos en este punto a nuestro trabajo: “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno...”, págs. 135 y ss.

31. Esto es, excluyendo al Jurado. Posición en la que abunda el reciente Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1999. Cabe señalar que, en sentido contrario, se pronuncian, Gimeno Sendra, V. y Garberí Llobregat, J.: *Ley orgánica del Tribunal del Jurado...* op. cit., pág. 66 y Gómez Colomer, J.L.: “Constitución y Proceso Penal”, *Temas Claves de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 90.

32. En esta línea se ha pronunciado también la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en un recurso de casación presentado por un miembro del Ministerio Fiscal, quien alegaba, entre otras, la vulneración al derecho fundamental al juez predeterminado por la ley, por haber sido juzgado por delito de cohecho por el Tribunal del Jurado ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. La Sala desestimó tal pretensión alegando que “la atribución que el art. 73 (LOPJ) hace a las “Salas de lo Civil y lo Penal” de los Tribunales Superiores de Justicia de la instrucción y fallo en única instancia de las causas seguidas contra miembros del Ministerio Fiscal por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo -a salvo la competencia del Tribunal Supremo- debe entenderse modificada en su contenido por los artículos 1 y 2 de la también Ley Orgánica del Jurado al disponer para determinados delitos, como por ejemplo el de cohecho, que el enjuiciamiento se haga por nueve jurados y un Magistrado que los presidirá, previniendo expresamente que en el caso de los aforados ante los Tribunales Superiores de Justicia este Presidente será un Magistrado de su Sala Civil y Penal” (STS 1193/1999, Fto. de Derecho Primero, 3).

En esta línea de razonamiento y teniendo presente que los Estatutos de Autonomía son leyes orgánicas de naturaleza especial, cabe preguntarse si una interpretación conjunta de la LOTJ y los Estatutos de Autonomía salva el problema.

A mi juicio el problema no queda del todo salvado. Téngase presente que el Juez ordinario predeterminado por la ley, por voluntad del estatuyente es la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, si el ilícito se comete en el ámbito territorial de la Comunidad y, fuera de ella, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La composición de ambas Salas son diferentes a la composición de una Sala compuesta por nueve Jurados y un Magistrado-Presidente del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia³³.

Si la voluntad del estatuyente ha sido precisamente mandar al órgano que culmina la organización judicial en el ámbito autonómico o al órgano jurisdiccional superior de todos los órdenes el conocimiento de tales ilícitos no cabe, simplemente, aducir que la Sala de lo Penal del Tribunal Superior o del Supremo queda integrado por el Tribunal del Jurado incardinado en él³⁴.

33. La Fiscalía General del Estado, en su Circular 3/1995, ha utilizado parecido argumento cuando la premisa es la de que el TJ deba enjuiciar a los sujetos directamente aforados por mandato constitucional expreso. Por su parte, el Tribunal Supremo, en el Auto al que nos referíamos, y cuyo resultado compartimos, pero no por el proceso deductivo que emplea, ha señalado que, “teniendo en cuenta que el art. 57 de la LOPJ no ha sido modificado por la Ley del Jurado, la discordancia que parece ofrecer el meritado precepto en relación con el contenido del art. 2.1º.2 de la LO 5/1995 se desvanece en tanto que el órgano jurisdiccional permanente y predeterminado es la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la cual en modo alguno puede identificarse con un órgano jurisdiccional “*ad hoc*” compuesto por los nueve jurados que han de emitir el veredicto aunque sean presididos por un Magistrado de dicha Sala”. A lo que añade seguidamente, y ello es lo más curioso “Argumento “*ex abundantia*” a favor de la tesis acogida en esta resolución, lo constituye el dato de que la previsión normativa de la LOPJ no es sino una transcripción fidedigna de mandatos constitucionales, en cuanto los arts. 102.1 y 71.3 de la CE establecen, respectivamente, que la responsabilidad criminal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno y la de los Diputados y Senadores será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”(ATS, Sala de lo Penal, de 9 de febrero de 1999).

34. Posición contraria es defendida por Granados Calero. En un análisis referido exclusivamente al ámbito valenciano, entiende que dado que el Estatuto valenciano no determina la naturaleza del juicio al que le corresponde conocer el Tribunal Superior de Justicia “bien puede resolverse que la causa pase al tribunal del Jurado competente en razón del aforamiento de la persona inculpada, para su definitivo encausamiento”. A juicio del mismo “Llegar a una interpretación opuesta, equivaldría a tanto como constatar que el Jurado carece de atribuciones competenciales respecto a los miembros de las diversas Cámaras Legislativas, lo que resulta contrario a la voluntad del legislador y al propio texto de la LO 5/1995” (Granados Calero., F.: “Los parlamentarios autonómicos y el Tribunal del Jurado”, Corts. *Anuario de Derecho Parlamentario*, 1997, núm.3, págs. 50 y 51.).

En fin, dado que las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas no son simples leyes orgánicas, y de ahí que su proceso de elaboración y modificación se haya sujeto a un procedimiento cualitativamente diferente del resto de las leyes orgánicas, no podemos aceptar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el simple argumento de que la LOTJ modifica o complementa lo dispuesto por el estatuyente. Sujeto, por otro lado, bien diferente al legislador orgánico. Todo ello a pesar de que se pudiera esgrimir que la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado³⁵.

Planteémoslo de otro modo, si la LOTJ se hubiese aprobado con anterioridad a los Estatutos de Autonomía ¿el estatuyente hubiese aceptado en materia de aforamientos que los miembros del Consejo de Gobierno, por aquellos delitos de los que es competente para conocer el TJ, fueran juzgados por el TJ integrado en la Sala de lo Penal del Tribunal Superior o Supremo?. Dado que los Estatutos podrían perfectamente, en tal caso, haber omitido tal posibilidad, entendemos que el mismo razonamiento cabe aplicarse a la solución del problema. Sin embargo, utilizando este argumento idéntica solución no puede darse a aquellos estatutos que han introducido el aforamiento tras la aprobación de la LOTJ.

No cabe, por otro lado, olvidar que si el legislador estatutario, al menos aquél anterior a la aprobación de la LOTJ, ha optado por introducir una regla especial en materia de distribución de competencias quebrantando así el principio de igualdad de trato ello viene perfectamente fundamentado por la necesidad, y, utilizaremos expresión literal del Tribunal Supremo, “de asegurar el enjuiciamiento de precisas personas en el seno de un concreto y estable órgano jurisdiccional del máximo rango legal, distinto del Tribunal del Jurado que, aunque sea mucho más que un simple procedimiento de enjuiciar, se conforma según su criterio orgánico, con una peculiar estructura jurisdiccional con específica composición, esquema territorial y ámbito competencial propio”³⁶.

En fin, del mismo modo que no rige aforamiento alguno para aquellos Consejeros de Gobierno autonómico cuyos Estatutos no reconocen especialidad

35. Sin embargo, el TC expresamente ha reconocido que frente a la posibilidad de que el Estatuto de Autonomía hubiera podido regular esta materia (refiriéndose a la posibilidad de que el EAAs. pudiera haber dispuesto el aforamiento para los miembros del Consejo de Gobierno del Principado), ello, “no permite entender que hubiera podido habilitar a la Ley Autonómica para regular materias que son de la competencia exclusiva de la legislación del Estado” (STC 159/1991, Fto. Jco. 3º).

36. ATS, Sala de lo Penal, de 9 de febrero de 1999, Fto. Jco. Unico.

procesal alguna al silenciar los mismos tal posibilidad, debemos interpretar que frente a la voluntad expresa del legislador estatutario de mandar tal aforamiento debe permanecer el mismo en los términos en los que inicialmente el estatuyente previó.

4. El aforamiento y la naturaleza de la norma en el ámbito autonómico

No quisiera finalizar este trabajo sin abordar una cuestión que, afectando al fuero procesal, a día de hoy ha dejado de adquirir relevancia desde el momento mismo que no existe un solo Estatuto que no prevea la especialidad procesal en la que consiste el aforamiento. Sin embargo, y como ya hemos dejado constancia, ello no siempre fue así. Es más, no nos hemos adentrado en ningún momento en las causas que han condicionado tal situación y que a mi juicio tiene bastante que ver con la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 6/1984 del Presidente y del Consejo de Gobierno de Asturias.

En efecto, en páginas anteriores hemos subrayado el hecho significativo de que la Ley Orgánica 7/1981 por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Asturias no contenía precepto estatutario alguno que amparase la prohibición de detener durante su mandato al Presidente y a los demás miembros del Consejo de Gobierno, por los presuntos actos delictivos, salvo flagrante delito. A la vez que tampoco estableció especialidad procesal alguna en materia de distribución de competencia.

Por contra, el Estatuto, como la práctica totalidad de los Estatutos de Autonomía, de forma expresa mandataba que una ley de la Junta aprobada por el voto favorable de la mayoría de sus miembros, determinará, amén de otras cuestiones como el cese, atribuciones, etc., el estatuto personal del Presidente del Principado de Asturias (art. 32.4 EAAs.). El art. 33.2 EAAs., estableció, en parecidos términos, la misma previsión para los miembros del Consejo de Gobierno³⁷.

Fruto de todo ello se aprueba la Ley Autonómica 6/1984 del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado. Ley que, por otro lado, encargándose de cumplir el mandato estatutario de regular, entre otras, el estatuto del Presidente

37. “La Junta, por mayoría de sus miembros, regulará las atribuciones del Consejo de Gobierno, así como el estatuto, forma de nombramiento y cese de sus componentes” (art. 33.2 EAAs.).

y de los Consejeros, venía a disponer en su art. 39 lo que sigue: “1. La responsabilidad criminal de los Consejeros será exigible por los actos delictivos cometidos dentro del territorio de la Comunidad ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Fuera del territorio del Principado, la responsabilidad penal será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. 2. La responsabilidad civil de los Consejeros será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia”.

En este contexto, conviene recordar los motivos que llevaron al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional el art. 39 de la Ley 6/1984 del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional se produce a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad que plantea el Pleno de la Audiencia Territorial de Oviedo constituido en Sala de Justicia contra el citado art. 39 frente a una causa penal que se seguía contra un Consejero del Gobierno del Principado por un presunto delito cometido dentro del territorio autonómico.

El motivo fundamental de inconstitucionalidad que aduce la Audiencia Territorial se centra en la infracción de los principios de competencia y jerarquía normativa, al entender que una ley autonómica no podía crear un fuero privilegiado para los miembros del Consejo de Gobierno. Ello lo justifica en base a un doble argumento. Por un lado, destaca que el art. 39 de la Ley 6/1984 establece un aforamiento no previsto por el Estatuto de Autonomía, lo que supondría una modificación del mismo efectuada de modo contrario al art. 147.3 CE e invoca, en tal sentido, la doctrina establecida en la STC 36/1981. Por otro lado, sostiene que el precepto cuestionado infringe el art. 149.5^a y 6^a CE así como el art. 122 CE, en cuanto determinan la competencia exclusiva del Estado para establecer las normas referentes a la Administración de Justicia, las leyes procesales, la organización de los Tribunales y la determinación de su competencia.

El Tribunal Constitucional, por su parte, no admite que la falta de previsión estatutaria del fuero implicase que el art. 39.1 de la Ley Autonómica modificara lo dispuesto en el EAAs. Respecto al estatuto de los Consejeros, dado que el mismo no contenía previsión alguna acerca de su fuero procesal. Ahora bien, “el hecho de que el establecimiento del fuero de los Consejeros del Principado por el art. 39.1 de la Ley 6/1984 no vulnere el EAAs., no implica necesariamente que esa innovación legislativa pueda ampararse en un título competencial de la Comunidad Autónoma”³⁸. A partir de aquí el TC delimita la cuestión y se centra

38. STC 159/1991, Fto. Jco. 3º

en el argumento de la Audiencia relativo a la incompetencia del legislador autonómico para dictar una norma en esta materia.

De la naturaleza del precepto cuestionado y ante la omisión estatutaria aduce el máximo interprete que “el art. 39.1 de la Ley 6/1984 no puede considerarse como expresión de la competencia autonómica de organización del autogobierno (art. 10.1 a) EAAs) (...). El mencionado título competencial comprende, ciertamente, la regulación del Estatuto de los Consejeros, pero con las limitaciones derivadas de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado, que el legislador autonómico no puede invadir al efectuar aquella regulación. Dicho título competencial es el que el art. 149.1 6ª CE atribuye con carácter exclusivo al Estado la materia de legislación procesal, en relación también a lo previsto en los arts. 117.3 y 122.1 CE, en cuanto al establecimiento de la normativa orgánica de los Tribunales y a la determinación de su competencia: ello incluye el establecimiento del fuero jurisdiccional penal de los integrantes del ejecutivo autonómico asturiano, toda vez que el aforamiento constituye uno de los objetos de regulación de la legislación procesal”³⁹.

En fin, “resulta constitucionalmente inaceptable que una Ley autonómica, como la Ley 6/1984 del Principado de Asturias, proceda por sí misma a establecer *ex novo* el fuero jurisdiccional penal de los miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, siendo así que se trata de una materia que pertenece a la exclusiva competencia estatal”⁴⁰.

La inconstitucionalidad del aforamiento en materia penal quedaría solventada, según parece desprenderse de esta Sentencia, no ya desde el instante en el que el Estatuto de Autonomía ha previsto tal especialidad procesal –en el supuesto concreto, cuando se trata de depurar las oportunas responsabilidades penales en las que pudiera incurrir tanto el Presidente como los Consejeros del Principado– sino, y conjuntamente, desde el momento en el que la LOPJ atribuye, cuando así lo determinen los Estatutos de Autonomía, el conocimiento de la causa bien por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma respectiva (art. 73.1, a) LOPJ), bien por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 57.1, 2ª LOPJ). Claro que, el resultado de tales premisas jurídicas conduciría a sustraer la posibilidad efectiva de aplicar los aforamientos previstos por los estatuyentes cuando el legislador orgánico decidiera suprimir tales previsiones. Solución ésta que en modo alguno compartimos.

39. STC 159/1991, Fto. Jco. 4º.

40. *Ibidem* .

5. Una consideración final

Obsérvese que a partir de la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias el resultado práctico no ha sido otro que, si en el momento de la aprobación de los Estatutos de Autonomía eran sólo cuatro los Estatutos, de los diecisiete, los que no contemplaban expresamente una prerrogativa especial de fuero, hoy, tras las reformas de los mismos, todos contemplan el aforamiento de los miembros de los Consejos del Gobierno autonómicos. Clara tendencia al alza en esta materia.

LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA Y SUS CONSECUENCIAS EN
LOS ÁMBITOS ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR Y PENAL:
ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

F. Javier Díaz Revorio
Profesor Titular Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha. Toledo)

SUMARIO

1. *Introducción*
2. *Conducción y alcoholemia: algunos datos relevantes*
3. *La prueba obligatoria de alcoholemia: problemas constitucionales*
 - 3.1. *El derecho a la integridad física*
 - 3.2. *La libertad personal*
 - 3.3. *La intimidad personal*
 - 3.4. *El derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*
 - 3.5. *La presunción de inocencia y la introducción en el proceso de la prueba de alcoholemia*
4. *Prueba de alcoholemia y derecho administrativo sancionador*
5. *La normativa penal a la luz de la jurisprudencia constitucional y ordinaria*
 - 5.1. *Características generales, elementos del tipo y naturaleza*
 - 5.2. *Impregnación alcohólica e influencia*
 - a) *La prueba de alcoholemia*
 - b) *Otras pruebas. Los “signos externos”*
6. *Concurrencia de sanciones administrativa y penal y principio non bis in idem*
7. *La negativa a someterse a las pruebas: consecuencias penales y administrativo-sancionadoras*
8. *Conclusiones*

1. Introducción

Está fuera de toda duda que el alcohol representa un importante factor de riesgo en la conducción de vehículos, es causa asociada a un elevado número de accidentes, y por tanto a la pérdida de vidas humanas y a graves daños físicos y psíquicos, y supone en definitiva un preocupante problema al que hay que enfrentarse. Por este motivo deben valorarse en principio positivamente las medidas tendentes a prevenir y sancionar la conducción bajo los efectos del alcohol, desde las campañas informativas hasta el establecimiento de sanciones administrativas y penales, pasando por la realización de controles o tests de alcoholemia, ya sea con carácter preventivo o en los supuestos de accidente. En efecto, la práctica de pruebas para la detección del grado de impregnación alcohólica resulta, como veremos, necesaria para la imposición de la sanción administrativa, y muy conveniente para la determinación concreta de la tasa de alcoholemia en los procedimientos penales.

Pero desde el punto de vista jurídico, la práctica de estas pruebas y la determinación de sus consecuencias plantea no pocos problemas del mayor interés, la mayoría de los cuales ofrecen una perspectiva o dimensión constitucional. Por un lado, hay que analizar las garantías necesarias en la realización de las pruebas para su propia validez; por otro, los requisitos necesarios para la introducción de dichos tests como prueba en los procedimientos penales; en tercer lugar, las (diferentes) consecuencias que debe tener el dato de la tasa de alcoholemia en el ámbito administrativo-sancionador y en el penal; y, en fin, en relación con lo anterior, la necesaria delimitación entre las infracciones administrativas y los tipos penales aplicables en esta materia.

Los mencionados problemas relativos a la tasa de alcoholemia requieren un análisis más riguroso teniendo en cuenta la última modificación de la tasa máxima de alcoholemia aplicable en el ámbito administrativo, que como es sabido se ha reducido, a partir del 6 de mayo de 1.999 (fecha en que entró en vigor el R. Decreto 2282/1.998, de 23 de octubre), de 0,8 a 0,5 gramos por litro en sangre¹. Por lo demás, al parecer no se descartan nuevas reformas, que podrían tener como eje central el dato de la tasa de alcoholemia y sus consecuencias administrativas y penales.

1. Como es sabido, la tasa de alcoholemia puede referirse a gramos por litro de sangre, o bien a miligramos por litro de aire espirado. Una tasa expresada en gr./l en sangre equivale exactamente a la mitad, si se expresa en mgr./l en aire espirado: por ejemplo, 0,5 gr./l en sangre es igual a 0,25 mgr./l en aire. En este trabajo cuando mencionemos un nivel de alcohol en cifras sin otra indicación expresa nos referimos a gramos por litro de sangre.

Conviene insistir en que los problemas mencionados poseen una indudable dimensión constitucional, y por ello deben analizarse a la luz de la Constitución, que debe presidir la interpretación de todo el ordenamiento. En estas cuestiones pueden resultar afectados derechos fundamentales como el derecho a la prueba, la presunción de inocencia o el derecho a no declarar contra sí mismo. La propia delimitación entre las sanciones administrativas y penales tiene también trascendencia constitucional, ya que ambos ordenamientos responden a criterios y principios distintos; y la actual redacción de los preceptos aplicables en dichos ámbitos pone especialmente de manifiesto las diferentes exigencias constitucionales referentes a la prueba del delito y la de la infracción administrativa. Como consecuencia de esta dimensión constitucional, el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los problemas que afectan a los derechos fundamentales antes mencionados, pero también ha interpretado la normativa penal aplicable a la luz de la Constitución. En este sentido se ha pronunciado sobre el tipo penal de conducción bajo la influencia del alcohol, desvinculándolo en cierta medida de la tasa de alcoholemia resultante del test; o ha comparado la pena establecida para dicho delito con la prevista para el delito de negativa a someterse a las pruebas, desde la perspectiva de la proporcionalidad.

Esta perspectiva constitucional presidirá todo el análisis que pretendo realizar en este trabajo. Pero antes de entrar en los problemas estrictamente jurídicos, me parece conveniente considerar algunos aspectos relevantes en relación con la influencia del alcohol en la conducción.

2. Conducción y alcoholemia: algunos datos relevantes

Para valorar la adecuación de la tasa máxima de alcoholemia establecida reglamentariamente al fin perseguido, y sobre todo para valorar las consecuencias que la superación de dicha tasa, prevista en el ámbito administrativo sancionador, pudiera tener en el ámbito penal, es conveniente conocer con cierta precisión qué incidencia posee el alcohol en la conducción en los distintos niveles de ingestión.

Según algunos estudios², entre 0,01 y 0,15 grs./l., normalmente no se aprecian los efectos del alcohol; entre 0,16 y 0,20, el 20% de los conductores ya acusan aumento del tiempo de reacción; entre 0,21 y 0,30, se produce una incorrec-

2. Puede verse el cuadro que recoge Miguel María Muñoz Medina, *La potestad sancionadora de la Administración en materia de tráfico: infracciones y sanciones*, Boletín Oficial del Estado (Estudios

ta apreciación de las distancias y velocidades, y todos los individuos presentan algunas perturbaciones en su encefalograma; de 0,31 a 0,50, no existen todavía efectos aparentes, pero aparece una ligera euforia y defectos de visión; de 0,51 a 0,80 (que es el tramo al que con carácter general la última reforma extendió la prohibición de conducir), aparecen pocos efectos aparentes, pero existe una euforia sensible, alargamiento del tiempo de reacción y perturbación de las reacciones motrices; entre 0,81 y 1,50 se produce una ligera embriaguez, perturbación general del comportamiento y conducción peligrosa; a partir de 1,5, y hasta 2,99, se produce una embriaguez manifiesta o notoria; entre 3 y 4,99 existe imposibilidad física de conducir, mientras que a partir de 5 puede hablarse de coma etílico.

De especial interés son los datos correspondientes al coeficiente multiplicador del riesgo de accidentes tras la ingestión de alcohol. Centrándonos en el riesgo de accidentes mortales, puede señalarse que, entre 0,01 y 0,15 (tramo en el que el alcohol no produce normalmente efectos en la conducción), dicho riesgo es del 1,20%; de 0,16 a 0,20, el riesgo pasa a ser del 1,45 %; de 0,21 a 0,30, el riesgo es del 1,75 %; de 0,31 a 0,50, 2,53 %; de 0,51 a 0,80 (que es el tramo que nos interesa especialmente), el riesgo de accidentes mortales sube hasta el 4,42%; pero es a partir de 0,81 cuando el riesgo se dispara, pasando al 16,21% entre 0,81 y 1,50, y situándose en 60 para una alcoholemia de 2,00.

Desde luego, los datos varían según la fuente que se siga, e incluso son bastante imprecisos para determinar la incidencia real del alcohol en los accidentes de tráfico³, hasta el punto de que se ha afirmado que es difícil determinar la medida en que el alcohol produce un mayor riesgo de accidente grave, siendo

Jurídicos), Madrid, 1993, pág. 125 (que recoge datos tomados del Boletín Informativo de la C.N.S.V., nº 8, octubre-noviembre de 1.980). En un sentido muy similar, puede verse *El País* (Suplemento El viajero), 27 de diciembre de 1.998, pág. 22. Pueden consultarse también los datos ofrecidos por Carlos Ganzenmüller Roig, José Francisco Escudero Moratalla y Joaquín Frigola Vallina, *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y conducción bajo influencia de drogas y bebidas alcohólicas*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 1998, pág. 167.

3. Por ejemplo, según la *Revista Tráfico*, febrero-marzo de 1999, entre el 40 y el 80 por 100 de los fallecidos en accidente de circulación había bebido, presentando tasas superiores a 0,5, lo que, aparte de ser un dato preocupante, es bastante impreciso; en el número citado de *El País*, de 27 de diciembre de 1998, se afirma que en España el alcohol está presente en el 40% de los accidentes mortales, y entre el 15% y el 35% de los accidentes con heridos graves. Miguel M. Muñoz Medina, *La potestad sancionadora...*, cit., pág. 126, cita un estudio de la Dirección General de Tráfico y el Departamento de Salud de la Comunidad Autónoma de Navarra, según el cual, el alcohol en concentración igual o superior a 0,8 está presente en un 33% de los accidentes con víctimas. Sin embargo, si observamos los datos estadísticos relativos a las pruebas de alcoholemia realizadas en 1998 (pueden verse en internet, en www.dgt.es), podemos apreciar que, de un total de 70.181 pruebas realizadas con motivo de un accidente, 4.534 resultaron positivas, lo que supone “sólo” un 6,5%; comparando estos datos con las prue-

poco conocidos sus efectos reales en este tipo de accidentes cuando es ingerido en pequeñas dosis⁴.

Debe tenerse en cuenta además que el riesgo de sufrir un accidente asociado al alcohol no depende exclusivamente de la cantidad ingerida o de la tasa de alcoholemia, ya que “los conductores inexpertos y los que beben de manera esporádica aumentan el riesgo de accidente a partir de niveles más bajos que la población general; además, cuando se tiene poca experiencia, no sólo con el volante sino con los propios efectos del alcohol, faltan recursos para solucionar cualquier contingencia”⁵. Por ello se ha señalado que la tasa de alcoholemia proporciona una primera prueba de la influencia del alcohol sobre el conductor, pero en modo alguno es definitiva, ya que con idénticas tasas la influencia puede ser diferente, dependiendo de las características personales de cada sujeto⁶. La tolerancia al alcohol no es la misma en los distintos sujetos, tanto por factores con-

bas realizadas con carácter preventivo, advertimos que, en este caso, de un total de 1.468.049, 49.698 resultaron positivas, es decir, un 3,4%. De manera que, en el caso de accidente, el porcentaje de positivos es algo inferior al doble del existente en controles preventivos, pero manteniéndose en todo caso en un porcentaje relativamente bajo (aunque no hay que olvidar que no en todos los accidentes se realiza el control de alcoholemia).

4. Así, Pilar Gómez Pavón, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, Barcelona, 3ª ed., 1998, págs. 63- 64, citando a Kaiser, afirma que es difícil determinar hasta qué punto el alcohol conlleva un mayor riesgo de accidente grave, ya que realmente la mayoría de los datos aportados hacen referencia a conductores implicados en delitos que produjeron esos resultados. Afirma esta autora que muy poco sabemos sobre el conductor con pequeñas dosis, ya que su conducta puede quedar oculta al no ocasionar ningún daño a las personas o cosas, de manera que, pese a la multitud de estudios realizados dentro y fuera de España, estamos aún muy lejos de saber la incidencia real; sólo podemos tener una relativa certeza del papel del alcohol como desencadenante de accidentes graves, supuesto en el cual, en la mayoría de los casos, el conductor tiene una elevada cantidad de alcohol en su organismo.

5. Son palabras de Juan Carlos González Luque, uno de los expertos que participó en el informe encargado por el Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial para estudiar la situación legal y la repercusión del alcohol en los accidentes, citado en la *Revista Tráfico*, febrero-marzo de 1999, cit.

6. Pilar Gómez Pavón, *El delito de conducción...*, cit., pág. 69. En la misma línea, Jesús María Silva Sánchez, “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1ª del Código penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, en VV. AA., *Derecho de la circulación*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 157. En sentido contrario, Miguel María Muñoz Medina, *La potestad sancionadora...*, cit., págs. 124-125, afirma que las cantidades de alcohol necesarias para alcanzar tasas de alcoholemia similares pueden variar en función del peso, talla u otros factores, pero una vez determinada la tasa de alcoholemia las alteraciones se producen sistemáticamente de manera virtualmente idéntica entre unas personas u otras. Pero aunque se admitiera esta tesis, me parece que habría que reconocer que la influencia de esas tasas en la conducción depende también de otros factores, como la propia pericia en la conducción, o la mayor o menor costumbre de ingerir ciertas cantidades de alcohol.

génitos como por otros adquiridos por el hábito, de manera que existe una considerable variación individual en la susceptibilidad a la intoxicación alcohólica: mientras algunos sujetos manifiestan signos de intoxicación desde 0,3 gr. por litro, en otros dichos signos no se aprecian hasta más de 1,5 gr.; con 2 gr. se puede afirmar que todos los individuos están ebrios⁷. En la misma línea ha afirmado nuestro Tribunal Supremo que, con referencia al individuo medio, se considera a efectos médico-legales que a partir de 1,5 la influencia del alcohol en la conducción es probable, y cierta a partir del 2,0 por mil⁸.

Con todo, es cierto que la reducción de la tasa máxima de alcoholemia parece responder a una tendencia que va generalizándose en los países de nuestro entorno. Siguiendo la propuesta de la Dirección General de Transportes de las Comunidades Europeas, ya han asumido la tasa de 0,5 gr./l. Alemania, Austria, Dinamarca, Francia, Bélgica, Finlandia, Grecia, Holanda y Noruega. Sin embargo, otros países como Irlanda, Italia, Luxemburgo y el Reino Unido mantienen actualmente una tasa de 0,8 gr./l. En cambio, la mayor reducción (hasta un máximo de 0,3 gr./l.) para los conductores noveles es una novedad en el Derecho español, que en este aspecto llega más lejos que los sistemas jurídicos de nuestro entorno.

En algunos países que ya han reducido la tasa máxima de alcoholemia, esta medida ha supuesto la disminución de los accidentes mortales en un 11%⁹. Pero conviene esperar a conocer los datos futuros propios de nuestro país, para apreciar la incidencia real de la última reforma que entró en vigor en 1999, incidencia que por lo demás es difícilmente evaluable, ya que en los accidentes de tráfico confluyen numerosos factores, cuya repercusión aislada o separada no es fácil de medir. Como reconoce la propia Dirección General de Tráfico¹⁰, el factor de alcoholemia o drogas es de difícil comprobación, toda vez que se trata de accidentes en los que el conductor, o fallece, o sufre lesiones que no siempre permiten a los agentes realizar las pruebas de detección de estas sustancias. Tampoco han de ignorarse las circunstancias propias de cada país, tanto en lo referido al comportamiento de los conductores, como al estado de los vehículos o de la red vial.

7. Datos tomados de Carlos Ganzenmüller Roig et alii, *Negativa a someterse...*, cit., pág. 169.

8. STS (Penal) de 22 de febrero de 1989.

9. Según datos aparecidos en la *Revista Tráfico*, febrero-marzo de 1999.

10. Por ejemplo, en el Balance de siniestralidad vial en las carreteras españolas durante el año 1998, que puede consultarse en internet en www.dgt.es.

De lo visto hasta ahora me parece que pueden deducirse varias ideas esenciales:

1) La conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas es una actitud directamente relacionada con los accidentes de tráfico, y por tanto un problema contra el que hay que luchar.

2) Los efectos del alcohol pueden empezar a producirse desde tasas muy bajas, incluso desde 0,16, y en todo caso por debajo de 0,5. Dichos efectos van aumentando con la tasa de alcoholemia, pero no puede señalarse con carácter general el punto a partir del cual conllevan una influencia apreciable en la conducción que suponga un peligro real, ya que ese punto puede ser diferente en cada conductor (la única generalización parece que debería situarse a partir de 2,0 gr por litro).

3) Con carácter general, entre 0,5 y 0,8 grs./l., el riesgo de accidentes es más elevado que en los tramos anteriores, pero es a partir de 0,8 cuando dicho riesgo se dispara apreciablemente, creciendo en una proporción mucho más elevada que la tasa de alcohol ingerido.

4) Entre 0,5 y 0,8 gramos de alcohol en sangre, los efectos del alcohol pueden afectar a la conducción de vehículos, aunque no parece que pueda determinarse con precisión, y de forma generalizada, en qué medida. En este tramo, la influencia real del alcohol en la conducción, así como el riesgo de sufrir accidente, puede ser diferente entre unos y otros sujetos, no siendo en todos los casos igualmente apreciable. De manera que podría resultar dudosa la conveniencia de generalizar las consecuencias jurídicas desfavorables en este tramo, sin tener en cuenta otros elementos o factores. Y sobre todo, no puede afirmarse con carácter general que quien conduce con una tasa entre 0,5 y 0,8 lo haga “bajo la influencia” del alcohol.

3. La prueba obligatoria de alcoholemia: problemas constitucionales

Aunque no son la única forma de acreditar la existencia de un cierto nivel de impregnación alcohólica, lo cierto es que ciertas pruebas o tests constituyen medios idóneos y habitualmente utilizados para conseguir dicha finalidad. Como es sabido, en nuestro sistema dichas pruebas, de carácter obligatorio, consisten normalmente en la verificación de aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, si bien, a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial se

podrán repetir a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos¹¹. Como veremos, la incidencia del resultado de dichos tests es diferente en el ámbito sancionador administrativo y en el penal. Pero ahora nos interesa destacar que la existencia de dichas pruebas, su obligatoriedad, su forma de realización, y su introducción en el proceso penal, plantean no pocas cuestiones de interés desde la perspectiva constitucional, ya que pueden incidir en derechos fundamentales como la integridad física, la libertad personal, la intimidad personal, los derechos a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y a la presunción de inocencia. Existe ya una amplia jurisprudencia constitucional sobre estos aspectos¹², que podemos sistematizar siguiendo los puntos que acabamos de apuntar.

3.1. El derecho a la integridad física.

Tal y como están reguladas actualmente las pruebas de alcoholemia, la cuestión de la supuesta afectación de las mismas al derecho a la integridad física es la que menos problemas plantea de cuantas vamos a analizar, y debe resolverse en sentido negativo. Hay que recordar que en la legislación actual las pruebas consisten normalmente en la verificación de aire espirado, y por lo tanto no plantean duda alguna de intromisión en la integridad física de la persona afectada. La realización de análisis de sangre sí que podría afectar de algún modo a este derecho, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional a otros efectos, aunque ello no conlleva su ilegitimidad constitucional si se realiza con el cumplimiento de ciertos requisitos¹³. Pero a estos efectos hay que recordar, además de

11. Véanse arts. 12.2 de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y 22 y 23 del Reglamento de Circulación. Este último señala que, si el resultado de la primera prueba de aire espirado fuera superior a las tasas máximas previstas, o si la persona presentara síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente informará al interesado de que, para una mayor garantía, le va a someter a una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado (entre ambas pruebas debe mediar un tiempo mínimo de diez minutos), y establece el derecho del interesado a contrastar los resultados mediante análisis de sangre, orina u otros análogos.

12. Pueden destacarse las SSTC 100/1985, de 3 de octubre; 103/1985, de 4 de octubre; 107/1985, de 7 de octubre; 145/1985, de 28 de octubre; 145/1987, de 23 de septiembre; 22/1988, de 18 de febrero; 5/1989, de 19 de enero; 3/1990, de 15 de enero; 222/1991, de 25 de noviembre; 24/1992, de 14 de febrero; 303/1993, de 25 de octubre; 252/1994, de 19 de septiembre; 161/1997, de 2 de octubre; 173/1997, de 14 de octubre; 234/1997, de 18 de diciembre; 111/1999, de 14 de junio. También los AATC 62/1983, de 16 de febrero; 58/1985, de 30 de enero; 304/1985, de 8 de mayo; 305/1985, de 8 de mayo; 485/1985, de 10 de julio; 682/1986, de 30 de julio; 191/1988, de 15 de febrero; 837/1988, de 4 de julio; 2/1999, de 13 de enero.

13. STC 7/1994, de 17 de febrero, f. j. 3, en relación con las pruebas biológicas de paternidad, realizadas mediante un reconocimiento hematológico. Los requisitos señalados por el Tribunal Constitucional, y derivados de los arts. 15 y 18 de la Constitución, son: a) que la intromisión no sea en sí misma inaceptable por degradante o contraria a la dignidad de la persona; b) que haya una causa legal

que estamos hablando de una injerencia mínima en la integridad física, que en nuestro sistema esta práctica sólo puede realizarse, a efectos de detección de la tasa de alcoholemia, o a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial. En el primer supuesto es evidente que no se plantean problemas de constitucionalidad, y tampoco en el segundo, siempre que la decisión judicial cumpla con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional (previsión legal, fin legítimo, proporcionalidad, no afectación a la dignidad de la persona ni a la salud). En suma, y por lo que se refiere a este punto, podemos concluir con la afirmación del Tribunal Constitucional en el sentido de que “ni aun el examen de sangre constituye una injerencia prohibida por el artículo 15, por lo menos (sic) la investigación mediante aparatos de detección alcohólica del aire espirado”¹⁴.

3.2. La libertad personal.

Desde la perspectiva de este derecho fundamental, los problemas planteados por la práctica de los tests de alcoholemia se derivan de la necesaria privación momentánea de la libertad deambulatoria del obligado a someterse a la prueba, que se produce sin las garantías previstas en el art. 17 de la Constitución. Sin embargo, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, aun habiendo afirmado que no pueden encontrarse “zonas intermedias entre detención y libertad”¹⁵, ha admitido en realidad la existencia de supuestos de privación de libertad distintos a la detención o a la prisión, y a los cuales no son aplicables (o no lo son por completo) las garantías previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 17¹⁶. Y precisamente uno de los supuestos es el de la práctica de la prueba de alcoholemia; por ello el Tribunal Constitucional ha señalado que las garantías del art. 17.3 “hallan, pues, su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal”, no encontrándose en esta situación quien, conduciendo un

que justifique la medida judicial de injerencia; e) que la práctica sea indispensable para alcanzar fines constitucionalmente protegidos; d) que no suponga un grave riesgo o quebranto para la salud; e) y que exista proporción entre la medida y la intromisión en la integridad física (o, en su caso, en la intimidad). El Tribunal entiende que todos estos requisitos se cumplen por la práctica de exámenes hematológicos para la investigación de la paternidad. Y la misma conclusión puede extraerse, en lo que ahora nos interesa, respecto a los análisis de sangre para la detección de la tasa de alcoholemia, tal y como aparecen regulados en la legislación actual.

14. STC 103/1985, de 5 de noviembre, f. j. 3.

15. STC 98/1986, de 23 de julio, f. j. 4.

16. En este sentido, por ejemplo, y además de las sentencias citadas en la nota a pie siguiente, SSTC 178/1.985, de 19 de diciembre (arresto domiciliario del quebrado), o 341/1.993, de 18 de noviembre (traslado a las dependencias policiales para verificar la identificación de una persona no identificada).

vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba de alcoholemia, “porque ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto y que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito”, de manera que la realización de la prueba constituye para el afectado un sometimiento a las normas de policía, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional¹⁷. En la misma línea, ha destacado que la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de la prueba de alcoholemia, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto, no puede equipararse a la privación de libertad a que se refiere el art. 17 de la Constitución, de manera que “el sometimiento de los conductores de vehículos a las normas del Código de la Circulación y, por tanto, a las autoridades encargadas de su cumplimiento, en cuanto no desborden (...) el campo de actuación que les es propio no guardan relación alguna con el derecho a la libertad”¹⁸.

En suma, y por lo que se refiere a la incidencia de las pruebas de alcoholemia sobre el derecho a la libertad del art.17, podría cuestionarse el entendimiento de dicho derecho por parte del Tribunal Constitucional en el sentido más estricto de la libertad física cuya privación se rodea de específicas garantías sólo en los supuestos de inicio de un proceso penal; pero una vez que se acepta esta definición, la consecuencia indudable es que dichas garantías no serán aplicables a quien se vea forzosamente sometido a la realización de una prueba de alcoholemia. Hay que reconocer, en todo caso, que la aplicación de estas garantías al supuesto analizado podría resultar, en ciertos casos, contraproducente, ya que implicaría prolongar temporalmente la restricción de la libertad a la espera de la llegada del abogado...¹⁹. En todo caso, conviene aclarar que si, como consecuencia o a continuación de la práctica de la prueba fuese preciso iniciar un procedimiento penal contra el afectado, y este proceso hubiera de comenzar con una detención de acuerdo con las previsiones legales al respecto, sí nos situaríamos ya en el ámbito protegido por el art. 17 CE, siendo aplicables las garantías previstas en los apartados 2 y 3 de este precepto²⁰.

17. STC 107/1985, de 5 de noviembre, f. j. 3.

18. STC 22/1988, de 1 de marzo, f. j. 1.

19. Conviene recordar que, según el art. 520.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad “y, en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas”, contadas desde la comunicación al Colegio de Abogados.

20. Aun así, hay que señalar que en el caso de los delitos contra la seguridad del tráfico el art. 520.5

3.3. La intimidad personal.

La eventual afectación a este derecho por la realización de las pruebas de alcoholemia podría producirse en un doble ámbito: por un lado, por invasión de la dimensión del artículo 18.1 que puede denominarse “intimidad corporal”, y por otro, por vulneración de la intimidad personal por la eventual obtención de información sobre el sujeto que éste no querría desvelar. Pero en ninguno de los dos ámbitos se produce realmente vulneración del derecho fundamental del art. 18.1. Por lo que se refiere a la “intimidad corporal”, hay que tener en cuenta que ésta protege frente a intromisiones en partes del cuerpo que de acuerdo con el criterio cultural existente en un momento dado sobre el pudor, pueden considerarse “íntimas” (las injerencias en otras partes del cuerpo sólo estarán protegidas, en caso de suponer extracción de elementos corporales, por el derecho a la integridad física²¹). Y también hay que descartar la invasión del derecho a la intimidad por la obtención de información privada, ya que, como ha señalado el Tribunal Constitucional “para que tal afectación sea constitucionalmente relevante, y, por tanto, pueda considerarse lesiva del art. 18.1 C.E., es preciso –como ha señalado la STC 207/1996–, que la misma carezca de una justificación objetiva y razonable, lo que no ocurre en los supuestos que ahora se analizan”, en los que se cumplen los requisitos de previsión legal, fin legítimo y proporcionalidad y razonabilidad de la medida²².

3.4. El derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

El Tribunal Constitucional también ha descartado que la obligatoriedad de

LECrím permite al detenido o preso renunciar a la preceptiva asistencia de Letrado. La STC 252/1994, de 21 de octubre, f. j. 4, señala que este supuesto de renuncia “puede ser encajado en la renunciabilidad genérica al ejercicio de los derechos fundamentales (STC 11/1981), si no quedan comprometidos los derechos de defensa de la parte. Y tal compromiso no parece que exista, cuando menos si se tiene en cuenta el carácter pericial técnico de la prueba realizada y las condiciones en que se practicó”. Por ello la finalidad de la asistencia letrada del art. 17.3 CE, que es básicamente la garantía de la integridad física y evitar la autoinculpación del detenido por ignorancia de los derechos que asisten, requiere ser adecuadamente matizada en el caso de la realización de una prueba de alcoholemia, aunque el afectado se encuentre detenido policialmente.

21. Sobre la delimitación entre intimidad corporal e integridad física, véase por todas la STC 207/1996, de 26 de diciembre, f. j. 2. Un análisis de los perfiles del derecho a la intimidad corporal puede encontrarse en F. J. Díaz Revorio, “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furiò Ceriol*, nº 20/21, 1998, págs. 169 ss. Un análisis de las pruebas de alcoholemia en relación con la intimidad corporal, en STC 234/1997, de 18 de diciembre, f. j. 9.

22. STC 234/1.997, de 18 de diciembre, f. j. 9, que a continuación analiza el cumplimiento por esta prueba de los mencionados requisitos. En cuanto a la no intervención de la autoridad judicial, el Tribunal la encuentra justificada por razones de urgencia y necesidad.

sometimiento a las pruebas de alcoholemia pueda vulnerar el derecho a no declarar (art. 17.3 CE), a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), ya que “no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución”²³, de manera que la prueba no “entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto”²⁴. En suma, “las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”²⁵.

Si bien en sentido estricto puede admitirse que la realización de la prueba de alcoholemia no constituye una “declaración”, sino una pericia de resultado incierto²⁶ (motivo por el cual no puede, según el Tribunal Constitucional, vulnerar el derecho a no declarar), tampoco cabe desconocer que los efectos prácticos de la obligación de someterse a esta pericia son similares a los que se producirían si el afectado se viera obligado a prestar tal declaración, ya que debe aceptar someterse a una prueba que eventualmente puede tener un resultado autoincriminatorio. Lo que aproxima bastante el supuesto en examen al de la declaración contra sí mismo o la confesión de culpabilidad. Y aunque es cierto que existen otros ejemplos en los que un imputado –o quien puede llegar a serlo– debe soportar inspecciones, exámenes o pericias sobre sí mismo que pueden ofrecer un resultado inculpatario (así, las ruedas de reconocimiento o las inspecciones o intervenciones corporales), en el caso que ahora examinamos no existe ni siquiera, en el momento de realizar la prueba, intervención judicial. De manera que se obliga a una persona a soportar una prueba eventualmente inculpatoria para sí

23. STC 103/1985, de 4 de octubre, f. j. 3 Jurisprudencia reiterada, entre otras, en STC 161/1997, de 2 de octubre, AATC 837/1988, de 4 de julio, f. j. 2, y 221/1990, de 31 de mayo, f. j. 2.

24. STC 107/1985, de 7 de octubre, f. j. 3; en el mismo sentido, SSTC 22/1988, de 18 de febrero, f. j. 1, y 252/1994, de 19 de septiembre, f. j. 4.

25. STC 161/1997, de 2 de octubre, f. j. 7.

26. Y en este elemento se diferencia, por ejemplo, de la obligación del propietario del vehículo de identificar al conductor responsable de una infracción (o, más bien, de indicar a la Administración quién conducía el vehículo en un momento dado). Véase al respecto la STC 197/1995, de 21 de diciembre, f. j. 8.

mismo, lo que no deja de plantear ciertas dudas de constitucionalidad. Pero las mismas se plantean más bien en relación con el derecho de quien pueda llegar a ser acusado de no presentar pruebas en su contra, derivado de la presunción de inocencia y del derecho de defensa, aspecto al que nos vamos a referir de inmediato.

3.5. La presunción de inocencia y la introducción en el proceso de la prueba de alcoholemia.

Probablemente los problemas más serios de constitucionalidad que plantea la prueba de alcoholemia se relacionan con el derecho a la presunción de inocencia y, en particular, con el alcance probatorio de la misma. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha tratado este tema con mayor abundancia que todos los anteriores. Hay que partir de la doctrina reiterada de este Tribunal sobre el significado de la presunción de inocencia, que puede resumirse en los siguientes puntos²⁷: 1) que la presunción de inocencia ocasiona un desplazamiento de la prueba a las partes acusadoras, a quienes incumbe la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal; 2) que dicha actividad probatoria de cargo ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia de un hecho punible y de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado; 3) que la actividad probatoria ha de sustentarse en auténticos actos de prueba practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad, aunque no vulneran la presunción de inocencia los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos (imposibilidad de reproducción en el juicio oral, intervención del juez instructor, posibilidad de contradicción, e introducción en el juicio oral a través de la lectura de los documentos).

De acuerdo con lo expuesto, el análisis de la constitucionalidad de las pruebas de alcoholemia en relación con la presunción de inocencia plantea en realidad dos cuestiones diferentes, aunque relacionadas: a) si es constitucionalmente admisible el sometimiento del afectado a la obligación de facilitar pruebas que pueden resultar incriminatorias para él; b) el problema del valor probatorio de esta prueba, esto es, qué requisitos que debe cumplir su introducción en el pro-

27. La jurisprudencia constitucional sobre este derecho es abundantísima. Pueden destacarse, por ejemplo, las SSTC 31/1981, de 28 de julio, f. j. 2; 55/1982, de 26 de julio, f. j. 2; 2/1984, de 18 de enero, f. j. 3; 109/1986, de 24 de septiembre, f. j. 2; 126/1986, de 22 de octubre, f. j. 2; 150/1987, de 1 de octubre, f. j. 2; 105/1988, de 8 de junio, f. j. 3; 76/1990, de 26 de abril, f. j. 8; 120/1994, de 25 de abril; 42/1999, de 27 de abril, f. j. 2. Un buen resumen de esta jurisprudencia, con abundante cita de sentencias anteriores, en STC 303/1993, de 25 de octubre, f. j. 3.

ceso para que la misma pueda considerarse “prueba de cargo” capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

a) Sobre el primer aspecto, ya hemos apuntado que la inexistencia de obligación de presentar pruebas de cargo deriva tanto de la presunción de inocencia (corresponde a la acusación la carga de aportar las pruebas de culpabilidad), como del derecho de defensa. Es verdad que esta cuestión se relaciona con los derechos a no declarar, no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable; pero aunque técnicamente el resultado de la prueba de alcoholemia no puede considerarse “declaración”, ello no implica que dicha prueba esté exenta de objeciones derivadas directamente del derecho de defensa y la presunción de inocencia. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que, mientras que los derechos a la no declaración y a la no confesión implican únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio es más amplia²⁸. Con todo, estas garantías frente a la autoincriminación se refieren solamente “a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio”, y no alcanzan “a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas”, pues lo contrario tendría unos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, con el consiguiente perjuicio del interés público²⁹. En consecuencia, la obligatoriedad de someterse a las pruebas no supone, a juicio del Tribunal, menoscabo del derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba, pues estas pruebas

“no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa,

28. STC 161/1997, de 2 de octubre, f. j. 6.

29. STC 161/1997, de 2 de octubre, f. j. 6.

ya que (...) con ello quien se ve sometido a esas pruebas «no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad»³⁰.

Una opinión contraria la encontramos en uno de los votos particulares a la misma sentencia, que señala que “obligar a una persona, bajo la amenaza de incurrir en un delito castigado con pena privativa de libertad, a someterse a las correspondientes pruebas de alcoholemia o de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que pueden llegar a la extracción de sangre para su posterior análisis clínico, representa en la práctica imponer al acusado (cfr. la relación del art. 380 con el 379 del C.P.) la carga de colaborar con la acusación para el descubrimiento de la verdad en términos incompatibles con la libertad del ejercicio del derecho de defensa”³¹.

A mi juicio, la argumentación del Tribunal encaminada a justificar que estas pruebas no suponen inversión de la carga de la prueba ni tienen alcance autoincriminatorio contrario a los derechos de defensa y a la presunción de inocencia presenta algunos puntos criticables. En primer lugar, el Tribunal acude a la comparación con otras diligencias (entrada y registro de un domicilio, intervenciones telefónicas, reconocimiento del imputado) cuya realización requiere autorización o intervención judicial, precisamente por su afectación o incidencia sobre ciertos derechos fundamentales. Probablemente esta objeción pueda superarse si se tiene en cuenta, además de las razones de urgencia existentes en el supuesto que comentamos, la menor o nula afectación de las pruebas de alcoholemia a otros derechos fundamentales. Pero la argumentación del Tribunal es susceptible de otra objeción de mayor entidad, ya que incurre, en mi opinión, en un círculo vicioso, porque parte de señalar que la perspectiva del derecho a no aportar elementos de prueba que pudieran tener alcance autoincriminatorio es más amplia que la de los derechos a no declarar y no confesarse culpable (de manera que las objeciones relacionadas con la autoincriminación no se superan con el argumento de que las pruebas no tienen el carácter de declaración), y concluye salvando la constitucionalidad de las pruebas desde esta perspectiva más amplia precisamente argumentando que el sometimiento a la prueba no constituye obligación de autoincriminarse, porque quien se ve sometido a la misma “no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice

30. STC 161/1997, de 2 de octubre, f. j. 7.

31. Voto particular del magistrado don Enrique Ruiz Vadillo (al que se adhiere el magistrado don Fernando García-Mon y González Regueral) a la STC 161/1997, de 2 de octubre, 2.

un contenido admitiendo su culpabilidad”. Y aunque es cierto que el Tribunal maneja otros argumentos (como el valor de la justicia, el interés público o el desequilibrio procesal), no parece que los mismos tengan mayor peso que el derecho fundamental a no aportar elementos de prueba que puedan resultar autoincriminatorios. Con lo que las dudas de constitucionalidad relacionadas con este derecho fundamental son de la mayor entidad y me parecen difícilmente superables. Si existiera algún modo de salvarlas, éste sería el argumento de que la introducción de los resultados de la prueba en el proceso, como prueba de cargo, son (deben ser) introducidos por la acusación, y de acuerdo con todas las garantías derivadas del art. 24 de la Constitución. Lo que nos introduce directamente en el siguiente aspecto.

b) En efecto, hay que plantearse qué valor probatorio, y con qué requisitos, puede tener el test alcoholimétrico. Resumiendo la jurisprudencia constitucional al respecto, hay que partir del mero valor de denuncia del atestado policial; sin embargo, dicho atestado puede alcanzar valor probatorio en ciertos supuestos –siempre que su introducción en el juicio oral se realice permitiendo el sometimiento a contradicción³², como cuando contiene datos objetivos y verificables (por ejemplo, croquis, planos, huellas, fotografías), o bien, en el supuesto que más nos interesa, cuando contiene pericias técnicas realizadas por los agentes policiales –tal es el caso del test de alcoholemia– que no pueden ser reproducidas en el juicio oral y pueden considerarse prueba preconstituida. En este sentido, el Tribunal ha señalado reiteradamente la peculiaridad del atestado que contiene los resultados de la prueba de impregnación alcohólica, derivada del carácter técnico de la misma (a la que puede atribuirse el carácter de prueba pericial *lato sensu*), y de su imposibilidad de reproducción en el juicio oral.

Con todo, ello no implica que dicho atestado pueda adquirir automáticamente valor probatorio, ya que la consideración del test alcoholimétrico como prueba está supeditada, de un lado, a que se haya practicado con las garantías formales establecidas para preservar el derecho de defensa (especialmente, el conocimiento del interesado a través de la oportuna información de su derecho a un segundo examen y a la práctica de un análisis de sangre), y que dicha prueba se incorpore al proceso de forma que se satisfaga el derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías, respetándose, en la medida de lo posible, los principios de inmediación judicial, oralidad y contradicción. Por ello, si son

32. Sobre el valor probatorio del atestado policial, por todas, STC 173/1997, de 14 de octubre, f.j. 2.

cuestionados la fiabilidad del resultado del test o su valor como elemento determinante del supuesto delictivo, no será suficiente la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en el que consta el resultado de la prueba de impregnación alcohólica, ya que es preciso que la misma sea ratificada en el juicio oral. Esta ratificación se producirá normalmente mediante la declaración testimonial de los agentes de policía firmantes del atestado, aunque el Tribunal ha admitido también la ratificación por otros testigos, por la declaración de perjudicado, por la declaración del acusado, o por las propias circunstancias que rodearon la conducción. En todo caso lo importante es que estas declaraciones puedan ser sometidas a contradicción; ello sin perjuicio de que en dicho acto se practiquen otras pruebas tendentes a acreditar la influencia de la bebida ingerida en la conducción, teniendo en cuenta que, para que exista delito no basta probar la impregnación alcohólica, sino también su influencia en la conducción³³.

En principio, las garantías que hemos venido comentando son aplicables principalmente al ámbito de los procedimientos penales. En efecto, algunas de las garantías mencionadas son evidentemente aplicables sólo al ámbito penal (particularmente, las que afectan a la introducción de la prueba en el juicio oral). Pero, en la medida en que ciertas garantías del art. 24 son también aplicables al procedimiento administrativo sancionador, tampoco en este ámbito la realización de la prueba de alcoholemia y su introducción en el procedimiento debe estar privada de garantías; además, como veremos existen otros requisitos previstos expresamente en la legislación administrativa. Por otro lado, la trascendencia de esta prueba y de sus resultados será bien distinta en el ámbito penal y en el administrativo sancionador, ya que los propios elementos de la definición del tipo penal difieren claramente de los de la infracción administrativa. Vamos a ver ambos aspectos con más detalle, teniendo siempre presentes en el análisis las exigencias derivadas de la Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

33. Entre otras, SSTC 100/1985, de 3 de octubre; 103/1985, de 4 de octubre; 145/1985, de 28 de octubre; 148/1985, de 30 de octubre; 145/1987, de 23 de septiembre; 22/1988, de 18 de febrero; 5/1989, de 19 de enero; 3/1990, de 15 de enero; 222/1991, de 25 de noviembre; 24/1992, de 14 de febrero; 111/1999, de 14 de junio. Véanse también AATC 62/1983, de 16 de febrero; 305/1985, de 8 de mayo; 682/1986, de 30 de julio; 191/1988, de 15 de febrero; 837/1988, de 4 de julio; 2/1999, de 13 de enero (estos dos últimos autos contienen un buen resumen de la jurisprudencia anterior en la materia).

4. Prueba de alcoholemia y Derecho administrativo sancionador

La normativa administrativa sancionadora de la conducción tras la ingestión de bebidas alcohólicas se basa únicamente en el dato objetivo de la superación de cierta tasa de alcohol. El art. 12.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial afirma que “No podrá circular por las vías objeto de esta Ley, el conductor de vehículos o bicicletas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas”. El apartado 2 del mismo precepto establece la obligación general de todos los conductores de vehículos y bicicletas de someterse a las pruebas para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol, así como de los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación; igualmente se establecen los criterios a los que habrán de ajustarse las pruebas para la detección del alcohol. Por su parte, el Real Decreto 2282/1998, de 23 de octubre, modificó los artículos 20 y 23 del Reglamento General de Circulación (Real Decreto 23/1992, de 17 de enero), disminuyendo las tasas máximas de alcoholemia permitidas para la conducción de vehículos. Dichas tasas, referidas a alcohol en sangre, se reducen con carácter general de 0,8 a 0,5 gramos por litro (es decir, de 0,4 a 0,25 miligramos por litro, referidos a aire espirado). En cuanto a los conductores profesionales, se establece una tasa máxima única de 0,3 gramos por litro en sangre, o 0,15 mgr. por litro en aire espirado (frente a la regulación anterior, que establecía un máximo de 0,5 gramos por litro en sangre para el caso de transportes de mercancías con un peso máximo autorizado superior a 3.500 kg., y de 0,3 gr. para el transporte de viajeros, servicio público, escolar o de menores, transporte de mercancías peligrosas, servicio de urgencia o transportes especiales). Otra novedad significativa –sin precedentes en los países europeos de nuestro entorno– es el establecimiento de un límite más reducido (0,3 gr. por litro en sangre) para los conductores de cualquier vehículo, durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir.

Hay que destacar también que la Ley 5/1997, de 24 de marzo, que introdujo importantes modificaciones en varios aspectos de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, procedió –en lo que ahora nos interesa– a endurecer las sanciones relacionadas con la ingestión de alcohol. En efecto, la actual redacción del art. 65.5.2 a) considera que “la conducción por las vías objeto de esta Ley bajo la ingestión de bebidas alcohólicas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan” es infracción muy grave (anteriormente, esta conducta se consideraba con carácter general infracción grave), y será sancionada con multa de hasta 100.000 pesetas, y suspensión del

permiso o licencia de conducción hasta tres meses (art. 67.1)³⁴. Idéntica consideración como infracción muy grave tiene el incumplimiento de “la obligación de todos los conductores de vehículos y bicicletas de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de posibles intoxicaciones de alcohol (...) y de los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación” (art. 65.5.2, b), de la Ley). Por su parte, el artículo 70 permite la inmovilización del vehículo cuando, como consecuencia del incumplimiento de la Ley, “de su utilización pueda derivarse un riesgo grave para la circulación, las personas o los bienes”, debiendo levantarse la medida inmediatamente después de que desaparezcan las causas que la han motivado. También podrá inmovilizarse el vehículo en el supuesto de negativa a realizar las pruebas de alcoholemia o las establecidas para la detección de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas.

El artículo 21 del Reglamento establece a quién pueden someter los agentes de la autoridad a las pruebas para la detección de posibles intoxicaciones por alcohol: 1) a cualquier usuario de la vía o conductor implicado directamente como posible responsable en un accidente; 2) a quien presente síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas; 3) a los conductores denunciados por la comisión de cualquier infracción a las normas del Reglamento de Circulación, y 4) a cualquier conductor, cuando sea requerido por la Autoridad o sus Agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha Autoridad. Los artículos 22 y 23 regulan la práctica de dicha prueba, que consistirá, “normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados” (art. 22.1, en la redacción dada al mismo por R. Decreto 1333/1994, de 20 de junio). Si el resultado de la prueba fuera positivo, o la persona presentase síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se realizará una segunda prueba con un intervalo mínimo de diez minutos. En todo caso, a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial pueden contrastarse dichas pruebas mediante análisis de sangre, orina u otros análogos (de este derecho debe informarle el agente); para ello, el Agente de la autoridad “adop-

34. Sin embargo, el art. 20.2 del Reglamento General de Circulación no ha sido modificado formalmente (tampoco por el R. Decreto 116/1998, de 30 de enero, que desarrollaba la Ley 5/1997), y continúa afirmando que “las infracciones a las normas de este precepto tendrán la consideración de graves”. Dado el inferior rango del Decreto que aprueba el Reglamento General de Circulación, en relación a la Ley, no hay duda de la consideración de estas infracciones como muy graves.

tará las medidas necesarias para su traslado al Centro sanitario más próximo al lugar de los hechos”. El importe de dichos análisis correrá a cargo del interesado si su resultado fuera positivo, y de los órganos periféricos de la Jefatura Central de Tráfico o las autoridades municipales en otro caso (art. 23.4).

De esta regulación administrativa me interesa destacar varios aspectos. En primer lugar, la redacción es clara y taxativa en el sentido de que superado el límite de alcoholemia reglamentariamente establecido (0,5 con carácter general, o los límites especiales más reducidos para profesionales o conductores noveles), se incurre en infracción administrativa muy grave, que será sancionada con multa entre 50.000 y 100.000 pesetas, y suspensión del permiso de conducir hasta tres meses. Es decir, que para que se produzca esta infracción no es preciso demostrar que esa tasa de alcohol tiene influencia alguna en la conducción del vehículo. Ya apuntábamos que podría ser criticable esta generalización absoluta de una tasa más reducida, sin tener en cuenta las circunstancias subjetivas, pero lo cierto es que no cabe duda de que la misma ha sido operada por la normativa administrativa, sin duda con una finalidad esencialmente disuasoria.

En segundo lugar, la infracción puede cometerse por cualquier conductor de vehículos (sin que se requiera que se trate de vehículos de motor) o bicicletas³⁵, que circule por una vía pública.

35. Según el anexo de la Ley de Seguridad Vial, “conductor” es la persona que maneja el mecanismo de conducción o va al mando de un vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales (no son conductores, sino peatones, quienes empujan o arrastran un coche de niño o impedido u otro vehículo sin motor de pequeñas dimensiones, ni quienes conducen a pie un ciclo o ciclomotor de dos ruedas, ni los impedidos que circulan al paso en una silla de ruedas, con o sin motor). “Vehículo” es el “artefacto o aparato apto para circular por las vías o terrenos a que se refiere el artículo 2º”. Y este último precepto define el ámbito de aplicación de la ley, que será aplicable a los titulares y usuarios de las vías y terrenos públicos aptos para la circulación; o a aquéllos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común; e incluso, en defecto de otras normas, a los titulares de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios. Por su parte, “bicicleta” se define como un ciclo de dos ruedas, y “ciclo” es el “vehículo de dos ruedas por lo menos, accionado exclusivamente por el esfuerzo muscular de las personas que lo ocupan, en particular mediante pedales o manivelas”. Conviene advertir, por tanto, de la amplitud subjetiva y objetiva de la infracción que venimos comentando, que puede cometerse, por ejemplo, por un conductor de un vehículo de tracción animal o de una bicicleta. La mención expresa de las bicicletas en los arts. 12.1 y 2 y 65.2 de la Ley se ha introducido en la modificación de la misma operada por Ley 43/1999, de 25 de noviembre, sobre adaptación de las normas de circulación a la práctica del ciclismo, aunque anteriormente, y según las definiciones expuestas, ya cabía interpretar que los conductores de bicicletas estaban comprendidos en la delimitación de la infracción y en la obligación de someterse a las pruebas (hay que tener en cuenta que el “ciclo” se define como “vehículo”). Por su parte, los artículos 20 y 21 del Reglamento no mencionan expresamente a las bicicletas, pero no cabe duda de su inclusión, tanto por la propia interpretación de la expresión “conductor de vehículos”, como por el mayor rango de la Ley, que sí los incluye expresamente.

De forma que el ilícito administrativo se produce por la concurrencia de dos elementos³⁶: 1) un elemento subjetivo, consistente en que el infractor ha de ser un conductor de vehículos o bicicletas, y 2) un elemento objetivo que requiere dos condiciones: a) conducir por una vía pública cualquier clase de vehículo o bicicleta; y b) rebasar la tasa máxima de alcoholemia.

En tercer lugar, ya he señalado que las pruebas de detección de la intoxicación alcohólica consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante etilómetros “oficialmente autorizados”, que podrán contrastarse con análisis de sangre, orina u otros análogos a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial. La regulación de los etilómetros se encuentra en diversas normas metrológicas³⁷ que regulan entre otros aspectos las fases de control metrológico, la aprobación del modelo, la verificación inicial de los etilómetros, la verificación de reparación o modificación y las verificaciones periódicas. Por tanto –y sin que sea posible ni procedente entrar ahora en el detalle de estos requisitos– los etilómetros han de estar autorizados y haber superado las verificaciones establecidas.

Lo que me interesa destacar es que, en mi opinión, si dichas autorización, verificaciones y demás requisitos no se han cumplido, y a falta de análisis de sangre, orina o análogos (que son un derecho, pero no una obligación del interesado), la infracción no podrá sancionarse. Y ello porque la prueba no sería válida para acreditar el nivel de alcoholemia, al no haberse realizado según las prescripciones legales y reglamentarias. Y a la misma conclusión deberá llegarse, con carácter general, en los supuestos en que las pruebas de detección de alcoholemia se han realizado sin el cumplimiento de los restantes requisitos legales y reglamentarios: transcurso de diez minutos entre la primera y la segunda prueba, información del derecho a contrastar los resultados mediante análisis... Si bien es cierto que, como veremos, la ingestión de alcohol puede acreditarse por otros medios (declaración de los agentes, signos externos, etc.), tales pruebas tendrán relevancia sólo cuando los efectos del alcohol sean manifiestos, lo que supone influencia del mismo en la conducción, con lo que nos situaríamos en el ámbito del ilícito penal, que en tal caso se aplicará con preferencia.

Por lo tanto, los resultados de la prueba de alcoholemia son el dato decisivo –y normalmente el único– para sancionar la infracción administrativa. Y para la

36. En este sentido, Miguel María Muñoz Medina, *La potestad sancionadora...*, cit., págs. 129-130.

37. Actualmente, y entre otras normas más generales sobre metrología, los aspectos que comentamos se contienen en la Orden de 27 de julio de 1994, que establece el control metrológico del Estado para los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en aire espirado.

validez de los mismos es preciso que la misma se realice y se incorpore al procedimiento administrativo con el cumplimiento de todos los requisitos legales, así como otros derivados de la Constitución. De esta forma, serán aplicables al ámbito administrativo sancionador las garantías legales referidas a la utilización de etilómetros autorizados y a la información del sometido a la prueba; así como las garantías derivadas del artículo 24.2 de la Constitución (en particular, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia o el derecho a no declarar contra sí mismo), en la medida y con los matices con que son aplicables al procedimiento sancionador administrativo³⁸. Ello implicaría, en el caso concreto que ahora nos interesa, que la prueba se realice con las garantías que ya conocemos, y que

38. Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha reiterado la aplicación, con ciertos matices, de los principios inspiradores del orden penal al ámbito administrativo sancionador. Pueden citarse, entre otras, la STC 18/1981, de 8 de junio, f. j. 2: “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo”, de manera que “los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”. En el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 74/1985, de 18 de junio, f. j. 4; o la sentencia 246/1.991, de 19 de diciembre, que afirma textualmente: “si bien es cierto que este Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987 por todas), no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990)”.

Más en concreto, por lo que se refiere a la aplicabilidad de la presunción de inocencia al ámbito del proceso administrativo sancionador, el Tribunal ha afirmado que este derecho “debe entenderse que preside también la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación resulte un resultado sancionatorio para las mismas, o limitativo de sus derechos” (STC 13/1982, de 1 de abril, f. j. 4; jurisprudencia reiterada, por ejemplo, en SSTC 36/1985, de 8 de marzo, f. j. 2; 76/1.990, de 26 de abril, f. j. 8, b).

En relación con los derechos de defensa, y los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables, es bien significativa la STC 197/1995, de 21 de diciembre, f. j. 7: “La jurisprudencia constitucional ha reconocido como límite ineludible a la potestad sancionadora de la Administración el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 de la C.E., que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones (SSTC 77/1983, fundamento jurídico 2.; 74/1985, fundamento jurídico 4.). No puede suscitar duda que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el Derecho administrativo sancionador, pues los valores esenciales que

se introduzca en el procedimiento respetando los derechos de defensa (que en este caso implicarían la posibilidad de formular alegaciones y proponer pruebas), y que se respete la presunción de inocencia, no imponiendo la sanción si no existe esta prueba, o la misma debe considerarse inválida.

5. La normativa penal a la luz de la jurisprudencia constitucional y ordinaria

Una vez analizados los aspectos más relevantes del ilícito administrativo, y especialmente la relevancia absoluta que en el mismo posee la tasa de alcoholemia, y las pruebas para su medición, conviene comentar la normativa penal en la materia, con el objetivo de delimitar de la forma más clara posible ambos conjuntos normativos, y sobre todo determinar qué influencia tiene en el tipo penal la tasa de alcoholemia, y qué incidencia puede tener en este ámbito la reducción de la misma operada por la última reforma.

5.1. Características generales, elementos del tipo y naturaleza.

El artículo 379 del actual Código penal (siguiendo muy de cerca en la descripción del tipo la redacción del art. 340 bis a) del antiguo Código), dispone: “El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”. Y el art. 380 considera delito de desobediencia grave la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para comprobar los hechos descritos en el artículo anterior.

Más adelante analizaremos algunos de los problemas planteados por el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, y sobre todo a su delimitación con la infracción administrativa similar. Ahora nos centraremos en el

se encuentran en la base del art. 24.2 de la C.E. no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido. El ejercicio del *ius puniendi* del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba de cargo o inculpativa de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa o pueda imputar aquélla pueda ejercer su derecho de defensa, de modo que, también en el procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, sin que el sujeto pasivo de la actuación sancionadora esté obligado a declarar contra sí mismo.”

delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Conviene analizar, aunque sea brevemente, los elementos de este delito, para distinguirlo del ilícito administrativo. Como se ha destacado³⁹, la acción en la que consiste el delito que venimos comentando se compone de varios elementos: 1) la conducción; 2) que dicha conducción lo sea de un vehículo a motor (o de un ciclomotor); 3) ingestión de bebidas alcohólicas; y 4) influencia de las mismas. A estos elementos habría que añadir, poniendo el precepto penal en relación con otros relativos a la seguridad del tráfico, la necesidad de que la conducción se realice por una vía pública⁴⁰.

De esta forma, el delito que venimos comentando posee algunos elementos diferenciadores en relación con el ilícito administrativo. En primer lugar, mientras que aquél se produce por “el conductor de vehículos o bicicletas” (art. 12 de la Ley de Tráfico, Circulación y Seguridad Vial), el ilícito penal es cometido por quien “condujere un vehículo a motor o un ciclomotor...” (art. 379 del Código penal), con lo que se restringe el tipo de vehículos con los que puede cometerse el delito.

Pero aparte de ésta y otras diferencias menores, nos interesa centrarnos en la que me parece más relevante: mientras la Ley sobre Tráfico, como hemos visto, es taxativa al señalar que “no podrá circular (...) el conductor de vehículos o bicicletas con tasas superiores...”, el Código penal castiga al que condujere *bajo la influencia* de bebidas alcohólicas. La cuestión es si puede entenderse que esa influencia existe siempre por encima de determinada tasa de alcoholemia, o si es preciso demostrarla en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias propias del mismo. Se trata en definitiva de analizar si el delito puede objetivarse hasta el punto de entenderse que el elemento único –o el absolutamente preponderante– para apreciar su comisión, es la superación de un cierto nivel de alcohol en sangre (o en aire espirado).

39. Pilar Gómez Pavón, *El delito de conducción...*, cit., págs. 18 ss. En sentido parecido, Carlos Ganzenmüller Roig et alii, *Negativa a someterse...*, cit., págs. 139 ss.

40. Sin embargo, algún estudio como el mencionado de Carlos Ganzenmüller et alii, págs. 146-147, ponen en cuestión este último requisito. Con todo, teniendo en cuenta la amplitud del concepto de vía pública según el artículo 2 de la Ley de Tráfico (que incluye las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, o los que sin tener tal aptitud sean de uso común, o incluso los privados utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios), no parece que puedan quedar excluidos ningunos de los supuestos en los que la seguridad del tráfico (que es el bien jurídico protegido por el delito) pueda ponerse en riesgo, con lo que resulta adecuada la limitación del lugar de realización del delito a las vías públicas. Así, el ejemplo que proponen estos autores de una calle para uso exclusivo de viandantes quedaría incluido en el concepto de vía pública a estos efectos, al ser vía no apta para la circulación pero de uso común. En cambio, otros ejemplos como un camino de exclusivo uso privado –no abierto al público– no serían lugares susceptibles de comisión de este delito.

El problema apuntado será tratado con más detalle un poco más adelante. Pero puede ahora apuntarse que dicha cuestión se relaciona (aunque no es la misma) con el problema de si el delito actualmente previsto en el art. 379 puede considerarse un delito de peligro abstracto, o bien es de peligro concreto, o tiene otra consideración intermedia. Desde luego, y a diferencia del delito de conducción temeraria del art. 381, que exige expresamente la puesta en peligro concreto de la vida o la integridad de las personas, el delito que ahora examinamos no contiene esa exigencia, y de su tenor literal parece deducirse una consideración como delito de peligro abstracto. Pero esta afirmación requiere ciertas matizaciones, que parte de la doctrina ha destacado.

Así, hay quien ha afirmado que este delito es de peligro abstracto en relación con los bienes individuales (vida e integridad) de las personas intervinientes en el tráfico, pero requiere peligro concreto (o incluso lesión) de la seguridad del tráfico. En esta línea se ha afirmado que debe exigirse por lo menos la creación de un riesgo para la circulación, aunque no se pongan en peligro bienes individuales concretos⁴¹; o bien que, aunque se trata de un delito de peligro abstracto, ha de exigirse un peligro real, aunque genérico, de los bienes jurídicos de los sujetos implicados en el tráfico⁴²; es decir, que el delito exige la peligrosidad *ex ante* para los bienes jurídicos (vida e integridad) de los participantes en el tráfico⁴³. Desde otro punto de vista –a mi juicio menos afortunado– se ha sostenido que lo que se castiga no es el peligro concreto para la seguridad del tráfico (que es el bien jurídico protegido por este delito), pero sí que ésta pueda llegar a ponerse en peligro, quebrantándose los principios de confianza, conducción dirigida y seguridad⁴⁴.

La interpretación adecuada del precepto pasa, en mi opinión, por entender que recoge un delito de peligro abstracto, pero real, para los bienes jurídicos (vida e integridad) de los intervinientes en el tráfico; en cambio, en relación con el bien jurídico de la seguridad del tráfico, se exige un peligro concreto, o incluso podría afirmarse que se requiere su lesión. Lo que sucede es que para que se dañe la seguridad del tráfico no hace falta que se produzca lesión, ni siquiera peligro concreto, para la vida e integridad de sus participantes, sino tan sólo una situación de peligro real y abstracto para esos bienes. Dicho de otro modo, quien

41. Santiago Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., pág. 428.

42. En este sentido, Jesús María Silva Sánchez, “Consideraciones...”, cit., pág. 149.

43. Carlos Ganzenmüller Roig et alii, *Negativa a someterse...*, cit., pág. 127.

44. En este sentido, Pilar Gómez Pavón, *El delito de conducción...*, cit., pág. 141.

conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas daña la seguridad del tráfico porque supone un peligro para la vida e integridad de otras personas, lo que hace el tráfico menos seguro; y ello aunque en la concreta situación dicho peligro para vida e integridad no se produzca (por ejemplo, si no había nadie circulando por la vía). En cambio, quien, tras haber ingerido alcohol no está influido por él hasta el punto de poder poner en peligro los bienes de otros intervinientes en el tráfico, no comete el delito, porque ni lesiona ni pone en peligro la seguridad del tráfico⁴⁵. De manera que su consideración como delito de peligro abstracto no implica que deba objetivarse hasta el punto de entenderse producido por la mera constatación de un cierto grado de alcoholemia, ya que debe existir un peligro real –aunque genérico– para los bienes jurídicos de las personas intervinientes en el tráfico, y en definitiva debe lesionarse (o ponerse en peligro en el caso concreto⁴⁶) la seguridad del tráfico, lo que no sucederá cuando la ingestión de alcohol no influya en la conducción hasta el punto de ocasionar dicha lesión y dicha situación de peligro.

5.2. Impregnación alcohólica e influencia.

El análisis anterior nos anticipa la cuestión que ahora queremos tratar, y es si el delito requiere, además de la superación de una tasa determinada, la demostración de que ese nivel de alcohol influya en la conducción, poniendo en peligro (al menos de modo genérico o abstracto) los bienes de los que participan en él. La doctrina tiende a afirmar la necesidad de demostrar esa influencia del alcohol en la conducción, atendiendo a las circunstancias del caso, y no con el mero dato objetivo de la superación de una determinada tasa de alcoholemia. Así, se ha defendido que se encuentra influenciado por el alcohol todo conductor que, como consecuencia de su ingestión sufre unos efectos que pueden poner en peligro la seguridad del tráfico⁴⁷, de manera que la sola constatación de una tasa de alcoholemia no puede llevar a incriminar la conducta dentro de los límites del precepto penal, ya que lo determinante es la influencia producida por esa cantidad de alcohol⁴⁸. Aunque se rebasen las tasas de alcoholemia fijadas administra-

45. Otro tanto sucedería, por ejemplo, en el caso de quien, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, conduce dentro de su garaje particular, ya que no hay lesión ni peligro concreto para la seguridad del tráfico, ni tampoco un peligro genérico o abstracto para los bienes jurídicos de los que en él intervinen.

46. En mi opinión, y como ya he apuntado antes, más propiamente podría hablarse de lesión o al menos afectación de la seguridad del tráfico; lo que sucede es que la misma se producirá siempre que exista un peligro real, aunque abstracto, para los intervinientes en el mismo.

47. Pilar Gómez Pavón, *El delito...*, cit., págs. 52-53.

48. Pilar Gómez Pavón, *El delito...*, cit., pág. 65.

tivamente, no se comete el delito si no existe una infracción del deber objetivo de cuidado, una conducta que *ex ante* ponga en peligro los bienes jurídicos en juego⁴⁹. Por ello se ha señalado que, al requisito de la introducción en el cuerpo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, deben sumarse otros: la influencia de dichas sustancias en la conducción; que dicha influencia se produzca precisamente en el sentido de afectar a la seguridad del tráfico, esto es, que ponga en peligro abstracto los bienes implicados en el tráfico de vehículos; y que la afectación a la seguridad del tráfico tenga una intensidad suficiente⁵⁰. De forma que, dado un mismo grado de impregnación alcohólica, habrá delito o no en función de las características somáticas del sujeto, de las circunstancias en que tenga lugar la administración de la sustancia (por ejemplo, si se ingiere o no con comida, o si se produce interacción con medicamentos...), y en función de otros elementos como la velocidad, tipo de carretera, circunstancias temporales y meteorológicas...⁵¹

El Tribunal Constitucional ha mantenido una línea constante y uniforme en el sentido de señalar que el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas no se produce por la simple constatación de un cierto grado de alcoholemia, sino que es preciso demostrar la influencia del alcohol en la conducción. En esta línea, ha afirmado que el supuesto delictivo que comentamos “no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas”⁵²; y que la «influencia de bebidas alcohólicas» constituye un elemento normativo

49. Carlos Ganzenmüller Roig et alii, *Negativa a someterse...*, cit., pág. 129.

50. Jesús María Silva Sánchez, “Consideraciones sobre el delito...”, cit., págs. 152 ss.. En pág. 153 destaca este autor, en la línea que venimos comentando en el texto, que sería un error estimar cometido el delito tan pronto como se detecta un cierto grado de impregnación alcohólica en el sujeto, es decir, un determinado nivel de concentración de alcohol en sangre, pues ello supondría seguir un criterio formalista-general, que convertiría el delito en una especie de ley penal en blanco que se realizaría por la mera infracción de la normativa administrativa sobre seguridad vial.

51. Jesús María Silva Sánchez, “Consideraciones sobre el delito...”, cit., pág. 157. En la misma línea que venimos defendiendo, y a título de ejemplo, Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1988, pág. 427, señala que los índices de alcoholemia sólo permiten sacar presunciones ya que no todas las personas reaccionan por igual ante las mismas cantidades de alcohol, de forma que dichos índices deben valorarse conjuntamente con otras pruebas que permitan una mayor seguridad en la determinación del efecto de las bebidas alcohólicas. En sentido contrario, Miguel María Muñoz Medina, *La potestad sancionadora...*, cit., pág. 129, quien defiende que el delito previsto en el Código penal se comete por el hecho de rebasar la tasa máxima establecida (de forma que la norma penal equivaldría a la prevista en el Código de la circulación, sobre la que prevalecería), aunque reconoce que su postura es contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional.

52. STC 145/1985, de 28 de octubre, f. j. 4.

del tipo penal que “requiere una valoración del Juez en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de que se trate el conductor se encontraba afectado por el alcohol (...) ponderando todos los medios de prueba que reúnan las debidas garantías procesales”⁵³. Más expresamente, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que “no basta, pues, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la ley exige (...) sería también necesario comprobar su influencia en la conducción”⁵⁴. Por tanto, “el derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración si por la acreditación de solamente uno de los elementos del delito –el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas– se presumieran realizados los restantes elementos del mismo. Pues el delito no se reduce –entre otras posibilidades típicas– al mero dato de la embriaguez del conductor, sino que exige los requisitos a los que ya se ha hecho referencia”⁵⁵. En suma, el valor de los resultados de la prueba de impregnación alcohólica en el ámbito penal puede resumirse afirmando que dicha prueba “puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esta condena ni es una prueba imprescindible para su existencia”⁵⁶.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el delito que venimos comentando parece haber influido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ésta, de forma paralela a las sucesivas reformas legislativas, había seguido una tendencia hacia la objetivación del delito, a la vez que se aproximaba a su entendimiento como delito de peligro abstracto. Hay que tener en cuenta que la primera legislación sobre el tema en España, contenida en Ley de 9 de mayo de 1950, exigía un estado de incapacidad para conducir con seguridad para que se entendiera producido el delito; la Ley de 24 de diciembre de 1962 suprimió dicho requisito, pero exigía aún una influencia manifiesta del alcohol en la conducción; y la ley 3/1967, de 8 de abril, suprimió el término “manifiesta”, todo lo cual tiende a objetivar el delito.

53. STC 148/1985, de 30 de octubre, f. j. 4.

54. STC 22/1988, de 18 de febrero, f. j. 3. Y en similar sentido, STC 5/1989, de 19 de enero, f. j. 2; y 252/1994, de 19 de septiembre, f. j. 5.

55. STC 111/1999, de 14 de junio, f. j. 3.

56. STC 111/1999, de 14 de junio, f. j. 3., que cita a su vez las SSTC 24/1992, de 14 de febrero, y 252/1994, de 19 de septiembre.

En efecto, el Tribunal Supremo había señalado a principios de los años sesenta que “no toda embriaguez engendra peligro, sino exclusivamente aquella que incapacite para conducir”⁵⁷, exigiendo un peligro concreto para la seguridad del tráfico. No obstante, paralelamente a las mencionadas reformas legislativas, inició una tendencia hacia la objetivación del tipo penal, que se mantuvo hasta bien entrados los años 80; en esta época consideraba que el delito se había producido en base a la superación de una tasa de alcoholemia, que a su vez ha oscilado entre 1,5 y 0,8, si bien es este último índice el que finalmente se impuso⁵⁸.

Con todo, en los últimos años, y probablemente por influencia de la doctrina constitucional antes comentada, el Tribunal Supremo parece haber abandonado esa línea de objetivación del delito, al afirmar, por ejemplo, que “no cualquier ingestión de bebidas alcohólicas comporta la realización del tipo...”, de forma que es preciso “que se conduzca el vehículo de motor con sus facultades significativamente alteradas o disminuidas...” a consecuencia del consumo de drogas o alcohol, y además, “se requiere que de aquélla conducción se derive una lesión al bien jurídico que es objeto de protección en el tipo que se examina, esto es, la seguridad del tráfico”⁵⁹. O, en la misma línea, que la práctica de una prueba de alcoholemia “ni es la única prueba que puede producir esta condena ni es una prueba imprescindible para su existencia”, añadiendo que “no basta el dato objetivo del grado de impregnación alcohólica, sino que es preciso acreditar la influencia que la misma tenga en la conducción”⁶⁰.

Por lo que se refiere a las sentencias de las Audiencias Provinciales, parecen haber seguido la misma tendencia que el Tribunal Supremo, aunque lógicamente en este ámbito es más fácil encontrar oscilaciones y tendencias menos uniformes. Centrándonos en los últimos años, lo más frecuente es encontrar sentencias que, siguiendo la línea del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, exigen como requisitos del delito no sólo la impregnación alcohólica, sino también la influencia de la misma en la conducción. En este sentido se afirma, por ejem-

57. STS de 20 de noviembre de 1961 y, en la misma línea, SSTS de 29 de diciembre de 1960, 22 de diciembre de 1960, 22 de abril de 1961 y 23 de marzo de 1962.

58. En este sentido, SSTS de 2 de marzo de 1974, 4 de noviembre de 1977, 26 de junio de 1979, 2 de mayo de 1981, 19 de mayo de 1982 o 25 de octubre de 1988. Una descripción de esta evolución puede encontrarse en Pilar Gómez Pavón, *El delito...*, cit., págs. 137 ss. También, y a título de ejemplo, puede mencionarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 4 de septiembre de 1998, que realiza un amplio repaso de esta evolución jurisprudencial.

59. STS (2ª) de 22 de febrero de 1991.

60. STS (2ª) de 14 de julio de 1993. En la misma línea, SSTS (2ª) de 24 de febrero de 1992, 23 de enero de 1993, 9 de diciembre de 1994.

plo, que “la tasa de alcoholemia no puede tenerse como un elemento integrante de la conducta típica”, rechazándose que “determinada una presencia enológica superior a la administrativamente fijada pueda considerarse realizado el tipo penal”, y en definitiva se señala que el elemento determinante de la existencia de este delito no es la determinación de un índice de alcohol superior al legalmente establecido, sino que dicha impregnación alcohólica influya negativamente en la conducción⁶¹.

Sin embargo, también pueden encontrarse algunas decisiones menos claras, que parecen mantener la antigua tendencia objetivadora, y así se ha llegado a afirmar que “quedando suficientemente acreditada la impregnación alcohólica, es indudable el reconocer su influencia en la conducción del vehículo, con la consiguiente disminución de la capacidad sensorial, de reflejos y de atención, puesto que quien se encuentra con una tasa superior a la admitida de 0,80%, está en situación de aumentar los riesgos de la conducción...”⁶², o incluso que el delito que venimos comentando “se integra y consume por la prueba de la ingesta alcohólica en cantidad superior a la legalmente tolerada de 0,8 gramos por mil

61. En este sentido pueden encontrarse la mayoría de las sentencias. La cita entrecomillada es de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 4 de septiembre de 1998. A título de simple muestra, pueden citarse también las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante (25-5-1999, 4-2-2000); Ávila (17-7-1998); Asturias (2-5-1996, 16-2-2000); Badajoz (4-6-1999, 8-6-1999, 20-1-2000, 25-2-2000, 10-3-2000); Barcelona (sección 2ª, 17-7-1997, sección 3ª, 4-5-98, sección 6ª, 1-4-1996); Burgos (7-7-1998 y 15-6-1999); Castellón (15-9-1997); Cuenca (14-2-1994, 9-4-1994); Huesca (29-2-2000); Jaén (11-1-2000); Las Palmas (3-2-2000); Madrid, (sección 15ª, 15-4-1996, sección 16ª, 30-12-1999); Murcia (sección 1ª, 7-4-1995); Pontevedra (16-2-2000); Segovia (28-2-2000); Soria (24-2-2000); Tarragona (1-9-1998); Toledo (sección 1ª, 17-10-1996, 29-10-1997, 8-2-1999, 18-3-1999); Valencia (4-3-2000); Zamora (23-6-1998, 31-7-1998, 8-2-2000, 16-2-2000); Zaragoza (24-6-1999).

62. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (sección 2ª) de 10-5-1995, que abunda en la objetivación del delito, con otra serie de afirmaciones, como cuando recuerda que el Consejo de Europa, en Resolución B (73) 26, de 18 de abril de 1.973, recomendó la imposición de sanciones penales si la tasa de alcoholemia es superior a 0,8, y, de forma un tanto confusa, añade: “Y nadie puede dudar que el Consejo de Europa (...) atenta (sic) contra los principios básicos del derecho penal en cuya raíz están las garantías penales de los acusados, por adoptar esta recomendación que «objetiva» una prueba, susceptible de ser objetivada como los análisis de drogas, que en nada atenta al principio de culpabilidad (autoría)...” Y un poco más adelante: “Tales indicios [se refiere a la prueba de alcoholemia, signos externos, etc.] en un delito de riesgo, como es el del art. 340 bis a) 1, no es ni puede ser lo mismo que cuando se trata de un delito de resultado; por lo que extremar la caracterización de estos indicios en signos externos tendentes más a evidenciar un resultado (irregularidad manifiesta en la conducción o accidente de tráfico) que un riesgo o peligro concreto, resulta una exigencia «diabólica», que sólo llevaría a la impunidad de las conductas prohibidas con la consiguiente descalificación a todo control policial que se dirija a la prevención del resultado mediante la comprobación del riesgo o peligro...” En la misma línea que venimos comentando pueden encontrarse otras sentencias de la misma sección 2ª de la Audiencia

centímetros cúbicos en sangre...”⁶³, o que la tasa detectada superior a los límites permitidos “autoriza a afirmar sin más su incompatibilidad con una normal conducción”⁶⁴. Y sobre todo, más allá de la fundamentación jurídica más o menos estereotipada, en algunos Juzgados y Audiencias puede apreciarse la tendencia a una automatización en la condena cuando se supera el límite establecido en el Reglamento General de Circulación (o bien cuando se supera un cierto límite superior, establecido según el criterio de la Audiencia correspondiente). En efecto, en ocasiones se utiliza una mención más o menos retórica a los “signos externos” de la impregnación alcohólica, para basar la condena, en la práctica, en el simple hecho de haber superado el límite administrativamente fijado.

Y esta tendencia –afortunadamente no generalizada–, de por sí preocupante y contraria en su fondo a la doctrina del Tribunal Constitucional, puede convertirse en peligrosa en el caso de mantenerse tras la entrada en vigor de la última reforma que redujo las tasas máximas de alcoholemia. Quiero decir que, si los jueces y tribunales del ámbito penal comenzaran a imponer condenas de manera sistemática cuando se supere la tasa de 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre (con independencia de que a efectos de fundamentación se realice una mención más o menos retórica a los “signos externos” existentes), nos encontraríamos con una situación que, además de ser contradictoria con la jurisprudencia constitucional, confundiría la norma penal con el ilícito administrativo, vaciando en la práctica a éste de contenido. Y, sobre todo, pondría en cuestión el valor

Provincial de Toledo, como por ejemplo la sentencia de 5 de diciembre de 1996 que, de forma un tanto confusa, afirma que “lo que castiga el tipo penal es la conducción bajo su influencia, siempre que se superen unas tasas alcohólicas preestablecidas (...) Y el acusado se encontraba casi en el doble de dicha tasa, lo que por sí solo viene a demostrar que el tipo concurría, en cuanto existía impregnación alcohólica por encima de los límites permitidos...” Estas afirmaciones, aunque pudiera parecer que parten de la base cierta de que el tipo requiere impregnación más influencia, en realidad operan una objetivación del delito que parece entenderse cometido una vez se supere la tasa máxima de alcoholemia. Véase también, por ejemplo, la sentencia de 24-2-2000, que afirma expresamente: “Ratificada en juicio por los Agentes que la practicaron, la prueba de alcoholemia alcanza la categoría de prueba de valor incriminatorio y bastante para fundar una sentencia condenatoria y destruir la presunción de inocencia, con independencia de si el Juez o Tribunal la cree o no suficiente para convencerse de que el estado etílico del conductor le hacía peligroso para conducir vehículos de motor incapacitándole”.

63. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 10-12-1992 y, en idéntico sentido, sentencia de la misma Audiencia de 14-5-1992.

64. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 2ª, de 15-3-2000. En el caso concreto, la tasa era de 0,56 y 0,45 miligramos por litro de aire espirado, lo que a juicio de la Audiencia supone un exceso sobre los límites suficientemente demostrativo de la influencia del alcohol. Pero ya hemos visto que tal afirmación no puede realizarse con carácter general para estos niveles de alcohol. En la misma línea, sentencia de la Audiencia de Málaga de 18-2-2000.

del Derecho penal como *ultima ratio* y el principio de intervención mínima que debe presidir este sector del ordenamiento. Debe, por tanto, abandonarse esa tendencia a la objetivación, y muy especialmente ha de superarse cualquier tentación de considerar la tasa de 0,5 como aplicable en el ámbito penal. Con todo, conviene reiterar que la mayoría de las Audiencias se sitúan en la línea establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo

En suma, para entender cometido el delito del actual art. 379 del Código Penal es precisa la impregnación alcohólica por encima de determinado nivel, pero también demostrar la influencia de la ingestión de alcohol en la conducción, de manera que la prueba de la tasa de alcoholemia no es suficiente (salvo quizá por encima de ciertos niveles elevados, probablemente por encima de 1,5 gramos por litro de sangre, y con seguridad por encima de 2⁶⁵), y puede que, en algunos casos ni siquiera sea imprescindible⁶⁶. Dicha prueba debe por tanto completarse con otras (reconocimiento del imputado, y especialmente testifical de los agentes) que acrediten los “signos externos” de la influencia del alcohol en la conducción, así como otros elementos relevantes tendentes a acreditar la comisión del delito. Conviene por ello hacer unas breves consideraciones sobre ambos tipos de pruebas.

a) La prueba de alcoholemia.

Ya hemos analizado los problemas que plantea la prueba de alcoholemia desde la perspectiva constitucional. Basta ahora recordar que si esta prueba se realiza –o se incorpora al proceso penal– sin las garantías constitucionales ya examinadas, será inválida. Y a la misma conclusión habría que llegar si no se cumplen los requisitos previstos en la legislación sobre tráfico: intervalo mínimo de diez minutos entre las dos pruebas, información del derecho a contrastar los resultados mediante análisis de sangre, utilización de etilómetros oficialmente autorizados.... Todos ellos son presupuestos imprescindibles para otorgar validez probatoria a la prueba de alcoholemia⁶⁷, y cuyo cumplimiento debe además ser acreditado por la acusación⁶⁸.

65. Cabe recordar la afirmación en este sentido del Tribunal Supremo, por ejemplo en SSTS de 22-2-1989 o 19-2-1994, y lo que hemos señalado al respecto en el apartado 2 de este trabajo.

66. En este sentido, STC 24/1992, de 14 de febrero, o SSTS (2^a) de 14-7-1993 y 19-2-1994.

67. Dichos requisitos están correctamente sistematizados, por ejemplo, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 21-2-1994: “En esas garantías, que redundan en la fiabilidad del resultado, se enmarcan la homologación del aparato empleado, su periódica revisión y calibrado; la instrucción al conductor interesado de la obligación de someterse y las consecuencias de su negativa; la realización de dos pruebas sucesivas, espaciadas entre sí por diez minutos al menos, y finalmente la instrucción al interesado del derecho a realizar la extracción de sangre para su análisis, si no se halla conforme

Ahora bien, hay que insistir en que la invalidez de la prueba no implica necesariamente la inexistencia del delito: éste puede resultar acreditado mediante otras pruebas, ya que la prueba de alcoholemia no es un requisito *sine qua non* para acreditar la influencia del alcohol en la conducción⁶⁹.

De lo dicho se deducen dos diferencias entre el ámbito administrativo sancionador y el penal: en primer lugar, en éste no sólo se requiere el cumplimiento de los requisitos legales para la validez de la prueba, y el respeto de los derechos fundamentales aplicables en todos los ámbitos, sino también el de la práctica e introducción de dicha prueba en el proceso penal de acuerdo con las garantías constitucionales de aplicación específica en este orden jurisdiccional: reproducción en el juicio oral mediante práctica de pruebas con posibilidad de contradicción, y de acuerdo con los principios de inmediación y oralidad, etc. (salvo que se practiquen otras pruebas que acrediten la influencia). Y, en segundo lugar, a diferencia de la sanción administrativa, que no podrá imponerse si la prueba de alcoholemia es inválida, el delito sí puede castigarse aun en ese supuesto, si se prueba por otros medios la influencia del alcohol en la conducción. Y ello porque la prueba por esas otras vías implicará siempre influencia del alcohol en la conducción, y no el mero dato numérico de la superación de una tasa legalmente establecida, por lo que nos situaremos en el ámbito más grave de la sanción penal.

b) Otras pruebas. Los “signos externos”.

De acuerdo con las ideas que venimos exponiendo, se comprende la especial importancia en el ámbito penal de aquellas pruebas (distintas al dato de la tasa de alcoholemia obtenido de la correspondiente prueba) tendentes a acreditar la

con los resultados ofrecidos por la prueba alcoholimétrica”. La única salvedad que puede hacerse es que, en lugar de “homologación” del etilómetro, más propiamente debe hablarse de “autorización” del mismo.

68. Véase en este sentido, por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (sección 1ª) de 27 de enero de 1997: “es evidente que la necesidad de que el análisis alcoholimétrico sea realizado mediante aparatos oficialmente autorizados es un presupuesto imprescindible para otorgar validez probatoria a dicha prueba (...) El cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación citada (...) ha de ser debidamente acreditado por la acusación, sin que sea admisible una inversión de la carga probatoria que llevaría a una presunción de legitimidad y validez de toda prueba alcoholimétrica”. Esta es la línea dominante: por ejemplo, Audiencia Provincial de Zamora, 31-7-1998, 23-6-1998, Navarra (sección 1ª) 26-9-1997, Orense, 5-6-1998, Madrid (sección 15ª), 23-6-1997.

69. Véanse las sentencias ya mencionadas sobre este particular. La STC 24/1992, de 14 de febrero, f. j. 3, lo expresa claramente: “la prueba de impregnación alcohólica constituye el medio más idóneo para acreditar una concentración de alcohol en la sangre del conductor de un vehículo, que puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del mismo, pero ni es la única prueba que puede producir esta condena ni es una prueba imprescindible para su existencia”.

influencia del alcohol en la conducción. Y ello porque estas pruebas serán imprescindibles (salvo quizá en el caso de tasas de alcoholemia muy elevadas, en torno a 2) para completar los datos obtenidos por la prueba de alcoholemia, e incluso podrían ser las únicas pruebas, suficientes para entender acreditada la comisión del delito, en el supuesto de que la prueba de alcoholemia sea inválida, o no se haya podido realizar por negativa del acusado.

Entre estas pruebas cobra especial relevancia la declaración de los agentes que en su momento pararon al conductor, y en su caso le realizaron la prueba de alcoholemia. Al margen de los datos relativos al modo y resultado de la práctica de dicha prueba, dicha declaración puede poner de manifiesto otros datos de muy elevada importancia en la acreditación del delito: si la parada y práctica de la prueba (o intento de práctica) fueron consecuencia de un control preventivo y aleatorio, o de un modo de conducción inadecuado, de la comisión de alguna infracción o de un accidente⁷⁰; si se cometieron infracciones o la conducción era impropia de alguien que conduce sobrio, el comportamiento del acusado en su relación con los propios agentes y, sobre todo, si el mismo presentaba “signos externos” de haber ingerido alcohol.

En efecto, es muy frecuente en los procedimientos penales por delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas que los agentes declaren sobre los signos externos que presentaba el conductor, y que pueden denotar la influencia de bebidas alcohólicas: habla pastosa, ojos brillantes, aspecto abatido, deambulación vacilante, olor a alcohol, etc. Desde luego, estos datos son relevantes y han de tenerse en cuenta en el enjuiciamiento de este tipo de delitos, pudiendo fundamentar una condena, conjuntamente con el dato de la prueba de alcoholemia, o en ciertos supuestos (y si dichos signos son especialmente claros e indubitados), por sí mismos. Pero la referencia a estos “signos externos” no deja de plantear en ocasiones problemas, dificultades y peligros.

70. No hay que despreciar la importancia de este dato, que si bien por sí solo no indica nada sobre la influencia del alcohol en la conducción, adquiere mayor relevancia al valorarse conjuntamente con otras circunstancias del caso. Así, en principio, el que la prueba sea consecuencia de un control preventivo y aleatorio implica que no se apreció infracción a las normas de tráfico, ni nada anormal o llamativo en la conducción, lo que es un dato que permite entender que no se puso en peligro la seguridad del tráfico, y por tanto un elemento a favor de la absolución, que obviamente adquirirá un peso muy superior si va unido a la ausencia de signos externos, o al menos de signos especialmente relevantes o indicativos de una influencia del alcohol. De hecho, el dato de que la prueba se realizase como consecuencia de un mero control preventivo es tenido en cuenta en numerosas sentencias: por ejemplo, Audiencia Provincial de Madrid, sección 16^a, 22-9-1997 y 30-12-1999; Orense, 5-6-1998; Tarragona, sección 2^a, 4-9-1998; Asturias, 2-5-1996; Toledo, sección 1^a, 29-10-1997; Jaén, sección 2^a, 11-1-2000; Badajoz, sección 1^a, 20-1-2000; Zamora, 8-2-2000 y 16-2-2000.

Hay que tener en cuenta que dichos signos externos se reflejan en las diligencias abiertas por los agentes al efecto, que en su caso se incorporarán al proceso penal. Pero entre la práctica de la retención del conductor y el momento de la vista oral pueden transcurrir meses o años, pudiendo los agentes no recordar las circunstancias concretas del caso; por ello lo más frecuente es que dichos agentes simplemente se ratifiquen en los datos que constan en las diligencias practicadas (tanto por lo que se refiere a los “signos externos” como a los datos de la propia prueba de alcoholemia). Ello no invalida esta prueba, pero obliga a valorarla con cautela, sobre todo si los agentes son incapaces de responder a las preguntas concretas de las partes personadas, por no recordar las circunstancias del caso. Y sobre todo existe el peligro de que dicha diligencia se realice de forma casi mecánica, rellenando un formulario en el que se repita sistemáticamente la retahíla de signos antes mencionados u otros similares. Por lo demás, en ocasiones dichos signos no son concluyentes para poner de manifiesto la ingestión de alcohol y su influencia en la conducción, pudiendo obedecer a otros motivos⁷¹. De ahí la especial necesidad de prudencia en la valoración de estos signos, que debe realizarse conjuntamente con todos los demás datos aportados al proceso como prueba. En definitiva, me parece que estos datos sólo podrán utilizarse como prueba única cuando conste de manera indubitada que dichos signos reflejaban una influencia manifiesta del alcohol en la conducción, y la prueba del alcoholemia no se haya realizado o sea inválida.

La mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales tratan de ponderar los elementos en juego, valorando los “signos externos” según las circunstancias del caso. Así, en ocasiones se ha condenado basándose en dichos signos, cuando la prueba de alcoholemia no se ha realizado por negativa del conductor, o es inválida por incumplir las necesarias garantías⁷². En cambio, si existen sig-

71. Esta idea se encuentra correctamente expuesta y desarrollada en algunas sentencias. Por ejemplo, Audiencia Provincial de Toledo (sección 1ª) de 17-10-1996: “... la «diligencia de expresión de los signos externos presentados» por el sujeto pasivo de la prueba (...) refleja que éste presentaba un «aspecto general nervioso», unos ojos «brillantes y enrojecidos», el «rostro pálido» el aliento con olor a alcohol, el «habla ronca» y unas respuestas «embrolladas» y con «repeticiones». Los datos objetivos que constata este formulario no son representativos de una disminución de las facultades imprescindibles para conducir un automóvil sin riesgo, dado que o bien pueden responder a la ingesta de alcohol pero no son determinantes de su magnitud, o bien es posible que obedezcan a causas distintas a la embriaguez. Por otra parte, otras expresiones son claramente significativas de un juicio valorativo de los agentes de difícil apreciación por el juzgador (...) El estado de nerviosismo, no exclusivo de la intoxicación etílica, puede explicar las respuestas embrolladas y las repeticiones...”

72. Por ejemplo, y entre otras muchas, sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 21-2-1994; Huesca, 7-6-1996; Murcia, sección 1ª, 2-9-1998; Zaragoza, sección 3ª, 7-7-1998; Sevilla, sección 4ª, 8-6-1998; Barcelona, sección 10ª, 28-2-2000; Valencia, sección 2ª, 6-3-2000; Las Palmas, sec-

nos externos pero la prueba se ha realizado sin ofrecer resultados positivos, lo adecuado será proceder a la absolución⁷³. A la misma solución absolutoria debe llegarse si la situación es la inversa, es decir, en aquellos casos en que la prueba de alcoholemia da resultados positivos, pero no existe ningún signo externo que confirme la influencia del alcohol, dando preferencia en este caso a los signos externos sobre la propia prueba⁷⁴. En definitiva, podría señalarse que, como regla general, para condenar son precisos tanto el resultado positivo de la prueba de alcoholemia como los “signos externos” que denoten la influencia del alcohol en la conducción; es decir, que no puede condenarse con tasa de alcohol negativa (con independencia de los signos externos), ni con tasa de alcohol positiva, pero sin que existan signos externos que acrediten la influencia del alcohol en la conducción⁷⁵. Sólo cuando la prueba de alcoholemia no se ha realizado por negativa del conductor, o es inválida por ausencia de algunas de las garantías que

ción 3ª, 4-12-1997 (“aun cuando no se llevó a efecto la prueba de impregnación alcohólica dada la clara negativa del recurrente, eran claramente apreciables en el mismo los síntomas de embriaguez que aquél presentaba”)

73. Así, sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (sección 1ª), de 22-7-1997: “en el juicio oral no consta practicada prueba que desvirtúe la presunción de inocencia; la testifical de los agentes de la autoridad que levantaron el atestado y se ratificaron en el acto del juicio refleja la sintomatología que presentaba el acusado, temblores, ojos velados, rostro congestionado, pronunciación titubeante, respuestas repetitivas, y deambulación vacilante, sin olor a alcohol, síntomas que llevaron a los agentes a requerirle para la prueba de alcoholemia que se practicó con resultado totalmente negativo, lo que excluye la posibilidad de que se estime probado que el acusado condujera bajo la influencia de la ingesta de bebidas alcohólicas”.

74. En este sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 23-6-1998: “el propio resultado arrojado en las pruebas efectuadas al recurrente de 0,95 y 0,97 miligramos de alcohol por 1.000 c.c. de aire espirado se muestra poco compatible con la sintomatología del conductor apreciada en el atestado por los Guardias Civiles que lo instruyeron, y que fueron ratificadas en el acto del juicio. (...) Éste presentaba un rostro, deambulación y habla normal, así como un comportamiento adecuado, y sin constancia alguna en dicha diligencia respecto al síntoma de si tenía o no aliento a alcohol, tan solo se recoge como síntoma de la ingesta, el de los ojos brillantes; existiendo serias dudas de que son este solo síntoma y la genérica manifestación de este conductor respecto a las bebidas alcohólicas que había tomado en las 24 horas previas al accidente que efectúa en el atestado, pueda estimarse acreditada la ingesta de alcohol y la influencia del mismo en la conducción...” En la misma línea, sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 2ª) de 2-5-1996: “...nos encontramos ante una seria contradicción entre los signos externos del acusado -que son absolutamente normales, excepto el aliento a alcohol (vid. folio 6) y el resultado ofrecido por la prueba de alcoholemia. Tal discrepancia ha de resolverse en favor del reo entendiendo que el etilómetro, dada la proximidad de la fecha de caducidad de su revisión periódica (...) con la de los hechos (...) no ofreció un resultado fiable...” Puede verse también la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 1ª), de 7-11-1997.

75. Como antes apuntábamos, con tasas de alcoholemia en torno a 2, puede entenderse que el alcohol siempre influye en la conducción, de forma que en tal caso no serían precisos los “signos externos”. Pero, si bien se mira, si es cierto que ese nivel de alcohol influye en cualquier conductor, habrá que entender que en ese caso siempre existirán apreciables “signos externos”.

hemos venido analizando, podrá condenarse basándose sólo en los “signos externos”⁷⁶ (que desde luego también han de introducirse en el juicio oral mediante la testifical de los agentes, sometiéndolos así a contradicción); pero en tal caso debe operarse con especial cautela, exigiendo que dichos signos sean concluyentes, en el sentido de poner de relieve una manifiesta ingesta de alcohol, capaz de influir en la conducción. Como ha señalado alguna sentencia, “las sugestivas apreciaciones de síntomas externos (...) no es otra cosa que una prueba complementaria de aquella otra y que cuando actúa sola, como aquí ocurre, tiene que ofrecer una estimación terminante de embriaguez para que, valorada con el restante conjunto circunstancial probado, pueda servir para acreditar que el acusado venía conduciendo un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas”⁷⁷.

6. Concurrencia de sanciones administrativa y penal y principio *non bis in idem*

Como he intentado poner de manifiesto, la infracción administrativa consiste en conducir con una tasa de alcoholemia superior a la reglamentariamente establecida, y el delito en conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Ambos tienen requisitos parcialmente diferentes, y aun unidos en la finalidad de preservar la seguridad del tráfico y disminuir el número de accidentes provocados por el alcohol, obedecen a criterios distintos, ya que el Derecho penal es la *ultima ratio* que sólo debe intervenir en la sanción de los supuestos más graves.

Pero es evidente que ciertos supuestos podrían encuadrarse en ambos tipos de sanción; en concreto, aquéllos en los que, superada la tasa de alcoholemia prevista, existe una influencia del alcohol en la conducción. En tales casos, las reglas aplicables son las que rigen con carácter general la concurrencia de sanciones penal y administrativa. No existiendo una relación de sujeción especial, rige completamente el principio *ne bis in idem*, según el cual la conducta no puede ser objeto de una doble sanción (en realidad, no puede ser enjuiciada dos

76. Aunque incluso esta afirmación requiere algún matiz. Así, si la prueba es inválida porque no se introdujo en el proceso con el cumplimiento de las debidas garantías (por ejemplo, no se ha ratificado en el juicio oral), pero su resultado es negativo, entonces debe absolverse aunque existieran “signos externos”, ya que estos vienen acompañados de un dato objetivo favorable. Y si bien es cierto que el mismo no puede considerarse prueba por no cumplir las garantías procesales, también lo es que dichas garantías se establecen en favor del acusado, y en este caso su exigencia le resultaría perjudicial.

77. Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, de 4-6-1998.

veces). La jurisdicción penal tiene preferencia sobre cualquier otra, y desde luego, sobre el procedimiento administrativo sancionador. Por lo tanto, no debe abrirse dicho procedimiento sancionador si se inicia un proceso penal; si el procedimiento administrativo ya se había iniciado, debe suspenderse hasta que exista una decisión firme en el ámbito penal, y sólo podrá reanudarse si dicha decisión firme en el ámbito penal es absolutoria (ya que es posible que el hecho no fuese constitutivo de infracción penal, pero sí administrativa).

Pero la suspensión del procedimiento administrativo, que es incuestionable en teoría, no siempre se produce en la práctica, por lo que en ocasiones ambos procesos transcurren paralelamente, y en el momento de dictar la sentencia penal ya ha recaído una sanción administrativa, de forma que a esta sanción sigue la condena penal. En tales casos, desde luego el procedimiento penal no debe paralizarse, dada la improrrogabilidad y preferencia de esta jurisdicción; pero teniendo en cuenta la incuestionable aplicabilidad del principio *non bis in idem*, caben dos opciones: o que el interesado inicie un nuevo procedimiento administrativo para solicitar la nulidad de la sanción recaída en este ámbito (dada la prevalencia del ámbito penal), o bien que el juez penal “abone” a la condena penal la sanción administrativa ya impuesta, descontándola a efectos de cumplimiento. Esta última opción es sin duda la más adecuada desde el punto de vista de la justicia material, ya que no debería imponerse al administrado la carga de iniciar un nuevo procedimiento, cuando la sanción administrativa nunca debería haber sido impuesta. Numerosas sentencias se han pronunciado en este sentido⁷⁸.

78. Por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (sección 2ª), 3-12-1994, Ciudad Real, de 7-9-1992, 1-9-1993 (“remitir al acusado (...) para que se abra el procedimiento adecuado de reintegración y en su caso indemnización del sujeto en la vía administrativa, sería descargar sobre el administrado el hecho de corregir un error que nunca debió producirse...”). Menos clara, aunque admitiendo la posibilidad del descuento de la sanción cumplida, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 26-1-1994: “...deben extraerse dos consecuencias: la procedencia de la sanción penal y su prevalencia sobre la administrativa, con lo que la condena que se contiene en la resolución recurrida no vulnera el principio del non bis in idem (...); y que, pese a ello, efectivamente ha sido seguido un procedimiento administrativo paralelo, terminando con la correspondiente sanción (...). Ante tal contingencia, sólo le cabe al mismo acudir al proceso contencioso administrativo correspondiente para conseguir su nulidad. No obstante, no existe prohibición expresa relativa a que, en período de ejecución de la presente sentencia, pueda el Juez a quo acordar esas medidas (...) relativas a imputar al cumplimiento de la condena impuesta los efectos ya agotados de la sanción administrativa ...”

7. La negativa a someterse a las pruebas: consecuencias penales y administrativo-sancionadoras

El objeto central de este trabajo ha sido el examen de las pruebas de alcoholemia y sus eventuales consecuencias sancionadoras, desde la perspectiva constitucional. Pero el estudio quedaría incompleto si no nos refiriésemos también, aun de forma necesariamente breve, a los efectos de la negativa a someterse a dichas pruebas, en los ámbitos penal y administrativo sancionador, ya que dicha negativa puede constituir tanto una infracción administrativa (art. 65.5.2, b) de la Ley de Tráfico) como un ilícito penal (art. 380 del Código penal de 1.995). En definitiva, la sanción de dicha negativa plantea también problemas que requieren un examen desde la Constitución. En el segundo apartado de este artículo ya me he referido a los problemas de constitucionalidad de la propia obligación de someterse a las pruebas. Ahora me centraré en tres cuestiones: en primer lugar, el problema de la constitucionalidad de la actual tipificación penal; en segundo lugar, la delimitación entre las sanciones penal y administrativa que recaen sobre la negativa a someterse a las pruebas; y, por último, la posibilidad de concurso entre los delitos de conducción bajo la influencia del alcohol y negativa a realizar las pruebas.

La constitucionalidad del art. 380 del Código penal se ha cuestionado sobre todo afirmando su desproporción con el delito de conducción bajo los efectos de las bebidas alcohólicas, previsto en el art. 379 del Código penal. Hay que tener en cuenta que la pena correspondiente al delito de desobediencia grave (de seis meses a un año de prisión) es sensiblemente superior a la del delito del art. 379 (arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses, y privación del permiso de conducir vehículos a motor y ciclomotores). El Tribunal Constitucional ha afirmado dicha constitucionalidad en STC 161/1.997, de 2 de octubre, si bien dicha sentencia contiene dos votos particulares, cada uno de ellos firmados por dos magistrados, que cuestionaban dicha constitucionalidad.

En síntesis, el Tribunal, tras recordar su jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad, analiza los bienes o intereses que la norma enjuiciada pretende proteger, afirmando que son tanto la seguridad del tráfico rodado, como la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública, al tratarse de un delito de desobediencia (f. j. 10). Por otro lado, a juicio del Tribunal las posibles medidas alternativas o no son palmariamente menos gravosas para los ciudadanos, o no tienen de forma manifiesta una similar eficacia. Además, hay que tener en cuenta que, en general, corresponde al legislador valorar la relación entre los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena. De

manera que “la relación valorativa entre precepto y sanción sólo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra «el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona»; es decir, cuando concurra un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (STC 55/1996, fundamento jurídico 9.)”⁷⁹. Y el Tribunal no encuentra en este caso ese “desequilibrio patente o excesivo e irrazonable”⁸⁰.

En contra de la opinión mayoritaria, los votos particulares destacan que no existe “correspondencia entre la estructura jurídico-penal en la que se ha alojado este nuevo delito y la conducta real objeto de reproche: No responde ésta al *dolo* específico de quebrantar o socavar el principio de autoridad, en la abstracción que debe recoger la norma, sino al de eludir la indagación y comprobación del delito tipificado en el anterior art. 379 del mismo Código. Tropieza así el precepto con el principio de proporcionalidad, en relación con el art. 9.3 C.E., que prohíbe la interdicción de la arbitrariedad”⁸¹, así como la existencia de medios

79. STC 161/1997, de 2 de octubre, f. j.12

80. El Tribunal rechaza uno a uno los argumentos propuestos para fundamentar esa desproporción (STC 161/1997, f. j. 13): a) “la comparación con el art. 379 Código Penal, en primer lugar, ignora la entrada en juego en el art. 380 Código Penal de un nuevo bien jurídico, el propio de los delitos de desobediencia, que no queda comprendido o consumido, cuanto menos no totalmente, en la protección de la seguridad del tráfico”; b) “La comparación con el delito genérico de desobediencia grave parte de una interpretación no irrazonable pero discutible del mismo en torno a la inherencia de ciertos elementos subjetivos de los que carecería supuestamente el comportamiento que describe el art. 380 Código Penal, que sería así más leve”; c) “Cuando se afirma, en tercer lugar, la impunidad de otras conductas de resistencia al sometimiento a diligencias de indagación, se está volviendo a introducir como elemento de comparación, no otra opción legislativa, que es lo único procedente en este ámbito de análisis de proporcionalidad de las normas, sino un modo altamente discutible de entender y aplicar el delito genérico de desobediencia grave, que excluiría genéricamente de su ámbito la oposición de un imputado por cualquier otro delito a ser objeto de pericias de indagación o de reconocimiento”; d) en cuanto al argumento de la levedad del comportamiento incriminado en virtud del ánimo del sujeto de proteger su integridad física o sus intereses en un futuro procedimiento, el Tribunal señala que “esta intención subjetiva no tiene el respaldo objetivo del ejercicio de los correspondientes derechos procesales o a la intimidad o a la integridad física, sea porque directamente no entran en juego en el tipo de pruebas cuya denegación se sanciona, sea porque deban ceder frente a otros derechos o intereses preponderantes”; e) “Una última objeción de desproporción de la sanción del art. 380 repararía en la posible levedad de la desobediencia en los supuestos en los que el sujeto activo no ha sido advertido de las consecuencias penales de su negativa a someterse a las pruebas de detección de una conducción en condiciones inadecuadas. Basta señalar al respecto que en el ordenamiento jurídico y, singularmente, en el Código Penal existen instrumentos más que suficientes para valorar las consecuencias que pudieran derivarse de tal circunstancia”.

81. Voto particular del magistrado don Pablo García Manzano, al que se adhiere el magistrado don José Vicente Gimeno Sendra, 2.

alternativos “de menor entidad aflictiva y a los que cabe atribuir la misma o superior eficacia”⁸², o bien apuntan que el artículo 380 del Código penal supone “exigir, de alguna manera, al acusado que colabore con la acusación, camino muy delicado y que puede conducir a consecuencias especialmente importantes y con unos posibles efectos expansivos no previstos ni, sin duda, deseados”⁸³. Y, en definitiva, a todo ello “la evidente desproporción, llamativa, fuera de lo que se puede entender por lógica jurídica, entre la pena asignada a la falta de colaboración y la establecida para el delito principal”⁸⁴.

A mi juicio, los argumentos señalados en los votos particulares resultan más convincentes que los de la sentencia mayoritaria. La desproporción se deduce, desde luego, de la comparación entre las penas previstas para uno y otro delito, que pone de manifiesto una diferencia muy significativa y carente en mi opinión de justificación; pero también de los otros datos ya apuntados, como que la conducta incriminada está orientada a la defensa de los intereses propios en un eventual proceso, lo cual la sitúa, al menos *prima facie*, en el ámbito del derecho a la defensa que deriva del art. 24.2 CE; y que por tanto dicha conducta no implica (o no implica necesariamente) intención específica de menoscabar el principio de autoridad.

Un segundo problema es el de la distinción entre el delito del art. 380 y la infracción administrativa del art. 65.5.2 b) de la Ley de Tráfico, ya que ambos consisten en la negativa a someterse a las pruebas para la detección del grado de alcoholemia. Si se interpreta el art. 380 en su sentido literal, dicha distinción parece muy difícil, creándose así no pocos problemas. Por ello se ha defendido doctrinalmente una interpretación material del art. 380, teniendo en cuenta que el mismo se ubica entre los delitos contra la seguridad del tráfico. Esta interpretación⁸⁵, consiste en entender que el delito del art. 380 no se produce por la mera negativa al sometimiento a las pruebas de alcoholemia (supuesto propio de la infracción administrativa), sino que requiere también la influencia del alcohol en la conducción, en el mismo sentido en que viene exigida en el art. 379, y por lo

82. Voto particular del magistrado don Pablo García Manzano, al que se adhiere el magistrado don José Vicente Gimeno Sendra, 3.

83. Voto particular de don Enrique Ruiz Vadillo, al que se adhiere don Fernando García-Mon y González-Regueral, 8.

84. Voto particular de don Enrique Ruiz Vadillo, al que se adhiere don Fernando García-Mon y González-Regueral, 10.

85. Defendida entre otros por Carlos Ganzenmüller Roig et alii, *Negativa a someterse...*, cit., págs. 37 ss. (siguiendo en este punto las opiniones de Varona Gómez).

tanto la existencia de signos externos que revelen dicha influencia. Ello permitiría distinguir el delito de la infracción administrativa, y al tiempo solucionaría el problema del concurso entre los delitos del art. 379 y 380 –al que nos referiremos un poco más adelante–, entendiéndose que este último artículo subsume el desvalor del artículo anterior, al exigirse también para la comisión del delito de negativa la influencia del alcohol. Lo que contribuiría a su vez a explicar la mayor pena que el Código prevé en el art. 380, que protegería por tanto dos bienes jurídicos: la seguridad del tráfico y el principio de autoridad.

La tesis expuesta resulta bastante interesante, y representa una propuesta razonable de interpretación del art. 380, explicando la aparente desproporción entre su pena y la del art. 379. Desde luego, como hemos visto el Tribunal Constitucional ha destacado que el delito del art. 380 tiene la doble finalidad de proteger la seguridad del tráfico y el principio de autoridad. Y el mencionado entendimiento del mismo permitiría explicar su mayor pena. Pero dicha tesis también plantea sus dudas, porque si el delito del art. 380 subsume el desvalor (y la pena) del art. 379, no resultaría lógico que al mismo no se aplique la pena de privación del permiso de conducir.

En todo caso, el Tribunal Supremo ha distinguido nítidamente entre las figuras administrativa y penal, en su sentencia de 9 de diciembre de 1999, de la cual transcribimos íntegramente un párrafo de indudable interés:

“La dependencia del artículo 380 respecto del 379 del Código Penal permite establecer, en orden a fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa, los siguientes criterios orientativos: a) la negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del art. 21 del Reglamento General de Circulación⁸⁶, debe incardinarse dentro del tipo

86. Transcribimos el apartado mencionado del art. 21 del Reglamento, para más cómoda comprensión de la cita del Tribunal Supremo: “Los agentes de la Autoridad encargados de la vigilancia del tráfico, podrán someter a dichas pruebas a:

1. Cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo, implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.

2. Quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

3. Los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en el presente Reglamento.

4. Los que con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la Autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha Autoridad”.

penal del art. 380 del Código Penal; y, b) dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción: b.1) si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido, la negativa de éste debe incardinarse también en el delito de desobediencia del citado artículo 380 del Código Penal; y b.2) cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa [arts. 65.5.2 b) y 67.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial].”

En suma, habrá delito siempre que quien se niegue a realizar las pruebas muestre síntomas de haber conducido bajo los efectos de las bebidas alcohólicas o si está implicado directamente como posible responsable de un accidente de circulación; no habrá delito, sino infracción administrativa, si quien se niega no muestra tales síntomas y no aparece implicado en un accidente (y ello tanto si es requerido a realizar la prueba en un control preventivo, como si lo es a consecuencia de la comisión de una infracción al Reglamento de Circulación). De manera que, en líneas generales, la sentencia del Tribunal Supremo confirma la antes expuesta tendencia doctrinal a considerar que el delito de negativa sólo se produce si hay síntomas de conducción bajo los efectos del alcohol. Ello explica su ubicación en el Código penal y hace pensar que subsume el desvalor del delito previsto en el artículo anterior. Pero a este supuesto delictivo añade el Tribunal Supremo el de la negativa producida por quien está implicado en un accidente como posible responsable; aunque este supuesto se aleja del anterior, por cuanto se castiga penalmente aun cuando no haya muestras de influencia alcohólica, es coherente con la idea de que el bien jurídico protegido por el delito es la seguridad del tráfico, ya que en tales casos la misma ha sido objeto de una concreta lesión, lo que podría justificar el tratamiento penal de la negativa.

En fin, en último lugar conviene abordar un problema relacionado con el anterior, cual es la posibilidad de concurso real entre los delitos de los arts. 379 y 380 del Código penal. Se trata de una cuestión compleja que aquí sólo apuntamos. En principio dicho concurso es posible si se tiene en cuenta que el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas puede castigarse, como hemos visto, sin que exista un test de alcoholemia, si por otros medios puede probarse la influencia del alcohol en la conducción. De hecho la tendencia mayoritaria es castigar por ambos delitos cuando, a pesar de la negativa a practicar la prueba, es posible demostrar también la conducción bajo los efectos

del alcohol⁸⁷, aunque también puede encontrarse alguna sentencia en la que se rechaza el castigo simultáneo⁸⁸. Pero en realidad, castigar por ambos delitos parece implicar un reconocimiento implícito de que el delito del art. 380 no incluye como bien jurídico protegido la seguridad del tráfico (sino solamente la desobediencia a la autoridad), ya que si aquel bien jurídico estuviera incluido, el desvalor castigado en el artículo 379 podría subsumirse en el del artículo 380. Ahora bien, el problema es que esta interpretación sería contraria a la jurisprudencia constitucional, que como hemos visto afirma expresamente el doble bien jurídico protegido por el art. 380 del Código penal. Y a su vez la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999, antes mencionada, parece igualmente partir de que el delito del art. 380 protege también la seguridad del tráfico, al entender que, salvo en los casos de accidente, en todos los demás supuestos sólo será aplicable la figura delictiva si hay síntomas de conducción influida por el alcohol. De manera que, con la excepción apuntada, en todos los demás supuestos la negativa requiere conducción bajo los efectos del alcohol, por lo que resulta muy dudoso que en tales casos deba aplicarse además la sanción prevista para el delito del art. 379⁸⁹.

8. Conclusiones

La realización de las pruebas para la detección de la impregnación alcohólica constituye un instrumento extremadamente útil en la lucha para intentar erradicar los supuestos de conducción tras la ingestión de bebidas alcohólicas. Por supuesto, la utilidad de las pruebas se manifiesta únicamente en la vía represiva o sancionadora, de manera que resulta conveniente combinar este medio con otros de carácter preventivo e informativo. Y por otro lado, no creo que la vía adecuada para atajar el problema mencionado sea una paulatina reducción de las tasas máximas de alcoholemia, ni tampoco la criminalización por la vía penal de todas las conductas que supongan conducción con tasas máximas a las permitidas, sino más bien la intensificación de los controles y la efectiva imposición de sanciones en los casos en que dicha tasa supere el nivel legal, que a su vez debe-

87. Por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3ª, 4-12-1997; Murcia, sección 1ª, 2-9-1998; Toledo, sección 1ª, 8-2-1999, o Zaragoza, sección 3ª, 7-7-1998 (que sin embargo considera que existe un delito continuado del art. 74 del Código penal).

88. Por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 25-6-1999.

89. Tal vez el único dato que apuntase en esa línea es que sólo para el delito previsto en el artículo 379 se prevé la privación del permiso de conducir

ría ser aquél a partir del cual se considere muy probable que para cualquier conductor el alcohol va a tener una incidencia negativa en la conducción.

En cualquier caso, el loable fin perseguido no justifica cualquier medio. Y lo cierto es que el sometimiento obligatorio a la realización de estas pruebas se sitúa como mínimo “en las fronteras” de lo constitucionalmente admisible. Desde la perspectiva constitucional, no son pocas las dudas que plantea la realización de estas pruebas. A mi juicio, las más complejas son las que afectan al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y a la presunción de inocencia. Si las primeras pueden despejarse entendiendo que el sometimiento obligatorio no constituye realmente una “declaración”, sino una pericia de resultado incierto, las segundas son más difíciles de resolver en un sentido favorable, ya que del artículo 24.2 deriva, según ha reconocido el Tribunal Constitucional, un derecho a la defensa, que implica la imposibilidad de compelir al imputado (o a quien pueda llegar a serlo) a ofrecer o facilitar pruebas en su contra. Y si bien es cierto que el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que el sometimiento a las pruebas de alcoholemia no vulnera ese derecho a la defensa, me parece que éste es el punto más débil de su argumentación, por cuanto concluye afirmando que tal vulneración no se produce porque las pruebas son una pericia de resultado incierto, pero no una “declaración”, argumento que parece ignorar que el derecho a la defensa es más amplio que el derecho a no declarar contra sí mismo.

Pero en todo caso, aunque se admita la constitucionalidad del sometimiento obligatorio a las pruebas, de la propia presunción de inocencia y del derecho a la defensa derivan importantes garantías en cuanto a la realización de las pruebas y a su introducción en el proceso penal: no basta con que el resultado de la prueba conste en el atestado, ni siquiera que éste se reproduzca en el juicio oral, sino que es preciso que dicho resultado sea confirmado en tal acto mediante la declaración de los agentes que las realizaron, del propio acusado o de otros testigos presenciales, y en definitiva que dicho resultado pueda ser sometido a contradicción en un proceso público regido por la inmediación y la oralidad. Y en definitiva, la condena por conducción bajo los efectos del alcohol no debe basarse exclusivamente en los resultados de la prueba, porque este delito no requiere sólo la superación de una tasa, sino que la misma influya en la conducción. Y para demostrar tal influencia serán precisas otras pruebas, distintas al simple dato del nivel de alcohol. Todo ello además de cumplir con los requisitos legales en la realización de las pruebas, particularmente los relativos a la realización de una segunda prueba de aire espirado, y el derecho a realizar, a efectos de contraste, una prueba de análisis de sangre, orina o análogos.

En fin, los aludidos principios derivados de la Constitución deben presidir también el análisis de las diferentes consecuencias de la prueba en los ámbitos administrativo y penal. En primer lugar, y por lo que se refiere a las garantías mencionadas, si bien es obvio que no todas ellas son aplicables al procedimiento administrativo sancionador (así, no lo serán, por ejemplo, las relativas a la intermediación y oralidad), hay que tener en cuenta que aquellas que derivan del art. 24.2 CE habrán de ser observadas, en cuanto sean por su propia naturaleza aplicables a este proceso. Ello implicará, además de la realización de la prueba en las condiciones legalmente establecidas sobre autorización de los etilómetros, repetición de la prueba e información al afectado, la posibilidad de que éste formule alegaciones o proponga pruebas en su descargo, y el derecho a ser presumido inocente mientras no exista prueba en su contra, prueba que en este caso sí puede ser simplemente el resultado del test de alcoholemia, siempre que éste se haya realizado correctamente.

Por lo demás, y como ya se deduce de las reflexiones anteriores, los efectos concretos que puede tener el resultado de la prueba son bien diferentes en el ámbito sancionador administrativo y en el penal. La infracción a la norma administrativa se produce por el solo dato del test de alcoholemia con resultado superior al previsto, siempre que éste haya seguido todas las garantías exigibles en su práctica, y no se produce si el resultado es negativo o el test debe considerarse inválido. En cambio, hay que reiterar que para que exista el delito del art. 379 del Código penal, no solo es necesaria la ingestión de alcohol por encima de determinado nivel, sino también su influencia en la conducción. La importancia de los resultados del test de alcoholemia, aun siendo apreciable, en cierto modo se relativiza. Aunque el delito sea de riesgo, debe tratarse de un riesgo real, y han de tenerse en cuenta las circunstancias particulares y subjetivas del acusado, para determinar si el alcohol influía en la conducción. Por ello la condena no puede aplicarse sistemáticamente por encima de un determinado nivel de alcoholemia, ya sea éste el antiguo límite de 0,8, o el actual de 0,5. Por tanto, y con carácter general, la reducción de la tasa máxima de alcoholemia a 0,5, operada en la última reforma, no debe tener consecuencias en el ámbito penal, ya que el nivel máximo de alcohol fijado administrativamente no es en modo alguno determinante de la comisión del delito.

Para la apreciación de dicho delito la ingestión de alcohol debe alcanzar un nivel que influya en la conducción hasta el punto de poner en peligro (o dañar) la seguridad del tráfico; y dicho nivel normalmente no se produce entre 0,5 y 0,8. Desde luego, el índice de alcoholemia es un dato relevante en un proceso penal, pero no demuestra por sí solo la concurrencia de todos los elementos del tipo. Y

a diferencia de lo que sucede con índices superiores (aproximadamente a partir de 1,5, y con seguridad a partir de 2), que normalmente conllevarán la influencia en la conducción que requiere el precepto penal, ello no puede afirmarse a partir de 0,5. De forma que puede señalarse con carácter general que, cuando la tasa de alcoholemia se sitúe entre 0,5 y 0,8, no debe iniciarse un procedimiento penal, y si éste se inicia y prosigue, ha de concluir con una sentencia absolutoria. Y desde luego, por encima de 0,8 gramos también es posible que no deba producirse la sanción penal, si la ingestión de alcohol no ha influido en la conducción; aunque en este tramo es más difícil realizar afirmaciones generales.

Por tanto, en el ámbito penal debe huirse de todo automatismo y de cualquier condena sistemática basada en la simple superación de un cierto nivel de alcohol. En particular, es necesario desvincular la sanción penal del límite de alcoholemia fijado reglamentariamente a efectos administrativos, especialmente tras la reducción de éste de 0,8 a 0,5. No hay que olvidar la jurisprudencia constitucional que exige una influencia real del alcohol en la conducción. Aunque desde luego el dato ofrecido por la prueba de alcoholemia no sólo ha de tenerse en cuenta, sino que en algunos casos resultará una de las pruebas más relevantes, siempre que se realice y se introduzca en el proceso con todas las garantías.

En fin, de cara al futuro se barajan nuevas propuestas de modificaciones legales. No creo que resulte adecuada una nueva reducción de las tasas. Ni tampoco una modificación de la redacción del ilícito penal, haciéndolo depender del mero dato de la superación de una tasa concreta, aunque ésta fuera superior a la del ilícito administrativo. Probablemente ello resultaría inadecuado desde la perspectiva de los principios que deben presidir la legislación penal. Quizá la reforma más necesaria sea la del delito de negativa a someterse a las pruebas, para hacer su pena más proporcionada y adecuada, tanto en relación con el delito de conducción bajo los efectos del alcohol, como con los bienes jurídicos que se tratan de proteger.

Bibliografía básica.

• Corcoy Bidasolo, Mirentxu: “Delitos contra la seguridad del tráfico en el Código penal de 1.995”, en *Sentencias de TSJ y Audiencias provinciales y otros tribunales*, 1998, nº 7.

• Dolz Lago, Manuel-Jesús: “Los programas de educación vial ante los delitos contra la seguridad del tráfico: una alternativa eficaz”, en *Actualidad penal*, 1998, nº 12.

• Ganzenmüller Roig, Carlos, et alii: “El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad”, en *Cuadernos de política criminal*, 1997, nº 61, págs. 69-92.

• Ganzenmüller Roig, Carlos, et alii: *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y conducción bajo la influencia de drogas y bebidas alcohólicas*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 1998.

• Gómez Pavón, Pilar: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, Barcelona, 3ª ed., 1998.

• Junceda Moreno, J.: “Derecho sancionador en materia de tráfico. En especial, la retirada del permiso de conducir”, en *Revista de Administración Pública*, nº 145, 1998, págs. 399-430.

• Luzón Peña, Diego Manuel: *Derecho penal de la circulación*, Bosch, Barcelona, 1985.

• Maciá Gómez, Ramón: *Delitos y faltas relacionados con la circulación de vehículos a motor en el Código penal de 1995. Aspectos generales. La responsabilidad civil*, Cedecs, Barcelona, 1996.

• Mondon, S.: “Estudio epidemiológico del consumo de bebidas alcohólicas en accidentes de tráfico los fines de semana”, en *Adicciones*, 1997, v. 9, nº 3, págs. 391-404.

• Muñoz Medina, Miguel María: *La potestad sancionadora de la Administración en materia de tráfico: infracciones y sanciones*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.

• Vaamonde Fernández, José Manuel: “Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: la prueba de alcoholemia”, en *La Ley*, 1997, v. 18, nº 4316, págs. 1-4.

• Varona Gómez, Daniel: “La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia: interpretación y límites”, en *Actualidad penal*, nº 23, diciembre 1996.

• VV. AA. *Derecho de la circulación (aspectos civiles y penales)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

• VV. AA., *Conducción automovilística y prueba de alcoholemia*, Tecnos, Madrid, 1991.

II. NOTAS

SUMARIO

- *Ángeles Ceinos Suárez, “El proceso de reestructuración del Reino Unido y su posible incidencia en el terreno social”*

EL PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN DEL REINO UNIDO Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN EL TERRENO SOCIAL¹

Ángeles Ceinos Suárez

Profesora Ayudante de la Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

Introducción

I.- La estructura política y legal del Reino Unido

- 1. La situación legal de Gales*
- 2. La situación legal de Escocia*
- 3. La situación legal del Norte de Irlanda*

II.- El proceso de descentralización de competencias

- 1. Competencias transferidas al Parlamento de Escocia*
- 2. Competencias transferidas a la Asamblea del Norte de Irlanda*
- 3. Competencias transferidas a la Asamblea de Gales*

III.- El grado de autonomía de las Regiones en el terreno social

- 1. Empleo y relaciones industriales*
- 2. Seguridad y salud en el trabajo*
- 3. Fomento del empleo y formación profesional*
- 4. Asistencia y seguros sociales*

IV.- Recapitulación

1. Este estudio ha sido realizado con ocasión de una estancia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cardiff.

Introducción

La estructura política y legal del Reino Unido, que hasta ahora ha sido un Estado en buena medida centralizado, a pesar de componerse de diferentes territorios, se encuentra inmersa en un proceso de cambio que se irá consolidando a lo largo de los próximos años. La modificación de dicha estructura política y legal no es una cuestión nueva, sino que viene de lejos. Ya en 1973 se constituyó una Comisión cuya función era la de elaborar un informe acerca de la posible transferencia de poderes a algunos de los territorios que constituyen ese país. En ese informe se recomendaba el establecimiento de dos Asambleas autónomas, una para Gales y otra para Escocia. Sin embargo, y aunque la transferencia de poderes parecía estar unánimemente aceptada, los miembros de la mencionada Comisión no fueron capaces de ponerse de acuerdo respecto de los términos concretos en que el proceso de descentralización habría de llevarse a cabo³.

Más tarde, y tras numerosos debates, el Gobierno laborista, que ocupó el poder entre 1974 y 1979, elaboró un anteproyecto de ley en el que se recogían una serie de propuestas acerca de la nueva posición de Escocia y de Gales en relación con el Parlamento del Reino Unido. Los propósitos del proyecto eran dos: por un lado, establecer una Asamblea y un Gobierno autónomo en Escocia con poderes legislativos y ejecutivos respectivamente; y por otro, crear una Asamblea en Gales, que tendría únicamente poder ejecutivo⁴.

2. En 1973 se celebró un referéndum en el que se cuestionó la descentralización de poderes. En Escocia el 32.5% de la población se mostró partidaria de la descentralización, el 30.4% contraria a ella y el 37.1% se abstuvo de dar su opinión al respecto. Las voces que se levantaron en contra del proceso de descentralización de poderes se basaban en el hecho de que ello supondría: por un lado, conceder poder a la personas de Escocia para establecer derechos políticos que iban a ser disfrutados por ciudadanos en otras regiones y por otro, denegar a Westminster la potestad para legislar sobre ciertas materias en relación con Escocia, al mismo tiempo que se mantenía la representación de Escocia en Westminster, lo cual se consideraba un principio incorrecto. Vid. A.W. Bradley & K.D Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 12ª edit. Longman, London, 1997, pág. 40 y ss.

3. Dicho proyecto no llegó a convertirse en ley porque contó con la negativa del partido en la oposición y con la de algunos miembros del partido laborista. En 1977 hubo un nuevo intento de descentralización y el gobierno introdujo dos proyectos de ley por medio de los cuales se atribuían algunos poderes a Gales y a Escocia. Las leyes de Escocia y de Gales debían ser aprobadas por medio de una resolución de ambas cámaras del Parlamento del Reino Unido tras la celebración de sendos referendos en cada una de las provincias correspondientes. Siguiendo dichos requisitos procedimentales, en 1979 se celebró un referéndum en cada una de las provincias. En Escocia la mayoría de la población se mostró partidaria de la descentralización, por el contrario en Gales la posición mayoritaria fue contraria a ella. Vid. R. Brazier, "The Scotland Bill as Constitutional Legislation", *Statute Law Review*, volume 19, nº 1, pág. 12.

Este proyecto no llegó a materializarse. No obstante, la atribución de poder legislativo al Parlamento de Escocia y a la Asamblea del Norte de Irlanda, y de “poder de desarrollo” a la Asamblea de Gales se ha convertido de nuevo en un tema de actualidad⁵. En efecto, en los últimos años se viene discutiendo acerca de una transferencia de competencias que no implica una total pérdida de los poderes mantenidos por el Parlamento del Reino Unido sobre estos territorios, ya que tiene un carácter limitado, pero que obligará a Westminster a irse acostumbrando a compartir su papel protagonista a la hora de legislar, ya que en relación a determinadas materias serán los nuevos órganos “autónomos” los que tendrán que afrontar dicho papel⁶.

El año 1998 ha sido decisivo desde este punto de vista porque se han aprobado tres Leyes en las que se recoge la distribución de competencias entre el Parlamento del Reino Unido y los “entes autónomos” a los que ya se ha hecho mención. La *Scotland Act 1998* (de 19 de noviembre de 1998), la *Northern Ireland Act 1998* (de 19 de noviembre de 1998) y la *Government of Wales Act 1998* (de 31 de julio de 1998) son las tres Leyes aprobadas con la finalidad de llevar a cabo la distribución competencial anteriormente mencionada.

Estas normas cuentan con un peculiar sistema de entrada en vigor, ya que cada uno de sus distintos apartados estará vigente en fechas diferentes. Así pues, estas Leyes se irán aplicando paulatinamente a medida que cada una de sus diferentes secciones entren en vigor. En primer lugar, la *Scotland Act 1998* entró en vigor por completo el 1 de abril del año 2000, si bien la fecha general para el inicio de su vigencia es la de 1 de julio de 1999⁷. La *Government of Wales Act 1998*

4. Con la expresión “poder de desarrollo” nos estamos refiriendo a la posibilidad de la Asamblea de Gales de elaborar instrumentos (*Orders*) a través de las cuales se desarrollará la normativa elaborada por Westminster en relación con aquellas materias respecto de las cuales se haya producido la correspondiente transferencia. Es decir, la Asamblea de Gales no podrá desarrollar toda la normativa dictada por Westminster y relativa a cualquier materia, sólo podrá ejercer su poder sobre aquellas materias que previamente le hayan sido transferidas. Ahora bien, nos encontramos ante una transferencia sometida a las directrices fijadas por el Parlamento del Reino Unido.

5. Se han empleado vocablos diferentes para hacer referencia a los distintos territorios que constituyen el Reino Unido. Se utilizan expresiones tales como “países, naciones y regiones del Reino Unido”. A lo largo de este trabajo no se va a emplear el término “regiones” en sentido técnico-jurídico. Por tal se van a entender aquellos territorios dotados de cierta autonomía política y legislativa es decir Escocia, Norte de Irlanda y Gales.

6. El sistema de entrada en vigor de esta Ley es un poco complejo y se recoge en la *Scotland Act 1998 (Commencement) Order 1998*. Con carácter general, la Ley relativa al Parlamento de Escocia entró en vigor el 1 de julio de 1999. Ahora bien, se distinguen cinco apartados que entraron en vigor en una fecha diferente a la mencionada. El primer apartado comprende las secciones 21 (8), 37, 38(3), 51 (4) y

tampoco entró en vigor en bloque ya que, al igual que ocurre con la Ley anteriormente mencionada, se distinguen diferentes fechas de entrada en vigor⁸. Y lo mismo ocurre con la *Nothern Ireland Act 1998*⁹.

Esta nueva estructura no va a tener ninguna incidencia en el ordenamiento laboral, ya que en ese terreno Westminster va a seguir legislando para el Reino Unido en su conjunto. Sin embargo, esa situación puede afectar a ciertas materias de contenido “social”, que van a formar parte del acervo competencial atri-

(7), 56 (2), 60, 62, 71 (6), 88, 97, 103 (3), 105, 106 y la cláusula 2 párrafos 2 (2) a (4) y 7 y entró en vigor el 25 de enero de 1999; el segundo apartado lo compone la sección 64 (1), (2) y (8) y entró en vigor el 1 de abril de 1999; el tercer apartado, formado por las secciones 19 a 22, la 23, la 24 y la 26, la 30, la 38 (1), (2), (4) y (6), las secciones 40 a 43, las secciones 44 a 47, excepto la sección 44 (1) (c), la 48 (1), las secciones 49 a 51, la 52, la 57 (2), la 58, la 59 y 60, la 61 (4), la 63, la 69, las secciones 81 a 85, la 89, la 92, la 93, la 96 y 97, las secciones 98 a 100 y la 103, la 123, la 125, las cláusulas 2, 3, 5, 6 y los párrafos 13, 14, 18, 24, 25, 26, 28, 30, 31 y 33 de la cláusula 8, entró en vigor el 6 de mayo de 1999; el cuarto apartado formado por la sección 27, 44 (1)(c), la 48, la 52, la 57 (3), la 61 (1) a (3) y 62, la 87, la 123, la 125, los párrafos 2, 7 y 32 de la cláusula 8, y algunos aspectos de la cláusula 9 de la Ley entraron en vigor el 20 de mayo de 1999; y por último, el quinto apartado formado por las secciones 120, 125 y el párrafo 20 de la cláusula 8 entró en vigor el 1 de abril del año 2000.

7. *The Government of Wales Act 1998* entró en vigor por completo el 1 de febrero de 1999. A través de las *Government of Wales Act 1998 (Commencement N°1 y N°2) Orders* y la *Government of Wales Act 1998 (Commencement N°3) Order* de 1999 se ha completado el complejo sistema de entrada en vigor de esta norma. Se distinguen cinco fechas: el 2 de septiembre de 1998, momento en el que entraron en vigor las secciones 130 (4) y (5), 132 (1) y (6), 133 (3) y (4), 136 (4) y (5), 138 (1) y (6), 139 (3) y (4), 140 (5) y (6), 142 (1), (7) y (8), 143 (3) y (4), 150 y la cláusula 118 parte séptima; el 1 de octubre de 1998, fecha en la que entraron en vigor las secciones 126 a 129, 130 (1) a (3), 131, 132 (2) a (5) y (7), 133 (1) y (2), 134, 135, 136 (1) a (3), 137, 138 (2) a (5) y (7), 139 (1) y (2), cláusulas 13 a 15 y la cláusula 18 partes III a V; el 1 de noviembre de 1998, momento en el que entraron en vigor las secciones 140 (1) a (4), 141 (2) a (6), 143 (1) y (2), la cláusula 16 y la cláusula 18 parte cuarta; el 1 de diciembre de 1998, cuando entraron en vigor las secciones 1 a 20, incluida la cláusula primera, las secciones 21 a 45 incluidas las cláusulas 2, 3 y 4, las secciones 46 a 49; las secciones 52 a 79 incluida la cláusula 5, las secciones 80 a 103, la sección 106, las secciones 108 a la 110 incluida la cláusula 8, las secciones 113 a 115 incluida la cláusula 11; las secciones 119 a 124 y las secciones 144 a 149, incluida la cláusula 17; y por último, el 1 de febrero de 1999, día en el que entró en vigor la sección 111, la parte primera de la cláusula 9 y la sección 111(2), los párrafos 1, 18, 19, 31 y 32 de la cláusula 12 y la sección 125, así como la parte primera de la cláusula 18 y la sección 152.

8. En la *Northern Ireland Act 1998 (Commencement N°1) Order* 1999 y la *Northern Ireland Act 1998 (Commencement N°2) Order* 1999 se describe el complejo sistema de entrada en vigor de la *Northern Ireland Act 1998*. Esta Ley no entró completamente en vigor hasta el 21 de junio de 1999. Estas órdenes describen un complejo sistema de entrada en vigor en virtud del cual se distinguen cuatro fechas diferentes: el 15 de febrero de 1999, momento en el que entraron en vigor la sección 73 y los párrafos 1 y 2 de la cláusula 8^a, así como la sección 91 y los párrafos 3 y 8 de la cláusula 11^a; el 1 de marzo de 1999 fecha en la que entraron en vigor las secciones 49, 69 (1), (2) y (3), 72, 79, 82 (3) a (5), 91 (2) a (6), 92 (3) y (4), 97, 100, los párrafos 3 a 11 de la cláusula 7^a, el párrafo 38 de la cláusula 10; el 1 de junio de 1999, momento en el que entraron en vigor las secciones 69 (5), 70, 71 (1), 100 (1) y el párrafo 1 de la cláusula 14; y el 21 de junio de 1999, momento en el que entró en vigor la sección 74.

buido a esos nuevos “entes” creados como consecuencia del proceso de descentralización de poderes en el que el Reino Unido se encuentra actualmente inmerso. En los epígrafes siguientes se analizarán aquellas materias susceptibles de afectación por el mencionado proceso de descentralización, si bien con carácter previo vale la pena hacer alguna consideración acerca de la nueva estructura política del Reino Unido como consecuencia de dicho proceso.

I. La estructura política y legal del Reino Unido

Como es sabido, el Reino Unido tal y como hoy lo conocemos se ha ido fraguando a lo largo de la historia como consecuencia de un proceso de conquistas y anexiones. Nos encontramos ante un estado complejo en cuanto a su composición, que comprende Inglaterra, Gales, Escocia (juntos constituyen Gran Bretaña) y el Norte de Irlanda. Existen otros territorios como la Isla de Man y las Islas del Canal que desde un punto de vista legal no se incluyen en la expresión Reino Unido, referida únicamente al Reino Unido de Gran Bretaña y el Norte de Irlanda, si bien en las relaciones internacionales están representadas por él¹⁰. Esta estructura política tiene alguna trascendencia en el plano jurídico pues,

9. La relación jurídica entre la Isla de Man y el Reino Unido presenta ciertas peculiaridades. Esta Isla no forma parte del Reino Unido y tampoco es una colonia. Normalmente se hace referencia a ella como una dependencia de la Corona británica aunque, en realidad, esta terminología carece de un significado jurídico preciso. Esta Isla posee su propio órgano legislativo (*Tynwald*), que consta de una cámara baja (*House of Keys*) y una cámara alta (*Legislative house*). El *Lieutenant-Governor* representa a la Corona en la Isla y además es miembro de la cámara alta. El órgano legislativo cuenta con un considerable grado de autonomía en relación con aquellos asuntos que únicamente afectan a la Isla. Las leyes elaboradas por este órgano requieren, al igual que las leyes elaboradas por el Parlamento del Reino Unido, la sanción real para convertirse en leyes. Ahora bien, una clara manifestación de la existencia de cierta dependencia entre el legislativo de la Isla y el Parlamento del Reino Unido es el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes elaboradas por Westminster a las cuales el Soberano ha de otorgar la sanción real, el *Home Secretary* (Ministro del Interior) del Reino Unido, que es el miembro del Gobierno del Reino Unido responsable de las relaciones con la Isla, puede aconsejar al Soberano que se abstenga de otorgar la sanción real en el supuesto de que la disposición de que se trate sea inaceptable para el Gobierno del Reino Unido. La Isla de Man no cuenta con representación en el Parlamento del Reino Unido y las *Acts del Parlamento* no se extienden automáticamente a la Isla. Cuando se pretenda que un *Act of Parliament* se aplique en la Isla, normalmente no se realiza directamente sino mediante la inclusión en la misma de un precepto que dispone su extensión a la isla mediante una *Order in Council* junto con las modificaciones que procedan. La Isla posee su propio régimen administrativo, fiscal y jurídico, así como su propia administración de justicia. Las resoluciones de los órganos judiciales de la Isla se pueden recurrir ante el *Judicial Committee of the Privy Council*, que tiene su sede en Londres y respecto de cuyas resoluciones no cabe ulterior recurso. Ahora bien, a pesar de todas estas manifestaciones de cierta autonomía respecto del Reino Unido, éste asume las relaciones internacionales de la isla así como su defensa (STJCEE de 3-7-1991, asunto C-62/86).

junto al sistema legal “inglés” que se extiende a Inglaterra y Gales, Escocia y el Norte de Irlanda cuentan con su propio sistema legal en virtud del cual cada uno de ellos posee sus propios tribunales¹¹. Sin embargo, ello no es óbice para que el Parlamento del Reino Unido haya seguido legislando para todos esos territorios manteniendo de una forma clara su soberanía.

1. La situación legal de Gales.

El territorio de Gales fue conquistado por los ingleses en 1282 y a partir de 1284 pasó a regirse por la legislación inglesa. Trató de conseguirse cierta “independencia” respecto de la ley inglesa a principios del siglo XV, pero finalmente no se logró. La unión entre Inglaterra y Gales se produjo formalmente a través de una Ley del Parlamento de 1536¹². Como consecuencia de dicha unión, entre otras cosas, se impuso el empleo del inglés como lengua oficial, quedando prohibido el empleo del galés como tal. No obstante, durante los siglos XIX y XX los sentimientos nacionalistas han resurgido demandándose el reconocimiento y la representación de los intereses galeses.

Las tendencias nacionalistas comenzaron a tener representación política con el establecimiento del Futuro Movimiento de Gales (*Cymru Fydd*)¹³. Aunque no había pretensiones de separación, se llevó a cabo una descentralización en relación con determinadas áreas, tales como educación, seguros o agricultura¹⁴. Más tarde, en 1951, se estableció la Oficina del Ministro para asuntos galeses y en 1964 se nombró el primer Secretario de Estado para Gales, cuya función era la de supervisar la ejecución de la política nacional en Gales. En 1969 una Comisión Real recomendó la necesidad de llevar a cabo un proceso de devolución de poderes para Gales. El esquema bajo el cual se llevaría a cabo dicha devolución partía de la idea de que el Parlamento del Reino Unido seguiría legislando sobre ciertas cuestiones, y además el Gobierno del Reino Unido retendría la soberanía y la potestad para hacer caso omiso de algunas leyes aprobadas por el Senado galés.

10. El único órgano común es la Cámara de los Lores que funciona como último Tribunal al que se puede acudir en apelación para las tres jurisdicciones. Vid. A.W Bradley & K.D Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 12ª edit., Longman, London, 1997, pág. 38 y ss.

11. Vid. J. Bradbury, “The devolution debate in Wales during the Major Governments: the politics of a Developing Union State”, en *Regional & Federal Studies an International Journal*, Vol. 8, Spring 1998, pag.123 y ss.

12. Vid. J. Snicker, “Strategies of autonomist agents in Wales”, en *Regional & Federal studies an International Journal*, Vol. 8, Spring 1998, pág. 140 y ss.; J.Bradbury, “The devolution debate in Wales during the Mayor Governments: the politics of a Developing Union Estate?”, en *Regional & Federal studies an International Journal*, Vol.8, Spring 1998, pag. 120 y ss.

13. En materia de educación en 1907 se creó el departamento galés de educación y en 1912 se creó una Comisión de agricultura para Gales.

En 1975 se elaboró un proyecto de ley donde se establecía que determinadas cuestiones, tales como los asuntos económicos, los impuestos, la industria, la energía y la agricultura quedarían dentro de la esfera de competencias del Parlamento del Reino Unido. El proyecto de ley entró en el Parlamento en 1976, pero sólo contaría con el asentimiento real si la población deseaba dicha descentralización, lo cual habría de ponerse de manifiesto a través del correspondiente referéndum. El resultado de dicha consulta puso de manifiesto que sólo el 11,9% de la población era partidaria de la descentralización, frente a un 46,6% que se mostraba contrario a la misma y un 41,7% que se abstuvo de proporcionar su opinión al respecto. Como consecuencia de dicho resultado la Ley no entró en vigor en aquel momento.

Como ya se ha dicho, el Gobierno laborista elegido en 1997 se comprometió a llevar a cabo un proceso de devolución de poderes a favor de una Asamblea, cuya sede se establecería en Cardiff y que tendría principalmente poderes de desarrollo. Esta limitada atribución competencial es uno de los rasgos diferenciadores entre la Asamblea galesa y el Parlamento escocés, ya que éste cuenta con poderes legislativos, mientras que aquélla únicamente cuenta con la posibilidad de desarrollar las normas dictadas por Westminster y relativas a determinadas materias, lo que pone de manifiesto lo limitado de sus funciones.

2. La situación legal de Escocia.

Los territorios de Escocia e Inglaterra se convirtieron en un solo Reino cuando Jacobo VI sucedió en el trono de Inglaterra al Rey James I en 1603, pero la unificación en sentido político no tuvo lugar hasta que se celebró el Tratado de la Unión. Este Tratado fue ratificado por dos leyes, una del Parlamento de Escocia y otra del Parlamento de Inglaterra, ambas de 1707. Como consecuencia de su promulgación, los dos Parlamentos fueron suprimidos y se creó un único Parlamento de Gran Bretaña. Dicho Tratado supuso la culminación de años de negociaciones entre los dos países tras un largo período de hostilidades, aunque seguían separados por cuestiones de carácter religioso y por cierta rivalidad económica¹⁵.

14. El Tratado de la Unión respetó el peculiar sistema legal existente en Escocia y proporcionó una especial protección a la iglesia presbiteriana. Sin embargo, existía un Parlamento común, una bandera común y también impuestos y una moneda común lo que significaba que la unión política y económica estaba asegurada. Las Guerras de la Independencia entre Inglaterra y Escocia en la Edad Media culminaron con el reconocimiento de la independencia de Escocia en 1328 lo que supuso una completa ruptura entre el Derecho inglés y el escocés. El sistema escocés se basa en el derecho continental lo que supone la adopción del sistema de Derecho Civil basado en el Derecho Romano, que nunca ha sido completamente adoptado en el resto del Reino Unido, donde pervive el sistema de *Common Law*. Vid. W. Green, *The scottish legal system*, 6ª edit., Sweet & Maxwell, Edinburg, pág. 385 y ss.

El Parlamento de Gran Bretaña tenía total autoridad legislativa sobre ambos países, pero de los asuntos de Escocia se ocupaba el Secretario de Estado para Escocia y un grupo de personas que formaban parte del Gobierno y se encargaban de la defensa de los intereses escoceses en Westminster. La unión de ambos Reinos no afectó a la específica distribución de los tribunales en Escocia ni tampoco a las peculiaridades que presentaba el sistema de Derecho escocés. La única modificación consistió en que la autoridad del Parlamento escocés fue transferida a Westminster y la Cámara de los Lores se convirtió en el último tribunal al que se podía acudir en apelación, aunque sólo para los casos civiles¹⁶.

Así pues, tras la unión, los intereses de Escocia fueron representados por el Secretario de Estado, creándose en 1885 la Oficina del Secretario de Estado para Escocia. En 1928 el puesto se erigió en Gabinete y durante todo el siglo XIX dicha oficina desarrolló sus actividades en tanto que órgano responsable de los asuntos escoceses. A lo largo de todo el siglo XIX el órgano encargado de los asuntos que afectaban a Escocia fue evolucionando y asumiendo cada vez más competencias, como la administración de la agricultura, la pesca, el gobierno local, las prisiones, la salud y la educación¹⁷.

El resultado de las elecciones de 1997 hacía presagiar el inicio de un proceso de descentralización de poderes en favor de Escocia. El Anteproyecto del Gobierno titulado: “un Parlamento para Escocia” proponía retener la soberanía del Parlamento en Westminster y transferir el poder legislativo al Parlamento de Escocia. Dicha transferencia, no obstante, tenía un carácter limitado, de manera que, en realidad, lo que se estaba proponiendo era la existencia de una competencia legislativa compartida entre Westminster y el Parlamento escocés¹⁸.

15. Vid. A.A Paterson, J.M Bates, *The legal system of Scotland: cases & materials*, W. Grenn & Son, 2ª edit., 1986, Edinburg; D. M. Walker, *The scottish legal system*, Sweet & Maxwell, sixth edit., 1992, Edinburg; W. Green, *The legal system of Scotland*, Sweet & Maxwell, 3ª edit., 1993, Edinburg.

16. En 1945 se estableció una oficina escocesa compuesta por cinco departamentos: agricultura y pesca, desarrollo, educación, interior y salud. Su sede estaba en Edimburgo y la encabezaba el Secretario de Estado para Escocia. En 1952 se constituyó una Comisión Real de asuntos escoceses cuya función era la de revisar los asuntos del gobierno en relación con Escocia. Más adelante, el Secretario de Estado fue asumiendo otras competencias, tales como el nombramiento de los jueces de paz, la salud de los animales y la electricidad. Posteriormente se transfirieron otras competencias como las relativas a los parques reales y a los palacios. Vid. H. Barnett, *Constitutional & Administrative*, Cavendish, London, 1998, pág. 58 y ss.

17. La *Scotland Act 1998* diseña un Parlamento con una sola cámara. Las primeras elecciones generales para su composición se celebrarían el día que para ello estableciese el Secretario de Estado para Escocia. Ahora bien, a partir de ese día las elecciones para ese mismo propósito serían celebradas cada cuatro años. De acuerdo con la sección primera de la Ley, el Parlamento estará compuesto por 129 esca-

Ahora bien, independientemente de que Escocia cuente con un Parlamento propio seguirá existiendo una representación de Escocia en Westminster, sobre todo en relación con las materias reservadas. Esto plantea un problema a la hora de compaginar la representación de Escocia en Westminster y la creación de un Parlamento para Escocia. Así, si el Parlamento escocés tiene competencias exclusivas en relación con las cuestiones de salud, es posible preguntarse cuál es la base legal para que los miembros escoceses del Parlamento en Westminster tengan derecho a influir en aquellas cuestiones de salud que, en principio, afectan exclusivamente a la población “inglesa”. Puede resultar paradójico el hecho de que las personas que representan a Escocia en el Parlamento del Reino Unido puedan ejercer influencia sobre los asuntos de salud que afectan a los “ingleses”, mientras que el Parlamento del Reino Unido y sus miembros, por el contrario, no tienen ese mismo derecho respecto de las decisiones tomadas por el Parlamento escocés en relación con dichas materias¹⁹.

En aquellos casos en los que el Gobierno cuenta con una gran mayoría no tendrían por qué surgir problemas; sin embargo, en aquellos otros en los que el Gobierno no tenga dicha mayoría éstos sí podrían aparecer e incluso podría darse el caso de que el Gobierno del Reino Unido dependiese de los representantes escoceses en Westminster a la hora de aprobar la legislación. Las posibles soluciones a ese problema podrían ser las siguientes: en primer lugar, suprimir la representación escocesa en Westminster; en segundo lugar, reducir la fuerza de la representación escocesa en Westminster para disminuir con ello la influencia de los representantes escoceses sobre aquellas materias que afectan únicamente al Reino Unido; y en tercer lugar, garantizar que los representantes escoceses no jugasen ningún papel en la elaboración de la legislación que tuviera una

ños, tendrá su sede en Edimburgo y comenzará a funcionar en este año. El Primer Ministro sería elegido de acuerdo con un sistema de representación proporcional y los distintos partidos políticos tendrían que presentar una lista de posibles candidatos antes de que se celebrasen las elecciones, las cuales tuvieron lugar en mayo de 1999. La sección 41 de la Ley hace referencia a la composición del ejecutivo. Éste estará formado por el Primer Ministro y otros Ministros nombrados de acuerdo con el procedimiento que se describe en la sección 44 de la Ley. El Abogado General y el Solicitor General para Escocia también formarán parte del Ejecutivo y velarán por el cumplimiento de la ley. El Primer Ministro será nombrado por la Reina entre los miembros del Parlamento, y el Secretario de Estado para Escocia será responsable de asegurar el establecimiento del Parlamento escocés. Una vez que esta labor se haya llevado a cabo, el papel del Secretario se centrará en promocionar la comunicación entre el Parlamento y el ejecutivo escocés y el Parlamento y el gobierno del Reino Unido sobre cuestiones de interés mutuo y sobre la representación de los intereses escoceses en relación con las cuestiones que están reservadas al Parlamento del Reino Unido y, por tanto, fuera del alcance del Parlamento escocés.

18. Vid. H. Barnett, *Constitutional & administrative law*, edic. 2ª, Cavendish, London, 1998, pág. 433 y ss.

dimensión únicamente “inglesa”. Sin embargo, esta última solución no parece viable, ya que respecto de las cuestiones que son materia exclusiva del Parlamento del Reino Unido no se puede pretender que no exista representación escocesa, en tanto que éste legisla sobre cuestiones que claramente también afectan a Escocia.

3. La situación legal del Norte de Irlanda

Como en los casos anteriores, la posición constitucional del Norte de Irlanda no puede ser entendida sin considerar su historia. A finales del siglo XIII se creó un Parlamento irlandés, aunque su representación se dejó en manos de los colonos ingleses excluyendo a la población nativa de Irlanda. Durante el reinado de Enrique VII (1485-1509) las reglas inglesas en Irlanda sólo se aplicaban en una zona denominada el Pale, una estrecha línea de tierra situada a cincuenta millas del Norte de Dublin y 20 millas mar adentro.

Las leyes del Parlamento inglés sólo serían aplicadas en Irlanda una vez que el Parlamento irlandés las ratificase. Ante dicha “manifestación de independencia” por parte de Irlanda se estableció una regla según la cual las proposiciones legislativas irlandesas debían ser aprobadas por el Rey de Inglaterra y su Consejo²⁰. Como consecuencia de la ruptura de Enrique VIII con la Iglesia Católica se generaron hostilidades que fueron finalmente mitigadas tras una invasión de la armada inglesa liderada por Sir William Skeffington, tras lo cual, en 1540, se llegó a un acuerdo y el Parlamento irlandés reconoció a Enrique VIII como Rey de Irlanda.

La provincia del Úlster no se vio afectada por la ley inglesa hasta que en el siglo XVI la Reina Isabel I extendió la aplicación de su ley al territorio situado más allá del Pale. En uno de los consejos del *Privy Council*, la Reina decidió que el gobierno de Irlanda debería aproximarse en tanto como fuera posible a Inglaterra, ya que la zona situada detrás del Pale contaba con su propio lenguaje, costumbres y leyes. A partir de ese momento el idioma inglés se convirtió en el lenguaje oficial y la ley inglesa y las prácticas administrativas inglesas se extendieron a todo el territorio de Irlanda²¹.

En 1649, durante la época conocida como el “interregnum”, durante el cual

19. Esta medida se incorporó en el instrumento conocido como Poyning’s law (1494), en el que se afirmaba que todas las propuestas legislativas irlandesas antes de ser aprobadas por el Parlamento irlandés debían ser aprobadas por el Rey de Inglaterra y su Consejo.

20. Los problemas religiosos continuaron dificultando las relaciones, ya que Irlanda se adhirió a la fe católica mientras que los inmigrantes procedentes de Escocia e Inglaterra eran protestantes. La lengua nativa era el gaélico, que ni se hablaba ni se entendía en Inglaterra. Tras la supresión de la rebelión

Inglaterra fue gobernada por Oliver Cromwell, se firmó el Tratado de Kilkenny, por medio del cual se garantizaba la tolerancia religiosa y un Parlamento independiente para Irlanda²². En 1792 se dictó una Ley que trató de reestablecer el equilibrio y en virtud de la cual la población católica pudo votar, aunque no podían ser elegidos para formar parte del Parlamento, el cual se había convertido en un órgano protestante. Antes de la unión con el Reino Unido mediante una Ley de 1800, el Parlamento de Irlanda tenía autoridad legislativa sobre toda Irlanda aunque la competencia sobre algunas cuestiones fue reclamada por el Parlamento de Inglaterra (hasta 1707) y por el Parlamento de Gran Bretaña (desde 1707 hasta 1800)²³. Entre 1800 y 1922 un único Parlamento, el del Reino

irlandesa numerosos ingleses se establecieron en el área. En 1609, bajo el reinado de James I, se inició un programa de asentamiento en el Ulster y en 1622 numerosos inmigrantes escoceses y galeses se establecieron en el Norte de Irlanda. También se construyeron pueblos fortificados alrededor de toda la provincia. Cada vez más, aumentaba el número de inmigrantes protestantes, de tal manera que los nativos irlandeses se vieron relegados en su propio país lo que provocó una rebelión de los irlandeses contra los colonos. El Rey Carlos I era incapaz de suprimir la rebelión, se llegó a un acuerdo por medio del cual se confiscaron 10 millones de acres de tierra irlandesa que posteriormente fueron utilizados para sufragar los gastos ocasionados para suprimir la rebelión. Vid. J. F. McEldowney, *Public Law*, Sweet & Maxwell, 1998, London, pág. 18 y ss.; D. Yardley, *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, 8ª edit., London, 1995, pág. 90 y ss.

21. En Irlanda un gran número de personas se mostraban contrarias a la imposición de las normas inglesas. Estando así las cosas, en Julio de 1652 Cromwell llegó a Irlanda con un ejército con el propósito de acabar con los disidentes. En Mayo de ese mismo año la conquista fue completa. Las reglas de colonización se establecieron a través de una Ley que incluía la previsión de que cada propietario irlandés perdería sus derechos sobre la tierra a menos que pudiera probar que había contribuido a la riqueza común de Inglaterra. Durante la vigencia de esta Ley de colonización se estima que unos 36.000 inmigrantes se establecieron en Irlanda, la mayoría de ellos en el Ulster (recordemos que era la provincia en la que no se habían aplicado las normas inglesas hasta el siglo XVI). Unos 8.000 propietarios católicos fueron desplazados de sus tierras para ser sustituidos en su propiedad por aquellas personas que habían prestado dinero al Gobierno para acabar con la rebelión. En 1689 el Parlamento irlandés abolió la Ley de colonización y se restableció la libertad de religión. En respuesta a ello Guillermo III envió un ejército a Irlanda y en 1690 en la Batalla de Boyne fue derrotado. Durante su reinado (1689-1702) se introdujeron una serie de medidas que confirmaban la supremacía protestante. Entre ellas puede mencionarse el hecho de que los católicos fueron excluidos del Parlamento, el servicio civil, las fuerzas armadas, el gobierno local y las actividades profesionales. Una ley de 1728 privó a los católicos del derecho al sufragio. Asimismo, los católicos romanos no podían adquirir tierras y además no podían enviar a sus hijos a la Universidad. Otra prueba de la supremacía de los protestantes se ponía de manifiesto a la hora de heredar, ya que a la muerte de un católico sus tierras se repartían entre todos sus hijos a partes iguales salvo que existiese un heredero protestante en cuyo caso tenía preferencia. Además los católicos fueron excluidos de la participación en la vida pública. Vid. H. Barnett, *Constitutional & administrative Law*, Cavendish, 2ª edit., London, 1998, pág. 59 y ss.

22. El Reino de Irlanda y el Reino de Gran Bretaña se convirtieron en el Reino de Gran Bretaña e Irlanda por medio de la Ley de la Unión de 1800. Los intereses de Irlanda estuvieron representados en la Cámara de los Lores en el Reino Unido por 28 *peers irlandeses* y cuatro obispos. La representación en la Cámara de los Comunes se llevó a cabo a través de 100 miembros irlandeses. Vid. H. Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, 2ª edit., Cavendish, London, 1998, pág. 65 y ss.

Unido de Gran Bretaña e Irlanda ejerció su poder sobre este territorio. En 1922 se dictó una Ley relativa al “Estado libre” de Irlanda; el paso siguiente fue la división entre el Norte y el Sur de Irlanda. La constitución del Norte de Irlanda implicaba la partición de Irlanda y la creación de un Parlamento en Stormont²⁴. Así pues, el poder legislativo sobre el Norte de Irlanda fue compartido por el Parlamento del Reino Unido y por el Parlamento del Norte de Irlanda en Stormont. Como consecuencia de una oleada de violencia que comenzó en 1969, el Parlamento británico pospuso la creación del Parlamento de Stormont por medio de la Ley del Norte de Irlanda de 1972, de tal manera que el poder se ejercía directamente por Westminster a través de un nuevo Secretario de Estado para el Norte de Irlanda²⁵.

En una Ley de la Asamblea del Norte de Irlanda de 1973, en la que se hicieron previsiones respecto a la transferencia de poderes al Norte de Irlanda, se creó un Ejecutivo compuesto por personas elegidas a través de un sistema de representación proporcional, de manera que los partidos con más votos en el Ejecutivo consiguieron una mayor representación. Sin embargo, tanto la nueva Asamblea como el Ejecutivo no pudieron trabajar juntos como consecuencia de las discrepancias entre los diferentes partidos políticos. Finalmente, la Asamblea y el Ejecutivo fueron disueltos en 1973 por medio de la Ley del Norte de Irlanda de 1974.

El último intento de modificar la situación en el Norte de Irlanda se produjo a través de la Ley del Norte de Irlanda de 1982. En esta Ley se preveía la creación de una nueva Asamblea en el Norte de Irlanda a la que se le atribuían funciones de consulta, de deliberación y de escrutinio. Una vez más, problemas de intransigencia entre los partidos políticos provocaron su disolución en 1986. Sin

23. Desde 1932 el Parlamento del Norte de Irlanda estuvo situado en Stormont, cerca de Belfast. Las materias transferidas fueron las relativas al gobierno local, servicios sociales y sanitarios, educación, urbanismo, comercio interior, desarrollo industrial y agricultura. Otras cuestiones se reservaron a Westminster, de manera que sólo el Parlamento en Westminster podía legislar acerca de ellas. Las cuestiones exceptuadas eran aquellas que tenían un carácter nacional y respecto de las cuales resultaba aconsejable que existiese una legislación unitaria para todo el país. Entre estas últimas cuestiones se incluía el comercio exterior, las fuerzas armadas y la legislación relativa a los derechos de autor. Las cuestiones reservadas eran aquellas que debían preservarse de las propuestas del Consejo de Irlanda, dichas cuestiones incluían los servicios postales, el registro de las escrituras, los impuestos más importantes (no por ejemplo los impuestos por carreteras) y la Corte Suprema del Norte de Irlanda. El Parlamento estaba formado por dos Cámaras, la Cámara de los Comunes y el Senado. Pero también se celebraban elecciones para elegir a los representantes del Norte de Irlanda en Westminster. Vid. B. Dickson, *The legal system of Northern Ireland*, Legal Publications (NI) Belfast, 1993, 3ª edit., pág. 5 y ss.

24. Vid. B. Hadfield, *Scotland's Parliament: a Northern Ireland perspective on the White Paper*, Public Law, Sweet & Maxwell, 1997, pág. 667 y ss.

embargo, las previsiones de la Ley de 1982 se mantuvieron en vigor, lo que hacía posible llevar a cabo una devolución de poderes en el futuro. En 1985 los Gobiernos del Reino Unido y de la República de Irlanda llegaron a un acuerdo conocido como el “Acuerdo angloirlandés”²⁶. La firma de dicho acuerdo en Noviembre de ese año llevó a la constitución de una Conferencia Intergubernamental Angloirlandesa, en virtud de la cual los representantes del Gobierno de la República irlandesa fueron autorizados para presentar sus puntos de vista acerca del gobierno de la provincia²⁷.

La Northern Ireland Act 1998 vuelve sobre esa cuestión. El mecanismo previsto sigue la misma fórmula que ya fuera empleada en la Ley de 1973²⁸. Esta nueva norma prevé que el Norte de Irlanda siga siendo parte del Reino Unido, situación que no cambiará a menos que la mayoría de la población del Norte de Irlanda opine lo contrario y así lo ponga de manifiesto en una votación celebrada al efecto. Sólo en el supuesto de que la mayoría de la población estuviera de acuerdo con la idea de que el Norte de Irlanda dejase de formar parte del Reino Unido para integrarse en una Irlanda unida, el Secretario de Estado para el Norte de Irlanda presentaría ante el Parlamento algunas propuestas acerca del posible acuerdo entre el Gobierno de su Majestad en el Reino Unido y el Gobierno de Irlanda.

Ahora bien, todo lo que se pueda decir en estos momentos acerca de la autonomía de la Asamblea del Norte de Irlanda está sometido a la solución que se adopte respecto al complicado proceso de paz en el que está inmerso este territorio. La *Northern Ireland Act 2000*, de 10 de febrero suspendió la autonomía de la Asamblea norirlandesa, de manera que hasta que no se dicte la correspondiente *Restoration Order*, o se adopte una solución alternativa, los poderes de la Asamblea quedan en suspenso. Así pues, en el caso del Norte de Irlanda, nos encontramos ante un proceso de descentralización cuyo desarrollo está atravesando muchos problemas y sobre el que pesa una gran incertidumbre.

25. En el acuerdo angloirlandés se reconocía el estatus del Norte de Irlanda como parte del Reino Unido y se declaraba que la legislación crearía una Irlanda unida sólo y cuando la mayoría de la gente del Norte de Irlanda lo manifestase claramente y consintiese formalmente en ello. Además, el acuerdo establecía algunas cuestiones de carácter político y de seguridad respecto de las cuales ambos gobiernos tendrían encuentros a diferentes niveles.

26. Vid. D. Yardley, *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, London, 8ª edit., 1995, London, pág. 87 y ss; C. Turpin, *British government and the Constitution*, Butterworths, London, 1995, 3ª edit, pág. 199 y ss; H. Barnett, *Constitutional & Administrative*, Cavendish, London, 2ª edit., 1998, pág 52 y ss.

27. Vid. párrafo 4.3 del Anteproyecto del Ley, B. Hadfield, “Scotland’s Parliament: a Northern Ireland perspective on the White Paper”, *Public Law*, Sweet & Maxwell, 1997, pág. 667.

II. El proceso de descentralización de competencias

Como ya se ha dicho, en la actualidad el Reino Unido se encuentra inmerso en una serie de cambios de carácter político y organizativo que discurren hacia su descentralización; nos encontramos ante lo que utilizando la terminología inglesa se conoce como *devolution process*. Hasta ahora el Parlamento del Reino Unido venía legislando para todos los territorios que componían este país, pero esa situación se va a ver modificada. Desde el punto de vista jurídico es preciso mencionar la aprobación de tres instrumentos normativos a través de los cuales se ha llevado a cabo la modificación mencionada. Tres son las Leyes aprobadas, una para cada uno de los territorios que pretenden cierta autonomía, es decir Escocia, el Norte de Irlanda y Gales.

Estas normas tienen diversas funciones. En primer lugar, crean unos “órganos autónomos” que en un caso, el de Escocia, será conocido como *The Scottish Parliament*, y en los otros dos, es decir en los casos de Gales y el Norte de Irlanda, serán conocidos como *The Northern Ireland Assembly* y *The National Assembly for Wales*, respectivamente. En segundo lugar, estas normas describen el modo de organización de dichos órganos, así como el mecanismo de elección de los miembros que los van a componer y las funciones que éstos van a desarrollar. Y en tercer lugar, distribuyen competencias entre el Parlamento del Reino Unido y los nuevos “entes”, aunque si bien en todas esas normas se produce la distribución de competencias, el mecanismo empleado para ello difiere de unas a otras.

1. Competencias transferidas al Parlamento de Escocia.

Como ya se ha dicho, la *Scotland Act 1998*, lleva a cabo una distribución de materias a través de una fórmula inversa a la que se describía en el Anteproyecto de Ley. En esta Ley se recogen expresamente las materias reservadas al Parlamento del Reino Unido, de manera que todo aquello que quede fuera del ámbito delimitado por la Ley podría ser objeto de regulación legislativa por el Parlamento escocés. Entre las materias reservadas se incluyen aquellas relacionadas con las cuestiones financieras, económicas y monetarias²⁹, la seguridad pública³⁰, los transportes y las telecomunicaciones³¹, las fuentes de

28. Los controles a la importación y a la exportación, la protección del comercio y de los intereses económicos, la designación de áreas deprimidas necesitadas de inversión.

29. Esta materia abarca la protección de datos, las armas de fuego, la seguridad nacional, la intervención de las comunicaciones, los secretos oficiales y el terrorismo, así como la utilización de los poderes de emergencia.

30. El transporte ferroviario, marítimo y aéreo, las carreteras, las telecomunicaciones y los telegráfos, el correo y los servicios postales.

energía³², la salud pública³³, el ocio y la cultura. En cuanto a las relaciones laborales, tampoco son competencia del Parlamento escocés, lo que supone que el Parlamento del Reino Unido va a seguir teniendo competencia exclusiva en materia de legislación laboral.

Este mecanismo de delimitación de competencias se complementa con una fórmula general recogida en la Sección 29 de la Ley, según la cual una previsión está fuera de la competencia legislativa del Parlamento escocés en los casos en los que aquélla resulta aplicable más allá de los límites geográficos de Escocia; en aquéllos otros casos en los que regula cuestiones reservadas; en los que se trata de modificar alguna de las reglas establecidas en la cláusula cuarta³⁴; y por último, en aquellos supuestos en los que dicha previsión resulta incompatible con la Convención de los Derechos Humanos o con el Derecho Comunitario. Como se puede comprobar, estamos ante un mecanismo complejo en el que la tipificación de materias se ve complementada con el empleo de una fórmula general³⁵.

Es preciso tener en cuenta que no nos encontramos ante una lista de materias cerrada *pro futuro*. La Corona, por medio de una Orden aprobada en Consejo, puede modificar la calificación de dichas materias, de tal manera que aquéllas que hasta un momento concreto eran calificadas como reservadas pueden dejar de serlo. A primera vista podría pensarse que la fórmula empleada es muy práctica, en el sentido de que lo que no está reservado es susceptible de regulación legislativa por parte del Parlamento escocés. Sin embargo, pueden surgir problemas de interpretación a la hora de delimitar las materias concretas encuadrables en el ámbito de competencias legislativas atribuidas al Parlamento escocés, lo que permite afirmar que no nos encontramos ante una fórmula cuya aplicación resulte sencilla, sobre todo en relación con aquellas materias que por su ambigüedad resultan difíciles de calificar.

2. Competencias transferidas a la Asamblea del Norte de Irlanda³⁶.

La sección cuarta de la *Northern Ireland Act 1998* distingue tres tipos de

31. La electricidad, el gas y el petróleo, los carbones y la energía nuclear.

32. La embriología, los medicamentos, los suministros médicos y las sustancias peligrosas.

33. La cláusula cuarta recoge preceptos integrantes de una serie de normas que están protegidas de cualquier modificación, de tal manera que una ley procedente del Parlamento escocés no puede modificar o conferir poder para modificar dichos preceptos.

34. Vid. N. Burrows, "Unfinished Business: the Scotland Act 1998", *Modern Law review*, March, 1999, pág. 256 y ss.

35. No hay que olvidar que la autonomía del Norte de Irlanda fue suspendida por la *Northern*

materias. Las materias exceptuadas, las reservadas y las transferidas. Estas últimas son aquellas que ni están reservadas ni exceptuadas. Las materias exceptuadas son las que aparecen descritas en la cláusula segunda de la norma y las reservadas en la cláusula tercera. La Asamblea del Norte de Irlanda no puede legislar sobre materias excepcionadas en tanto que, podría afirmarse, son competencia “exclusiva” del Parlamento del Reino Unido; las materias reservadas son, en cambio, aquellas otras que competen, podríamos decir igualmente “en exclusiva”, a la Asamblea del Norte de Irlanda; y por último, las materias transferidas o susceptibles de ser transferidas son competencia del Parlamento del Reino Unido, salvo que la Asamblea del Norte de Irlanda decida legislar sobre ellas, con lo cual pueden ser reguladas por una norma procedente del Parlamento del Reino Unido o de la Asamblea del Norte de Irlanda.

Esta clasificación, al igual que ocurre con la que se recoge en la Ley del Parlamento de Escocia, es susceptible de modificación. Las materias incluidas en el apartado relativo a cuestiones transferidas pueden pasar a formar parte del bloque relativo a cuestiones reservadas y viceversa. Dicha transformación se produciría si así lo quisiera el Secretario de Estado para el Norte de Irlanda. En ese caso, el Secretario presentaría ante el Parlamento del Reino Unido el borrador de una orden aprobada en Consejo que enmendaría la cláusula tercera, en la que se recogen las cuestiones reservadas. Ahora bien, el Secretario de Estado no podrá presentar el borrador de la orden a través de la cual se pretenda la modificación ante el Parlamento del Reino Unido si la resolución no ha sido previamente aprobada ante la Asamblea del Norte de Irlanda³⁷. En el caso de que se lleve a presentar el borrador de la orden ante el Parlamento y su contenido sea aprobado por resolución de cada una de las Cámaras del Parlamento, el Secretario de Estado someterá la orden al parecer del Soberano en Consejo.

El sistema de distribución de materias se compone de dos mecanismos: por un lado, una enumeración concreta de temas; y por otro, una fórmula más general que complementa la anterior. Así, se produciría una extralimitación competencial si se legislase para un territorio que no formase parte del Norte de Irlanda

Ireland Act 2000, de 10 de febrero y se restauró de nuevo a finales de mayo de 2000. Así pues, la autonomía del Norte de Irlanda es una cuestión que hay que observar con cierta cautela, ya que la delicada situación política con que cuenta este territorio provoca gran incertidumbre sobre el proceso de descentralización de poderes que se intenta llevar a cabo en la actualidad.

36. La resolución debe contar con el apoyo de la mayoría de los miembros, una mayoría de los votos de los nacionalistas designados y una mayoría de los unionistas designados. El apoyo del 60% de los votos de los miembros, el 40 % de los votos de los nacionalistas y el 40% de los votos de los unionistas.

o se confirieran o eliminasen funciones que resultasen ejercitables más allá del territorio que constituye el Norte de Irlanda. También nos encontraríamos ante una exlimitación competencial en aquellos supuestos en los que se hubieran elaborado previsiones relativas a materias relacionadas con una cuestión exceptuada, y que además no fueran auxiliares de otras previsiones en las que se desarrollasen cuestiones reservadas o transferidas³⁸; o que supusieran una modificación de alguna de las normas cuya no alteración aparece garantizada en la cláusula cuarta³⁹.

Entre las materias exceptuadas se incluye la Corona⁴⁰, las cuestiones relacionadas con el Parlamento del Reino Unido⁴¹, la observancia y transposición de las obligaciones internacionales, las obligaciones derivadas de la Convención de Derechos Humanos y aquellas otras que puedan derivarse del Derecho Comunitario⁴², las cuestiones relativas a la defensa del Reino⁴³, las contribuciones al

37. Esta última afirmación es lógica si tenemos en cuenta que las cuestiones exceptuadas son aquellas respecto de las cuales sólo puede legislar el Parlamento del Reino Unido, mientras que las competencias transferidas y las reservadas pueden ser abordadas por la Asamblea del Norte de Irlanda. Existe la posibilidad de que la Asamblea del Norte de Irlanda legisle acerca de materias que en principio, de acuerdo con la distribución recogida en la norma, no podrían ser objeto de regulación de la Asamblea, pero el hecho de poder calificarlas como auxiliares de otras que sí son susceptibles de transferencia otorga a la Asamblea del Norte de Irlanda la posibilidad de regularlas.

38. Concretamente, la cláusula cuarta de la Ley establece que están protegidas de modificación la *European Communities Act de 1972*; la *Human Rights Act de 1998* y algunas secciones de la *Northern Ireland Act*, en concreto las secciones 78 a 80, relativas a los poderes para hacer previsiones por medio de órdenes aprobadas en Consejo; las subsecciones 3 y 4 de la sección 89, relativas a los presupuestos para la elaboración de leyes y la sección 92 donde se establecen algunas reglas de interpretación.

39. La sucesión a ella y la regencia, pero no las funciones del Primer Ministro o el Viceprimer Ministro, los ministros del Norte de Irlanda, los departamentos del Norte de Irlanda o las funciones de algún ministro de la Corona en relación con el Norte de Irlanda. Tampoco están incluidas las propiedades pertenecientes al Monarca, como derechos de la Corona o derechos pertenecientes al departamento del Gobierno o sostenidos en fideicomiso por el Monarca para los propósitos de un departamento del Gobierno. En cuanto al litoral, o el lecho del mar, el subsuelo o sus recursos naturales también son materia exceptuada en tanto que se conectan con derechos de la Corona.

40. Las elecciones parlamentarias, incluido el sufragio o la descalificación de los miembros del Parlamento. Se entienden igualmente excepcionadas las materias que tengan que ver con las relaciones internacionales, incluyendo en el concepto de relaciones internacionales aquellas que se entablan con territorios situados fuera del Reino Unido, la Comunidad Europea (incluidas sus instituciones), u otras organizaciones internacionales, así como el desarrollo de la asistencia y cooperación internacional, pero no las relativas a la rendición de los delincuentes fugitivos entre el Norte de Irlanda y la República de Irlanda; y el ejercicio de los poderes legislativos en tanto que se requieran para dar efecto a los acuerdos a los que se haya llegado en los encuentros del Consejo Ministerial Norte-Sur o el Consejo Británico-Irlandés.

41. Por "Convención de derechos humanos" se entiende la Convención para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, acordada por el Consejo de Europa en Roma en noviembre de 1950 y los protocolos a la Convención.

42. Los acuerdos con el enemigo, las Fuerzas Armadas de la Corona, las pensiones de guerra, el

sistema de Seguridad Social⁴⁴, los nombramientos⁴⁵ y las cuestiones electorales⁴⁶. Por lo que se refiere a la legislación laboral, al igual que ocurre en el caso del Parlamento de Escocia, no es una materia sobre la que pueda legislar la Asamblea del Norte de Irlanda.

Por lo que se refiere a las materias reservadas respecto de las cuales sólo puede legislar la Asamblea del Norte de Irlanda hay que mencionar la atribución de funciones relacionadas con el Norte de Irlanda a algunos Ministros de la Corona⁴⁷, la navegación aérea y marítima⁴⁸, el mantenimiento del orden público⁴⁹, las cuestiones judiciales⁵⁰ y las cuestiones penales⁵¹.

3. Competencias asumidas por la Asamblea de Gales.

La *Government of Wales Act 1998* atribuye a este órgano las mismas compe-

Ministerio de Defensa, el control de las armas biológicas, nucleares y químicas, así como de otras armas de destrucción masiva.

43. El control y la dirección del Fondo Social del Norte de Irlanda incluida la determinación, el pago, la recaudación y la devolución de las contribuciones a los seguros nacionales y los diferentes aspectos relacionados con estas materias; el control y dirección del Fondo Nacional de Seguros del Norte de Irlanda y los pagos al y por el fondo son materias respecto de las cuales únicamente podrá legislar el Parlamento del Reino Unido.

44. Las cuestiones relativas al nombramiento o la destitución de los jueces de los Tribunales Superiores del Norte de Irlanda, jueces municipales, magistrados residentes, jueces de paz, miembros de los jurados de los juzgados juveniles, jueces de instrucción, el jefe y otros comisionados para el Norte de Irlanda en materia de Seguridad Social; el jefe y otros comisionados de ayuda a los menores para el Norte de Irlanda y el Presidente y otros miembros de los Tribunales de la tierra para el Norte de Irlanda, son calificadas por la Ley como materias excepcionadas.

45. El sufragio respecto de la Asamblea del Norte de Irlanda, el Parlamento Europeo, los distritos municipales y el registro de los partidos políticos.

46. La descalificación, los privilegios, poderes e inmunidades de los miembros de la Asamblea.

47. Se incluye la navegación comercial, pero no los puertos o las aguas interiores y la aviación civil pero no los aeródromos.

48. Lo que incluye la concesión de poderes, privilegios e inmunidades a los agentes de policía, a los miembros de las fuerzas armadas de la Corona o a otras personas para dicho propósito. El establecimiento, organización y control de la Policía del Ulster y las autoridades de policía para el Norte de Irlanda y guardias de tráfico, las armas de fuego y los explosivos.

49. Las cuestiones relativas a los tribunales del Norte de Irlanda, los juzgados de condado, los tribunales de la jurisdicción inferior (incluidos los juzgados de primera instancia y los juzgados de menores). También las materias relacionadas con las pruebas, las apelaciones, los jurados, los costes, la asistencia legal y los registros y la ejecución de las sentencias.

50. La tipificación de los delitos y las penas, la prevención y detención del crimen y las facultades para arrestar a quienes cometan algún delito. La persecución y el tratamiento de los delincuentes (incluidos los niños los jóvenes y los enfermos mentales implicados en algún crimen). Las prisiones y otras instituciones para el tratamiento o la detención de las personas mencionadas, el arrepentimiento de los delincuentes fugitivos entre el Norte de Irlanda e Irlanda y las indemnizaciones concedidas a las víctimas de algún delito y sufragadas con fondos públicos.

tencias que actualmente son ejercidas por el Secretario de Estado para Gales. Así pues, en realidad, la devolución no afecta a la competencia legislativa. El resultado del Referéndum celebrado en 1997 puso de manifiesto que la devolución de poderes era una cuestión que despertaba un menor interés en Gales que en Escocia, tal vez debido a que en el caso de Escocia lo que se pretendía era la creación de un Parlamento que tendría poder legislativo mientras que la Asamblea de Gales carecería de este poder. Una prueba de ese menor interés es el hecho de que en Escocia el 60% de la población participó en el Referéndum relativo al proceso de descentralización de poderes y, en cambio, en el caso de Gales sólo se produjo una participación del 50%, mostrándose el 50,3% de la población votante partidaria del establecimiento de la Asamblea.

La Asamblea de Gales será conocida como la Asamblea Nacional de Gales y su naturaleza aparece recogida en la Ley, que la define como una corporación que ejercerá sus funciones en nombre de la Corona. Estará compuesta por 60 miembros y será elegida cada cuatro años, y no tiene poder para decretar su propia disolución antes de que transcurra dicho período de tiempo. El primer encuentro de la Asamblea se celebró en 1999 y se organizó en torno a dos tipos de órganos diferentes: un Comité Ejecutivo, que ejercerá funciones de dirección; y los Comités Regionales, quienes se encargarán de asegurar que las necesidades de las diferentes zonas que componen el territorio galés sean tenidas en cuenta. Dichos comités son órganos asesores y no tienen adjudicadas funciones específicas ni tampoco tienen atribuido poder para tomar decisiones.

Para que la Asamblea de Gales pueda seguir funcionando es necesario que se lleve a cabo un proceso de transferencia de funciones en favor de la Asamblea Nacional por medio de órdenes. A través de la primera orden se transferirán las funciones que hasta el momento eran ejercidas por el Secretario de Estado para Gales estando su capacidad limitada, ya que la Asamblea no puede tomar iniciativas políticas en ausencia de los poderes legislativos generales que son ejercidos respecto a Gales por el Parlamento del Reino Unido en Westminster. Al igual que en el caso de Escocia, las materias que tienen un carácter común, tales como asuntos exteriores, política de defensa y macroeconomía, seguridad social, impuestos y política sobre el mercado fiscal y común quedan en manos del Parlamento del Reino Unido, si bien en el caso concreto de Gales la restricción se acentúa, en tanto que lo que se retiene es el poder de desarrollo de la normativa que, en su caso, elabore Westminster en relación con las materias mencionadas, ya que la Asamblea de Gales sólo cuenta con poder de desarrollo.

La *Government of Wales Act 1998* distingue entre legislación primaria y

secundaria y centra su atención en aquélla. El procedimiento de elaboración de la legislación primaria es el siguiente: el Secretario de Estado nombrará a una serie de personas que se encargarán de redactar un proyecto de orden que tendrá efecto cuando la Asamblea tenga su primer encuentro⁵². Una vez que dichas órdenes estén elaboradas los “comisarios” las presentarán ante al Secretario de Estado, éste podrá hacer las modificaciones que estime pertinentes y redactará unas órdenes que tendrán fuerza vinculante pero que podrán ser rehechas por la Asamblea, de manera que su vigencia estará sometida a lo que diga la Asamblea al respecto en su primer encuentro⁵³. Como se puede observar, la devolución de poderes parte de un principio general, cual es que el Parlamento del Reino Unido seguirá elaborando las leyes para Gales.

En la parte II de la Ley se definen las funciones de la Asamblea. La sección 22 hace referencia a la transferencia de competencias ministeriales a la Asamblea por medio de una orden aprobada en Consejo. El contenido de esta orden puede variar, así es posible que recoja aquellas competencias que, ejercitadas por un Ministro de la Corona en relación con Gales, puedan ser transferidas; otra posibilidad es que la orden aprobada en Consejo establezca las funciones susceptibles de ser ejercitadas conjuntamente por la Asamblea y por el Ministro de la Corona; y por último, la orden puede mencionar aquellas materias que resultan únicamente ejercitables por un Ministro de la Corona siempre y cuando la Asamblea haya sido previamente consultada. En definitiva, el contenido de esta orden depende del Parlamento del Reino Unido, ya que antes de la primera elección ordinaria el Secretario de Estado para Gales debería presentar ante cada Cámara del Parlamento del Reino Unido el borrador de dicha orden poniendo de manifiesto aquellas competencias ministeriales que se consideran transferibles.

Las materias susceptibles de transferencia son la agricultura, los bosques, la alimentación, el patrimonio histórico, la cultura (incluyendo museos, galerías y bibliotecas), el desarrollo económico, la educación, el medio ambiente, la salud y los servicios sociales, las carreteras, la vivienda, la industria, el gobierno local,

51. La Asamblea contará con un Primer Secretario que será elegido de entre todos sus miembros y, a su vez, el Primer Secretario nombrará al resto de Secretarios de la Asamblea de entre los miembros de la misma. Las órdenes elaboradas por los “comisarios” deben poner de manifiesto el número de Secretarios de la Asamblea que deben ser nombrados. La Asamblea establecerá los Comités cuyos miembros serán elegidos por la Asamblea de entre los miembros de la misma, y deberán estar compuestos de tal manera que pongan de manifiesto la existencia de los diferentes partidos existentes en la Asamblea, es decir se pretende que los Comités sean plurales. A su vez los Comités pueden establecer uno o más subcomités.

52. Por lo que se refiere a los “comisarios” serán no menos de cinco y no más de nueve.

los deportes y el ocio, el turismo, los pueblos y el planeamiento urbanístico, el transporte, el agua, las medidas contra las inundaciones y el lenguaje galés. Teniendo en cuenta esta descripción de materias está claro que el desarrollo de la legislación laboral no es una competencia transferida a la Asamblea de Gales.

Como se puede comprobar, nos encontramos ante una descripción de materias excesivamente genérica a diferencia de lo que ocurre en el caso de la *Scotland Act 1998*, cuya redacción supone mayor concreción. En realidad, la fórmula empleada respecto de la descentralización de poderes en Gales tiene poco que ver con los mecanismos utilizados en los casos de Escocia y del Norte de Irlanda. El contenido de esta norma se irá concretando a medida que se dicten las órdenes correspondientes⁵⁴. De este modo antes de que la Asamblea pueda tratar alguna de las materias mencionadas anteriormente, será preciso que el Secretario de Estado para Gales exponga en qué términos se va a transferir dicha materia; y posteriormente, la orden de transferencia ha de contar con el visto bueno de las dos Cámaras del Parlamento del Reino Unido. Todo ello significa que en la actualidad no se conoce a ciencia cierta el alcance del proceso de devolución de poderes a la Asamblea de Gales, el cual está rígidamente sometido al parecer del Parlamento del Reino Unido⁵⁵.

III. El grado de autonomía de las regiones en el terreno social

Algunas de las competencias transferidas al Parlamento de Escocia y a las Asambleas del Norte de Irlanda y de Gales tienen un carácter eminentemente social y están claramente conectadas con la faceta del ciudadano como trabajador. Destacan, sobre todo, materias como el fomento y la búsqueda de empleo, así como aquellas otras de carácter más bien asistencial, por medio de las cuales se intenta establecer un mecanismo de protección con el que hacer frente a las situaciones de ausencia de recursos, consecuencia de la inexistencia de una actividad retribuida que desarrollar. Como cabía esperar, también en este terreno los “órganos autónomos” juegan un papel diferente, ya que mientras que el Parlamento de Escocia es titular de competencias en materia de empleo y for-

53. Vid. R. Rawlings, “The new model Wales”, *Journal of Law and Society*, Winter, 1998, pág. 27 y ss.

54. No debemos olvidar que aunque en el caso de Escocia o el Norte de Irlanda no exista ese control directo por el Parlamento del Reino Unido, las normas que transfieren la competencia para legislar sobre ciertas materias son fruto de dicho Parlamento con lo cual la impronta de éste y sus intereses ya han sido tenidos en cuenta.

mación, seguridad y salud en el trabajo y seguridad y asistencia social, la Asamblea del Norte de Irlanda únicamente cuenta con competencias en materia de empleo y asistencia social, si bien, en ambos casos, con los matices recogidos en la *Scotland Act 1998* y la *Northern Ireland Act 1998* respectivamente.

La Asamblea de Gales, tal y como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, cuenta con unos poderes mucho más limitados que el Parlamento de Escocia y la Asamblea del Norte de Irlanda. El procedimiento de transferencia de competencias ya es conocido, pero tal vez merezca la pena resaltar en este apartado el hecho de que una de las materias susceptibles de transferencia a la Asamblea galesa es la relativa a los servicios sociales y a la industria. Aunque no conocemos los términos concretos en que se va a llevar a cabo dicha transferencia, es posible augurar cierta autonomía de la Asamblea de Gales a la hora de desarrollar la normativa elaborada por el Parlamento del Reino Unido respecto de dichas materias.

1. Empleo y relaciones industriales.

Realmente, la competencia en materia de empleo, trabajo y relaciones industriales sigue perteneciendo en exclusiva al Parlamento del Reino Unido. Así se pone de manifiesto en la *Scotland Act 1998*, que atribuye al Parlamento del Reino Unido competencia para legislar en exclusiva sobre derechos y deberes relativos al empleo y a las relaciones industriales en general, así como sobre los derechos y deberes relativos al empleo y a las relaciones industriales que se puedan derivar de la *Employers' liability (compulsory insurance) Act 1969*, de la *Employment agencies Act 1973*, de la *Pneumoconiosis etc (workers' compensation) Act 1979*, en la que se establecen indemnizaciones para los trabajadores derivadas del padecimiento de silicosis, de las *Transfer of Undertakings (protection of employment) Regulations 1981* relativas a la transferencia de empresas, de la *Trade union and labour relations (consolidation) Act 1992*, de la *Industrial tribunal Act 1996* y de la *National minimum wage Act 1998*, relativa al salario mínimo. Sólo existe una excepción a esta regla general, aunque muy limitada: los derechos y deberes relativos al empleo que se deriven de la *Agricultural wages (Scotland) Act 1949*, los cuales podrán ser objeto de regulación por parte del Parlamento escocés.

2. Seguridad y salud en el trabajo.

Ésta es otra de las materias relacionadas con la condición del ciudadano como trabajador y respecto de la cual únicamente el Parlamento de Escocia puede legislar con los límites que se exponen a continuación. La *Scotland Act 1998* califica la seguridad y la salud en el trabajo como materia reservada al

Parlamento escocés, salvo aquellas cuestiones recogidas en los apartados primero y segundo de la *Health, safety and welfare in connection with work, and control of dangerous substances and certain emissions into the atmosphere Act 1974* (conocida como *Health and safety at work etc Act 1974*), que corresponde en exclusiva al Parlamento del Reino Unido.

Dicha exclusión significa que los apartados primero y segundo de la *Health and safety at work etc Act 1974* referidos a la salud, la seguridad, el bienestar en el trabajo y el control de las sustancias peligrosas, por un lado⁵⁶; y al Servicio Médico de Empleo por otro, están reservados al Parlamento del Reino Unido en exclusiva. De este modo, se puede afirmar que el resto de materias recogidas en la Ley de 1974 sobre seguridad y salud en el trabajo son cuestiones susceptibles de ser reguladas por el Parlamento escocés. Por su parte las Asambleas de Gales y del Norte de Irlanda tienen vetada esta materia, lo que implica una vez más una diferencia cualitativa entre el Parlamento escocés y las Asambleas de Gales y el Norte de Irlanda.

3. Fomento del empleo y formación profesional.

Una vez más nos encontramos ante una materia respecto de la cual, si comparamos las Asambleas del Norte de Irlanda y Gales con el Parlamento de Escocia, aquellas resultan menos favorecidas en tanto poseen menos competencias. Este último tiene competencias en la materia en los términos de la *Scotland Act 1998*, que establece como materias reservadas: las reguladas por la *Disabled persons (Employment) Act 1944* y aquellas otras reguladas por la *Employment and training Act 1973*, con la excepción de aquellas cuestiones que estén relacionadas con la formación para el empleo. Ahora bien, no todo el contenido de estas Leyes está sujeto a reserva, pues algunas secciones de dichas Leyes no se incluyen en esta cláusula, lo que implica que pueden ser reguladas por el Parlamento escocés. Concretamente, este órgano podría regular las materias mencionadas en las secciones 8 a 10 de la *Employment and training Act 1973*, relativas a los servicios de orientación profesional una vez finalizados los estudios. Asimismo, el Parlamento escocés también podría regular las materias recogidas en las secciones 2 (3) (c) y 12 de la parte primera de la *Enterprise and new towns (Scotland) Act 1990*, relativa al fomento del trabajo por cuenta propia.

55. Los conceptos mencionados han de ser interpretados en el sentido de la sección 36 de la Ley de protección de consumidores de 1987, la sección 1 y 2 de la Ley de seguridad costera de 1992 y la sección 117 de la Ley del ferrocarril de 1993.

Por lo que se refiere a la Asamblea del Norte de Irlanda, el apoyo a la búsqueda o a la formación para el empleo no es una materia calificada ni como “exceptuada” ni como “reservada”. Siguiendo el tenor literal de la Northern Ireland Act 1998, nos encontramos ante una materia “transferida”. Así pues, cabe entender que esta materia es susceptible de regulación por parte de la Asamblea del Norte de Irlanda en aquellos casos en los que dicha regulación resulte necesaria y el Parlamento del Reino Unido no haya elaborado ninguna disposición al respecto. Así pues, las condiciones que deben darse para que la Asamblea del Norte de Irlanda pueda regular una materia son dos: por un lado, que no haya regulación procedente del Parlamento del Reino Unido sobre dicha materia; y por otro, que la materia afectada por dicha regulación no sea competencia exclusiva de Westminster.

4. Asistencia y seguros sociales.

La materia de seguridad y asistencia social resulta de especial interés para el legislador británico en este cuadro de distribución de competencias. Éste es un concepto amplio y por ello necesitado de una labor delimitadora que permita alcanzar una idea más o menos clara de los aspectos concretos del sistema de Seguridad Social respecto de los cuales estos nuevos “entes” pueden actuar⁵⁷. El Parlamento escocés no podrá intervenir sobre aquellos programas que reciben dinero de fondos centrales o regionales y cuya finalidad es proporcionar ayuda a los ciudadanos por medio de “*benefits*”⁵⁸. Este concepto se define en la *Scotland Act 1998* como aquellas cantidades de dinero, independientemente de la modalidad bajo la cual se presenten, por medio de las cuales se financian necesidades asistenciales. Una muestra de ello son las ayudas que se proporcionan para el cuidado de niños o para hacer frente a los gastos ocasionados por la vivienda.

También queda fuera del alcance de la potestad legislativa del Parlamento escocés la determinación de los requisitos que deben cumplir las personas que

56. Gran Bretaña y el Norte de Irlanda tienen sistemas de Seguridad Social independientes aunque son similares respecto de los principios básicos, distinguiéndose por un lado las prestaciones contributivas, y por otro, las no contributivas. Vid. M. Terry & L. Dickens, *European employment & industrial relations glossary: United Kingdom*, Sweet & Maxwell, London, 1991, pág. 182.

57. En el concepto de “*benefits*” se incluyen pensiones, autorizaciones, becas, préstamos y cualquier otra forma de asistencia financiera. Nos encontramos ante un concepto amplio en el que la asistencia financiera puede adoptar múltiples ropajes y el denominador común es el de la asistencia o ayuda a situaciones de necesidad. Las razones que habilitan a una persona para recibir este tipo de ayudas pueden ser: la edad, incapacidad, enfermedad, desempleo, maternidad, cuidado de niños o de otras personas, supervivencia, escasez de ingresos o dificultades para hacer frente a los costes derivados de una vivienda o a los impuestos locales.

van a recibir las ayudas. Del mismo modo, se consideran materias reservadas las cuestiones sujetas al programa relativo al pago por daños sufridos como consecuencia de la vacunación. En este punto la *Scotland Act 1998* enumera una serie de cuestiones reservadas y respecto de las cuales el legislador escocés no podrá intervenir. Así, sucede con los Seguros sociales o nacionales⁵⁹, el fondo social⁶⁰, la administración y constitución de fondos para ayudas a la vivienda o el recobro de dinero por parte de las personas obligadas a pagar los daños provocados por accidentes o enfermedades.

Ahora bien, ante esta reserva de materias caben algunas excepciones. El Parlamento escocés puede legislar sobre materias que aparecen recogidas en la parte segunda de la *Social work (Scotland) Act 1968*, que hace referencia a los servicios de bienestar social; en la sección segunda de la *Chronically sick and disabled persons Act 1970*, relativa a las personas con enfermedades crónicas y con discapacidades y a la previsión de servicios de bienestar; en la sección 50 de la *Children Act 1975*, que regula las ayudas económicas para el mantenimiento de los niños; en la Sección 15 de la *Enterprise and new towns (Scotland) Act 1990*, relativa al subsidio por accidente de trabajo; y en las Secciones 22, 29 y 30 de la *Children (Scotland) Act 1995*, relativas a la promoción del bienestar de los menores que se encuentran en situación de necesidad y a la formación de aquellos jóvenes que en el pasado hubieran estado bajo el cuidado de las autoridades locales.

58. Uno de los integrantes del sistema de Seguridad Social es el pago al sistema de seguro social o nacional. Las contribuciones a este seguro permiten acceder al sistema de Seguridad Social y obtener ciertas prestaciones. Concretamente, dichas prestaciones cubren situaciones de desempleo, enfermedad, incapacidad o vejez. Sólo cuentan con la posibilidad de acceder a este sistema las personas que desarrollan una actividad, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena. Ahora bien, los pagos y los beneficios que se pueden obtener son diferentes según se pretenda cubrir una situación de desempleo, enfermedad, incapacidad o vejez.

59. El fondo social proporciona “discrecionalmente” becas y préstamos, en definitiva ayuda económica a las personas que solicitan apoyo complementario a sus ingresos, esta ayuda ha de solicitarse para una única necesidad. Es posible solicitar préstamos para cubrir una situación de crisis financiera de una manera inmediata. Se podría decir que el fondo está dividido en dos cuerpos; por un lado, el formado por todas aquellas peticiones que no están determinadas, en el sentido de que no están tipificados los gastos que pueden financiarse con el dinero proporcionado, donde se incluyen préstamos para cubrir situaciones financieras críticas en general; y por otro lado, aquellos otros gastos que se originan como consecuencia de la maternidad, del hecho de hacerse cargo de los gastos de un funeral y por último los gastos derivados de la situaciones de frío extremo, concretamente situaciones en los que se iguala o no se superan los cero grados centígrados. Este fondo se financia a través de impuestos y los gastos que se hacen están sometidos a control presupuestario, independientemente de que las autoridades que están al frente de dicho órgano tengan un margen más o menos amplio a la hora de decidir qué gastos se pueden financiar con dinero del fondo. Vid. A. I. Ogus & N. J. Wikeley, *The Law of Social Security*, Butterworths, London, 4ª edit., 1995, pág. 595 y ss.

Por lo que se refiere a las competencias de la Asamblea del Norte de Irlanda en materia de asistencia y seguros sociales, se distinguen: por un lado, las cuestiones relativas a la contribución al sistema, gestión y administración de los fondos, consideradas materia exclusiva del Parlamento del Reino Unido o, por expresarlo con las palabras empleadas por la Ley, exceptuadas de la posibilidad de actuación sobre ellas por parte de la Asamblea del Norte de Irlanda; y por otro, las cuestiones relativas al nombramiento o a los procedimientos que se pueden llevar a cabo ante determinados cargos integrantes de la Administración, materia reservada a la Asamblea del Norte de Irlanda y, por tanto, excluida del ámbito de actuación del Parlamento del Reino Unido.

4. Recapitulación

Parece claro que en el Reino Unido, a partir de los años noventa, se ha venido fraguando una nueva situación, caracterizada por cierta ruptura de la unidad del sistema legislativo existente hasta el momento. Han surgido nuevos “entes” políticos a los cuales se les atribuyen ciertas competencias, sin perjuicio de que entre ellos se puedan distinguir dos niveles competenciales diferentes: mientras que el Parlamento de Escocia y la Asamblea del Norte de Irlanda tienen atribuido poder legislativo, la Asamblea de Gales únicamente podrá desarrollar las normas que, en su caso, elabore el Parlamento del Reino Unido. En cualquier caso, las competencias de Escocia y del Norte de Irlanda no son equiparables, como ya se ha puesto de manifiesto.

Ahora bien, esta nueva situación no debe hacernos pensar que Escocia y el Norte de Irlanda gozarán de total autonomía, ya que la soberanía del Parlamento del Reino Unido se pone de manifiesto en relación con muchas cuestiones respecto de las cuales estos nuevos “entes” no tienen atribuidas competencias. En el caso de Gales esa dependencia respecto del Parlamento del Reino Unido es aún más acusada, ya que la Asamblea galesa se limitará a desarrollar algunas normas dictadas por el Parlamento del Reino Unido y relativas a materias respecto de las cuales previamente se haya producido la correspondiente transferencia de competencias.

Por otra parte, el proceso de descentralización de poderes no va a significar una modificación radical en el terreno jurídico-social. Dicha incidencia no podría ser grande en un sistema que se ha caracterizado por la escasa intervención estatal (*voluntarism*) en la regulación de las relaciones de trabajo,

prácticamente limitada al establecimiento de mínimos de protección en campos muy específicos, tales como seguridad y salud en el trabajo⁶¹.

Pero en todo caso, y pese a la evolución del Derecho del trabajo británico hacia una mayor intervención legislativa, cabe decir que la devolución de poderes no va a tener una gran trascendencia en este terreno, y ello porque las materias respecto de las cuales estos nuevos “entes”, podríamos decir “autónomos”, pueden legislar no inciden en el ámbito de las relaciones existentes entre el trabajador y el empresario y tampoco en las relaciones colectivas de trabajo. En realidad, la distribución de competencias únicamente afecta a ciertos aspectos de lo que podríamos llamar Derecho social, como conjunto de normas que introducen cláusulas de carácter asistencial y protector y para cuya fijación se ha requerido tradicionalmente la intervención legislativa; por ejemplo, la seguridad e higiene en el trabajo, la asistencia y seguridad social, o el fomento del empleo.

Como se puede deducir de la lectura de este trabajo, el proceso de descentralización no ha tenido incidencia en el Derecho del trabajo, y la repercusión en el terreno del empleo y de la asistencia social será muy diferente según el territorio al que hagamos referencia. Mientras que Escocia o el Norte de Irlanda tendrán un mayor margen de actuación, aunque tampoco tendrán demasiadas competencias, Gales estará totalmente sometido a las directrices fijadas por Westminster. En definitiva, parece claro que ha sido Escocia el territorio que ha conseguido un mayor grado de autonomía y ello se trasluce en todos los ámbitos, también en el social, aunque sin olvidar las limitaciones que ya han sido puestas de manifiesto.

60. Ciertamente, esta situación se ha visto sometida a revisión en los últimos años, ya que se ha producido un incremento de la intervención legislativa en el ordenamiento laboral británico con la finalidad de proteger al trabajador individual, de tal manera que no necesite acudir a las fuerzas sindicales para ver protegidos sus intereses. Vid. P. Davies & M. Freedland, *Labour legislation and public policy*, Oxford, 1993; S. Deakin & G.S. Morris, *Labour law*, Butterworths, London, 1995, pág. 37 y ss.

III. ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

SUMARIO

- *Tomás Vidal Marín, “La libertad sindical”*

LA LIBERTAD SINDICAL

Tomás Vidal Marín

*Ayudante de Facultad. Doctor. Área de Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha)*

SUMARIO

- A.- *Consideraciones generales*
 - a) *Derecho histórico y comparado*
 - b) *Textos internacionales*
- B.- *Titularidad del derecho*
 - a) *Extranjeros*
 - b) *Miembros de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Jueces, Magistrados y Fiscales*
 - b.1. *Miembros de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado*
 - b.2. *Jueces, Magistrados y Fiscales*
 - c) *Personas Jurídicas*
- C.- *Contenido y ámbito protegido*
 - a) *Contenido esencial*
 - b) *Desarrollo legal*
 - c) *Representatividad sindical*
 - d) *Eficacia frente a particulares*
- D.- *Garantías*
 - a) *Garantías generales: reserva de ley*
 - b) *Garantías jurisdiccionales*
 - b.1. *Protección jurídica*
 - b.2. *Amparo judicial*
 - b.3. *Amparo constitucional*
- E.- *Suspensión*
- F.- *Apéndice*
 - a) *Jurisprudencia*
 - b) *Legislación*
 - c) *Bibliografía*

Artículo 28.1 CE: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados, a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de sus ejercicios para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.

A.- Consideraciones Generales

La libertad sindical aparece expresamente consagrada en el apartado 1º del artículo 28 de la CE. Este precepto constitucional ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; norma sobre cuya constitucionalidad no cabe albergar ninguna duda a la vista de la STC 98/85 (caso LOLS), en la que el más alto de nuestros Tribunales desestimó tres recursos previos de inconstitucionalidad promovidos por el Parlamento y el Gobierno Vasco y por 65 Diputados de la Nación contra el entonces Proyecto de Ley.

El artículo 28.1 de la CE ha sido conceptualizado como uno de los más precisos y técnicos de todo el Título I de la misma (Santamaría Pastor, 1985, p. 562), habida cuenta de que los conceptos que emplea están definitivamente acuñados por la doctrina y la práctica internacional en términos tales que dejan un escaso margen a la especulación¹.

Ahora bien, el referido precepto es por sí sólo insuficiente para concretar el verdadero significado de este derecho público subjetivo. Basta una lectura atenta de nuestro texto fundamental para atisbar que a aquél hacen referencia también otros mandatos constitucionales. Es por ello por lo que a los efectos de determinar el alcance del derecho de libertad sindical es necesario tener en cuenta todo el elenco de preceptos constitucionales referentes al mismo, que básica-

1. No obstante lo expuesto *supra*, el artículo 28.1 de la CE no ha estado exento de críticas. En este sentido, Vida Soria y Gallego Morales (1996, p. 286) han puesto de manifiesto que el clasicismo de la fórmula del precitado precepto constitucional resulta criticable por haber obviado materias que a la altura de 1978 estaban ya consolidadas en la práctica sindical y en los ordenamientos ordinarios que podrían haber sido reflejados en la Constitución por haber adquirido ya contornos no menos clásicos; tales materias serían la figura del sindicato más representativo, la acción sindical en la empresa y la participación institucional.

mente son los siguientes: art. 7 de la CE, el cual además de exigir democrática en la estructura interna y funcionamiento de los sindicatos, modulando de esta forma el ejercicio del derecho, contempla la denominada libertad de acción sindical al señalar que los sindicatos “contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios”, siendo su actividad libre dentro del respeto a “la Constitución y a la Ley”; el art. 127.1 de la C.E. que prohíbe a jueces, magistrados y fiscales en activo pertenecer a sindicatos; y el art. 103.3 de la C.E. que se remite a la Ley para que sea ésta la que regule las peculiaridades de ejercicio del derecho de sindicación por funcionarios públicos (reiterando, por tanto, lo dispuesto en el art. 28.1 de la CE).

Asimismo, hay que tener presente el apartado 2º del artículo 10 de la CE a cuyo tenor la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos habrá de ser conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia ratificados por España. Precisamente, en relación con la libertad sindical son varios los Convenios Internacionales que han sido ratificados por el Estado español, fundamentalmente los provenientes de la OIT.

Por lo demás, la libertad sindical, base fundamental del sistema de relaciones laborales en nuestro país, constituye un auténtico derecho de libertad, lo que significa que tanto los poderes públicos como los particulares deben abstenerse de realizar cualquier actuación que obstaculice o impida su ejercicio. En este sentido se ha manifestado ya el Tribunal Constitucional, para el que la libertad de sindicación garantiza a los sindicatos un ámbito de libertad frente a los poderes públicos y “muy señaladamente frente a la Administración, vedando cualquier injerencia o intromisión en la actividad organizativa y sindical de las organizaciones” (Vid, por todas, la STC186/92, caso V Congreso de la CNT). Ahora bien, como acertadamente señalan Vida Soria y Gallego Morales (1996, p. 287), la interpretación de este derecho fundamental en sentido negativo (libertad, no intervención) debe ser completada con una interpretación del mismo en sentido positivo, la cual se derivaría del artículo 7 de la CE (autonomía colectiva como motor de determinado tipo de relaciones sociales).

a) Derecho Histórico y Comparado.

El reconocimiento constitucional del derecho de sindicación se produce de forma generalizada en los distintos países de nuestro entorno jurídico a partir de la II Guerra Mundial.

En nuestro país, si bien las Constituciones de 1869 y 1876 consagraron, en sus artículos 17 y 13 respectivamente, la libertad de asociación en términos

generales, atribuyendo a todo español el derecho a asociarse para los fines de la vida humana, no contemplaron, sin embargo, de forma expresa la libertad sindical, en tanto que manifestación concreta de aquel derecho. Será la Constitución republicana de 1931 la que por vez primera reconozca específicamente la libertad de sindicación. Así, su artículo 39 atribuía a todos los españoles el derecho a asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana conforme a las Leyes del Estado, imponiendo a las asociaciones y a los sindicatos constituidos la obligación de inscribirse en el correspondiente registro público. Y en relación con los funcionarios públicos, el artículo 41 de la referida Constitución, reconocía a aquellos la facultad de constituir asociaciones profesionales, remitiendo su regulación a la Ley.

Durante el régimen franquista, el artículo 16 del Fuero de los Españoles contemplaba el derecho de asociarse libremente para fines lícitos de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes. Leyes que, entre otras limitaciones y por lo que ahora nos interesa, prohibían la posibilidad de formar asociaciones de naturaleza sindical, lo cual era perfectamente congruente con los principios fascistas del régimen, que instauraba un sindicato único y establecía la obligatoriedad de afiliarse al mismo. Teniendo en cuenta estas consideraciones, resulta obvio que no es posible hablar de libertad sindical en la época política precedente.

Ya en la transición política, el fenómeno asociativo sindical vuelve de nuevo a ser reconocido por el Estado. En efecto, la Ley 19/77, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical, consagró en favor de empresarios y trabajadores el derecho a constituir asociaciones profesionales. Pero además de esta norma, fundamental, desde luego, en la materia que estamos tratando, se promulgaron otras tendentes a eliminar cualquier vestigio de la normativa franquista en relación con el fenómeno sindical. Por el Real Decreto Ley 31/77, de 2 de junio, se abolió la afiliación sindical obligatoria y por el Real Decreto 3149/77, de 6 de diciembre, se suprimió el sindicato único vertical.

En lo que a Derecho Comparado se refiere, son de destacar el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946², el artículo 9.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y el artículo 39 de la Constitución italiana de 1947, puesto que son estas normas constitucionales las que ejercieron una influencia más notable en los constituyentes españoles de 1978 a la hora de redactar el artículo 28.1 de nuestra Carta Magna. Así, el Preámbulo de la Constitución francesa reconoce a toda

2.- Este Preámbulo fue declarado vigente por el de la Constitución francesa de 1958.

persona la posibilidad de defender sus derechos e intereses por medio de la actividad sindical así como a afiliarse libremente a cualquier sindicato. De manera similar, el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución germana consagra en favor de cualquier persona y profesión el derecho de fundar asociaciones para la defensa y reivindicación de las condiciones económicas y laborales, declarando nulo e ilegal todo convenio o medida que tenga por finalidad impedir u obstaculizar el ejercicio del mismo. Por su parte, el artículo 39 de la Constitución italiana garantiza la libertad de organización sindical señalando que a los sindicatos únicamente se les podrá imponer la obligación de inscribirse en el Registro correspondiente, de conformidad con las disposiciones legales.

b) Textos Internacionales.

Mención especial merecen los Convenios Internacionales relativos a la libertad sindical elaborados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, principalmente, los siguientes: Convenio n° 87, de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; Convenio n° 98, de 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio n° 151, de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública.

Estos Convenios han sido ratificados ya por el Estado español, concretamente, el 20 de abril de 1977, los dos primeros, y el 18 de septiembre de 1984, el tercero, por lo que el contenido de los mismos se ha convertido en un parámetro para interpretar las normas relativas al derecho de sindicación, tal como expresamente preceptúa el apartado 2 del artículo 10 de la CE.

Igualmente, a los efectos del precitado precepto constitucional (art. 10.2 CE), hay que tener en cuenta el artículo 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que consagra el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses; el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, el cual reconoce a toda persona el derecho a constituir sindicatos y a afiliarse a ellos para la defensa de sus intereses, siendo posibles únicamente aquellas restricciones al ejercicio del derecho previstas en la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás, admitiéndose, asimismo, la imposición de limitaciones o restricciones al ejercicio de este derecho en los supuestos de miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado; el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, y que establecen una regulación muy similar a la contenida en el artículo 11 del Convenio de Roma, contemplando además este último el derecho de los sindicatos a formar confederaciones o federaciones, y el de éstas a formar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas; y, finalmente, el artículo 5 de la Carta Social Europea de 1961, que reconoce a empleadores y trabajadores el derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales.

B.- Titularidad del derecho

El artículo 28.1 de la CE reconoce a “todos” el derecho a sindicarse libremente. En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar consiste en determinar el alcance de la referida expresión utilizada por el precepto constitucional a efectos de concretar la titularidad de este derecho fundamental. El término “todos” ¿hace referencia a todos los ciudadanos o simplemente a todos los trabajadores? Consideramos que dicho vocablo constitucional se refiere a todos los trabajadores. No otra cosa es posible deducir si ponemos en conexión el artículo 28.1 CE con el artículo 7 de la misma, en el cual se menciona expresamente a los sindicatos de trabajadores. Así, pues, desde una perspectiva constitucional, la libertad sindical se predica exclusivamente respecto de todos los trabajadores.

Ahora bien, el término trabajadores, tal y como ha puesto de manifiesto Vida Soria (1983, p. 217) no puede entenderse en el sentido de sujetos de una arquetípica relación contractual de trabajo, sino que debe interpretarse desde un punto de vista sociológico como personas que viven habitualmente de su trabajo. Interpretación esta coherente con la propia Constitución, puesto que es la que permite afirmar la titularidad del derecho de sindicación no sólo respecto de los trabajadores sujetos a una relación laboral sino también respecto de los funcionarios públicos.

En definitiva, la titularidad de la libertad sindical se atribuye en nuestra CE a todos los trabajadores, tanto privados como públicos.

Por su parte, en el plano legal, la LOLS reconoce el derecho a sindicarse libremente a todos los trabajadores, tanto a los sujetos de una relación laboral como a aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas (art. 1.1 y 1.2). Pero además, la precitada norma incluye en el ámbito subjetivo de la libertad sindical a los tra-

bajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, a los trabajadores en paro, a los trabajadores jubilados y a los trabajadores que hayan cesado en su actividad laboral como consecuencia de su incapacidad, si bien establece una serie de limitaciones respecto al ejercicio del derecho por parte de estos colectivos, puesto que los mismos únicamente podrán afiliarse a los sindicatos ya constituidos, pero en ningún caso podrán constituir organizaciones sindicales con la finalidad de defender sus intereses singulares, “sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica” (art. 3.1).

De esta forma, el legislador ha acogido la jurisprudencia que al respecto venía manteniendo el Tribunal Supremo, el cual, en lo que concierne a los trabajadores en paro, jubilados y afectados por una incapacidad, les negaba la posibilidad de fundar sindicatos en base a la consideración de que para poder gozar de esta faceta del derecho era necesario el ejercicio efectivo de una profesión, lo que, desde luego, no podía afirmarse respecto de los mismos. Y en lo que se refiere a los trabajadores por cuenta propia, el Tribunal Supremo ha justificado la referida limitación argumentando que la característica fundamental de los sindicatos consiste en agrupar a personas unidas por un contrato de trabajo a un empresario, lo cual no concurre en el supuesto de esta categoría de trabajadores, por lo que carece por completo de sentido reconocerles capacidad para fundar sindicatos (Vid., por todas, la sentencia del TS de 11 de abril de 1979)³.

a) Extranjeros.

Resulta obvio que el artículo 28.1 de la CE ha supuesto el reconocimiento de la titularidad del derecho de sindicación en favor de todos los trabajadores españoles. Ahora bien, dicho precepto constitucional ¿reconoce también directamente a los trabajadores extranjeros el precitado derecho fundamental? Entendemos

3. En relación con la limitación impuesta por la LOLS a los trabajadores autónomos ya se ha manifestado el TC, considerando que la misma no es incompatible con la CE. En este sentido, en la STC 98/85, afirma textualmente el Tribunal. “Si se parte de la idea válida de que el sindicato, en cuanto sujeto de la libertad de sindicación, se justifica primordialmente por el ejercicio de la actividad sindical, y que esta se caracteriza por la existencia de otra parte ligada al titular del derecho por una relación de servicios y frente a la que se ejercita, siendo su expresión una serie de derechos como los de huelga, de negociación colectiva y de conflicto (reconocidos por los artículos 28.2, 37.1 y 37.2 de la CE), que no podría ejercer un sindicato de trabajadores autónomos, no hay motivo para considerar carente de fundamento razonable una regulación que en último término orienta el derecho de los trabajadores autónomos para defender sus intereses o hacia su integración en los sindicatos de trabajadores o hacia la constitución de asociaciones al amparo de la legislación específica, reconociéndoles un derecho que también deriva directamente de la Constitución (art. 22) y está dotado de igual grado de protección y de idéntica autonomía que el derecho de asociación sindical”.

que la respuesta a este interrogante debe formularse en sentido positivo. Son dos las razones que pueden aducirse para apoyar esta aseveración: en primer lugar, el apartado 1º del artículo 28 de la CE reconoce el derecho de sindicación en términos muy “generosos”, empleando el vocablo “todos”: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente”. Y en segundo lugar, el apartado 1º del artículo 13 de la CE atribuye a los extranjeros la facultad de gozar en nuestro país de las libertades públicas que garantiza el título I de la misma, de conformidad con lo establecido en los Tratados y en la Ley. A resultas de lo dicho, no parece que quepa albergar alguna duda acerca de la titularidad por parte de los trabajadores extranjeros del derecho fundamental reconocido y garantizado en el artículo 28.1 de nuestra norma fundamental.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de marzo, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se refiere a la libertad sindical de los trabajadores extranjeros en su artículo 11, el cual, de conformidad con el artículo 28.1 CE, reconoce a éstos el derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles. De esta forma, ha quedado sin efecto la limitación que al ejercicio de la libertad sindical por parte de los trabajadores extranjeros establecía el artículo 10 de la ya derogada Ley Orgánica 7/85. En efecto, el mencionado precepto legal únicamente reconocía a estos trabajadores que se hallasen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente a cualquier sindicato español, estándoles vedado, por consiguiente, el derecho a fundarlos. Esta restricción legal al ejercicio del derecho de sindicación era poco congruente con el artículo 28.1 CE, sobre todo teniendo en cuenta la doctrina sentada por el TC en la STC 115/87 (caso Ley de Extranjería) por la que declaró inconstitucional, por ser contrario al artículo 22 de la CE, el artículo 8.2 de la precitada Ley, habida cuenta que el mismo facultaba a la autoridad gubernativa a suspender, temporalmente, las actividades de las asociaciones constituidas en su mayor parte por extranjeros, en base a una serie de motivos tasados. En este pronunciamiento, el alto Tribunal afirmó que el artículo 13.1 de la CE faculta al legislador para establecer condicionamientos adicionales al ejercicio por extranjeros de un derecho fundamental, pero siempre respetando lo establecido en el texto constitucional, “pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la Constitución”. Consideramos que en base, precisamente, a esta jurisprudencia del más alto de nuestros Tribunales y teniendo en cuenta que el artículo 28.1 de la CE reconoce directamente a los trabajadores extranjeros la libertad sindical, la cual comprende “el derecho a fun-

dar sindicatos y a afiliarse al de su elección”, el legislador haya acometido la modificación de la regulación de este derecho fundamental por parte de aquellos, acomodando la misma a nuestra norma fundamental.

b) Miembros de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Jueces, Magistrados y Fiscales.

Al igual que dijimos al analizar el derecho de asociación, las personas que integran estos colectivos, dada la especial naturaleza de los mismos, ven restringido, cuando no exceptuado, el ejercicio del derecho de sindicación.

b.1. Miembros de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

El artículo 28.1 de la CE establece expresamente que el legislador podrá limitar o exceptuar el ejercicio de la libertad sindical a las Fuerzas Armadas y a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar. Si nos damos cuenta, la CE permite limitar o exceptuar, habiendo optado el legislador por la vía más restrictiva para el ejercicio del derecho por estos grupos: la exceptuación. En este sentido, la LOLS, en su artículo 1.3, excluye a los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de carácter militar del ejercicio del derecho de sindicación. Del mismo modo, la Ley 85/78, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, prohíbe a los militares estar afiliados o colaborar en cualquier sindicato (artículo 182). Así, pues, a nivel legal, los miembros de las Fuerzas Armadas están excluidos del ejercicio del derecho; exclusión que tiene su fundamento en la necesidad de preservar la neutralidad sindical de las Fuerzas armadas⁴.

La CE, además de a las Fuerzas Armadas, también se refiere a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar, entre los que hay que incluir a la Guardia

4. Directamente relacionado con este tema se encuentra la cuestión relativa al ejercicio de la actividad sindical en el interior de los establecimientos militares por parte del personal civil que trabaja en los mismos, expresamente proscrita por la Disposición Adicional 3ª de la LOLS. Esta importante limitación al ejercicio del derecho por el personal civil al servicio de establecimientos militares fue puesto en entredicho por gran parte de la doctrina al considerarla contraria al contenido esencial de la libertad sindical. Sin embargo, el TC ha respaldado constitucionalmente la referida Disposición Adicional de la LOLS, considerando que la finalidad que persigue la misma al prohibir la actividad sindical en el interior de los establecimientos militares es preservar la neutralidad de las Fuerzas Armadas; principio de neutralidad que a su vez “encuentra su justificación en los fines que el artículo 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas” (STC 101/91). Estos son, por tanto, en que, a juicio del más alto de nuestros Tribunales, encuentra su fundamentación desde la perspectiva constitucional la mentada limitación.

Civil. Como ya hemos mencionado, el artículo 1.3 de la LOLS exceptúa del ejercicio del derecho ahora en estudio a los miembros de los Institutos Armados de carácter militar. Por su parte, la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no permite a los miembros de la Guardia Civil la posibilidad de afiliarse a organizaciones sindicales.

En lo que respecta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que no tengan carácter militar (Policías), el apartado 5 del artículo 1 de la LOLS remite la regulación del ejercicio de su derecho de sindicación a su normativa específica, “dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos”. La referida normativa específica está constituida en la actualidad por la Ley Orgánica 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la cual reconoce al Cuerpo Nacional de Policía y, por ende, a la Policía Autonómica y a la Policía Local, según la interpretación de la Ley realizada por el TC (STC 273/94, caso Policía Local de Santa Cruz de la Palma), la facultad de crear y pertenecer a sindicatos para la defensa de sus intereses profesionales, si bien, dadas las peculiaridades de la función policial y su carácter de Instituto armado, establece, en el plano organizativo, una serie de limitaciones, tales como que las organizaciones sindicales, que han de ser de ámbito nacional, habrán de estar integradas únicamente por miembros del Cuerpo y que las mismas no podrán federarse o confederarse a otras organizaciones de ámbito subjetivo diferente (art. 18 LOFCS).

b.2. Jueces, Magistrados y Fiscales.

El artículo 127.1 de la CE prohíbe expresamente a Jueces, Magistrados y Fiscales formar parte de cualquier organización sindical mientras que se encuentren en activo. A diferencia de los miembros de las Fuerzas Armadas, en este supuesto es la propia CE la que excluye del ejercicio del derecho a dichos colectivos, sin dejar ningún tipo de opción al legislador. En este sentido, el artículo 1.4 de la LOLS no hace sino reiterar la prohibición contenida en el apartado 1º del artículo 127 de nuestra norma fundamental.

No obstante lo anterior, la CE permite a los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo constituir y afiliarse a asociaciones profesionales, remitiéndose a la Ley para que establezca el régimen jurídico de las mismas. Por lo que respecta a Jueces y Magistrados, la regulación de su régimen de asociación profesional se contiene en la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente en el artículo 401. De acuerdo con este precepto, se reconoce a Jueces y Magistrados en activo el derecho de libre asociación profesional, si bien con una serie de limitaciones:

a) Las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados sólo podrán constituirse para la defensa de los intereses profesionales de sus miembros y para la realización de actividades encaminadas al servicio de la justicia en general, estándoles vedada cualquier tipo de conexión o vinculación con partidos políticos y sindicatos.

b) Estas asociaciones han de estar formadas únicamente por Jueces y Magistrados en servicio activo, prohibiéndose la pertenencia del mismo juez o magistrado a más de una asociación profesional.

c) Las referidas asociaciones habrán de ser de ámbito nacional, permitiéndose, sin embargo, la existencia de secciones cuyo ámbito coincida con el de un Tribunal Superior de Justicia.

De lo expuesto ahora, se vislumbra la evidente similitud entre el régimen jurídico de asociación profesional de Jueces y Magistrados previsto en la LOPJ con el régimen jurídico del derecho de sindicación establecido para el Cuerpo Nacional de Policía en la LOFCS.

En cuanto a los Fiscales, es el artículo 54 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal el que regula el régimen de asociación profesional de este colectivo, en términos muy parecidos a la regulación contenida en el artículo 401 LOPJ para Jueces y Magistrados⁵.

5. Dispone el artículo 54 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: “De acuerdo con lo establecido en el artículo 127 de la Constitución, se reconoce el derecho de asociación profesional de los Fiscales, que se ejercerá libremente en el ámbito del artículo 22 de la Constitución y que se ajustará a las reglas siguientes:

1.- Las Asociaciones de Fiscales tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de estudios y actividades encaminados al servicio de la justicia en general.

2.- Sólo podrán formar parte de las mismas quienes ostenten la condición de Fiscales, sin que puedan integrarse en ellas miembros de otros cuerpos o carreras.

3. Los Fiscales podrán libremente afiliarse o no a Asociaciones Profesionales. Estas deberán hallarse abiertas a la incorporación de cualquier miembro de la Carrera Fiscal.

4.- Las asociaciones profesionales quedarán validamente constituidas desde que se inscriban en el Registro, que será llevado al efecto por el Ministerio de Justicia. La inscripción se practicará a solicitud de cualquiera de los promotores, a la que se acompañará el texto de los Estatutos y una relación de afiliados.

5.- Los Estatutos deberán expresar, como mínimo, las siguientes menciones:

1ª Nombre de la Asociación, que no podrá contener connotaciones políticas.

Finalmente, para terminar este epígrafe, creemos conveniente hacer referencia, siquiera brevemente, a los Magistrados del TC. Nuestro ordenamiento jurídico no impide a estos magistrados la posibilidad de constituir o formar parte de una organización sindical, a diferencia, por tanto, de los miembros del Poder Judicial; no obstante, la CE, en su artículo 159.4, les prohíbe explícitamente el desempeño de cargos directivos o de cualquier empleo al servicio de alguna asociación de esta naturaleza.

c) Personas Jurídicas.

Ninguna duda cabe albergar acerca de la titularidad de la libertad sindical por parte de las personas jurídicas. En efecto, el artículo 28.1 de la CE reconoce a los sindicatos el derecho a formar confederaciones u organizaciones sindicales internacionales así como el derecho a afiliarse a las mismas.

Ahora bien, si el tema de la titularidad por los sindicatos de este derecho fundamental es un tema pacífico a tenor de lo establecido en la CE, no es posible afirmar lo mismo respecto a la titularidad del derecho de sindicación por parte de las asociaciones empresariales y, por consiguiente, de los empresarios. En este sentido, cierto sector de nuestra doctrina considera que el término “todos” empleado por el apartado 1º del artículo 28 de la CE incluye, además de a los trabajadores y sindicatos, a los empresarios y, por tanto, a las asociaciones por éstos formadas. Para apoyar esta conclusión utilizan los siguientes argumentos: en primer lugar, consideran que el artículo 7 de la CE otorga un tratamiento similar a sindicatos y organizaciones empresariales. En segundo lugar, y a tenor de lo previsto en el artículo 10.2 de la CE, estiman que el artículo 28.1 de la CE debe ser interpretado de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre libertad sindical suscritos por España. La mayor parte de estos Tratados reconocen a “toda persona” el derecho de sindicación, pero además y, particularmente, la Carta Social Europea y los Convenios 87 y 98 de la OIT incluyen de forma expresa en el ámbito de la libertad sindical a trabajadores y sindicatos y a empresarios y asociaciones empresariales⁶. En tercer lugar, se apoyan en la propia LOLS la

2ª Fines específicos.

3ª Organización y representación de la Asociación. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

4ª Régimen de afiliación.

5ª Medios económicos y régimen de cuota.

6ª Forma de elegirse los cargos directivos de la Asociación.

6. Dispone el artículo 5 de la Parte I de la Carta Social Europea: “Todos los trabajadores y emplea-

cual ha derogado la Ley 19/77, de 1 de abril, del derecho de asociación sindical en todo lo que no se oponga a la misma, declarando, sin embargo, vigente su regulación para las asociaciones empresariales “cuya libertad de sindicación se reconoce a los efectos de lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Constitución española y de los Convenios Internacionales suscritos por España” (Disposición Derogatoria de la LOLS). De esta forma, para los defensores de esta tesis, en nuestro ordenamiento jurídico existe una diversidad de cauces jurídicos por los que discurre la regulación de la libertad sindical: la LOLS, para los trabajadores y sindicatos, y la Ley de asociación sindical, para los empresarios y las asociaciones empresariales.

A pesar de las razones aducidas por esta corriente doctrinal, creemos más conveniente considerar, junto con la jurisprudencia sentada por el TC, que el término “todos” empleado por el apartado 1º del artículo 28 de la CE no incluye a los empresarios ni a las asociaciones empresariales, estando, por consiguiente, las mismas excluidas del ámbito del referido precepto constitucional. En efecto, como ha puesto de manifiesto el más alto de nuestros Tribunales, la libertad sindical únicamente puede predicarse respecto de los trabajadores y sus sindicatos, “sin que pueda incluirse en la misma el asociacionismo empresarial, dado que es incompatible con la propia naturaleza del derecho de libertad sindical, que es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores” (STC 52/92, caso Vocalías de la PIMEN de Mallorca). Pero además, una interpretación adecuada del artículo 28.1 de la CE exige ponerlo en conexión con

dores tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales». Y el artículo 5 de la Parte II establece: “Para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas organizaciones, las Partes contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla...”.

Por su parte, el artículo 2 del Convenio de la OIT nº 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación señala: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los Estatutos de las mismas”. Y su artículo 5 dispone: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores”.

Finalmente, el artículo 2.1 del Convenio de la OIT nº 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva establece: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración”.

el artículo 7 de la CE; precepto éste que contempla de forma separada y empleando una terminología diferente para las organizaciones de trabajadores (sindicatos) y para las organizaciones de empresarios (asociaciones empresariales), de donde se desprende que se trata de dos fenómenos diferentes y puesto que el concepto de sindicato se pone en relación solamente con trabajadores, únicamente éstos estarán comprendidos en el ámbito del derecho consagrado en el artículo 28.1 de la CE, debiendo encuadrarse el asociacionismo empresarial en el genérico derecho de asociación contemplado en el artículo 22 del texto fundamental.

Por último, no podemos dejar de mencionar la cuestión relativa a la titularidad de la libertad sindical por parte de los Comités de empresa; órganos que llevan a cabo actividades propiamente sindicales, para lo cual cuentan con medios de acción y con derechos constitucionales, tales como el derecho a la huelga, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo. Pues bien, esta cuestión ha sido definitivamente zanjada por el TC, el cual ha excluido de la titularidad de este derecho fundamental a los referidos entes. En efecto, el alto Tribunal considera que el artículo 7 de la CE ha constitucionalizado únicamente al sindicato, atribuyéndole la función de contribuir a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores y, en consecuencia, el ejercicio de los derechos necesarios para la efectiva realización de la misma, los cuales constituyen una manifestación ineludible del derecho reconocido en el artículo 28.1 de la CE. Sin embargo, no es posible afirmar lo mismo respecto al Comité de empresa, el cual, a pesar de desarrollar actividades sindicales, es creación de la Ley o de los convenios colectivos y su conexión con la CE tiene lugar a través del artículo 129.2 de la misma (Vid., por todas, la STC 74/96, caso Previsión Española-Sur, S.A.). En definitiva, pues, y como se ha puesto de manifiesto, para el TC lo que determina la aplicación del artículo 28.1 de la CE es la calidad sindical, en sentido estricto, del sujeto que actúa en defensa de los intereses de los trabajadores (Sanguineti Raymond, 1993, p. 127).

C.- Contenido y ámbito protegido

a) Contenido esencial.

Como se desprende del artículo 28.1 de la CE el contenido esencial de la libertad sindical está constituido por el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse libremente al de su elección (dimensión individual) así como por el derecho de los sindicatos a fundar confederaciones u organizaciones sindicales internacionales y a afiliarse a las mismas (dimensión colectiva). En consonancia con lo anterior, la LOLS considera comprendido en la libertad sindical,

el derecho del trabajador a fundar organizaciones sindicales sin autorización previa y a afiliarse a las de su elección, con la única condición de observar los Estatutos de la misma, o a separarse de aquellas a las que estuviesen afiliados (art. 2.1 a) y b) de la LOLS), atribuyendo asimismo a los sindicatos el derecho a constituir federaciones, confederaciones u organizaciones internacionales y a afiliarse y retirarse libremente de las mismas (art. 2.2 b) de la LOLS).

Pero además de la libertad de constitución y de afiliación sindical, también forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental, la prohibición de obligar a cualquier trabajador a afiliarse a un sindicato (“Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”, afirma el artículo 28.1 *in fine* de la CE y reitera el artículo 2.1 b) de la LOLS). Esta faceta negativa de la libertad sindical, a pesar de constituir tradicionalmente uno de los contenidos típicos de este derecho, no aparece, sin embargo, contemplada expresamente en los Convenios Internacionales sobre la materia (Convenio de la OIT nº 87), ni en la Carta Social Europea, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni en el Convenio de Roma. Quizás el motivo de esta ausencia sea la escasa aceptación de la referida faceta en el ámbito de los partidarios de un sindicalismo fuerte y consolidado.

En cualquier caso, y tal y como ha puesto de manifiesto Santamaría Pastor (1985, p. 568), dicha prohibición constituye un aspecto fundamental de la libertad sindical y el sentido de la misma se concreta en vedar todas las imposiciones de los poderes públicos en orden a una sindicación obligatoria así como los actos de injerencia determinantes de la libre decisión de afiliarse o no a un sindicato (o de no afiliarse a ninguno), provenientes tanto de los poderes públicos como de terceros y que incidan en la actividad profesional del trabajador, esto es, la prohibición de toda clase de actos discriminatorios como consecuencia de la no afiliación a un determinado sindicato. Este derecho a no afiliarse no impide, sin embargo, medidas legales de favorecimiento de la sindicación, dadas las funciones que el artículo 7 de la CE encomienda a los sindicatos (STC 142/93, caso Ley 2/1991)⁷.

7. De manera similar Gallego Morales y Vida Soria han señalado que parece que no deban ser reconducidas a cláusulas de presión sindical atentatorias a la faceta negativa de la libertad sindical, la existencia de incentivos selectivos ofrecidos por las organizaciones sindicales a sus afiliados, pues la prestación de servicios propios y reservados es una relación de matriz y desarrollo intraorganizativo. Además, se considera que el legítimo no uso de un derecho no puede comportar que el igualmente legítimo uso del mismo no se despliegue en toda su potencialidad. (1996, p. 299).

El contenido esencial del derecho de sindicación no se agota en lo dispuesto en el artículo 28.1 de la CE; dicho con otras palabras, el contenido esencial de la libertad sindical no solamente está integrado por las manifestaciones a las que nos acabamos de referir y que aparecen previstas en el apartado 1º del artículo 28 de la CE. Este precepto constitucional únicamente contempla la libertad sindical en su vertiente organizativa o asociativa. No puede resultar por ello extraño que desde sus primeras resoluciones el TC afirmará que “por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del artículo 28.1 de la CE, a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerarse exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo” (STC 23/83, caso Resolución del IMAC sobre resultados globales de elecciones sindicales).

En consecuencia, para determinar el contenido global de esta libertad es necesario, de una parte, interpretar el precitado precepto constitucional de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Convenios Internacionales sobre la materia ratificados por España (art. 10.2 CE), y, de otra, interpretar el mismo en relación con el artículo 7 de la CE. A partir de aquí, y habida cuenta de las funciones que constitucionalmente tienen encomendados los sindicatos (la defensa de los intereses de los trabajadores, según reza el art. 7 CE), es posible afirmar que para el desarrollo de las mismas, es necesario que el sindicato ejerza una serie de derechos, los cuales, por tanto, serían manifestaciones de la libertad sindical considerada en su dimensión colectiva. Estos derechos de actividad sindical, integrantes del contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 28.1 de la CE, son, de acuerdo con los Tratados Internacionales, fundamentalmente los siguientes: el derecho a la huelga, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo. En este sentido se ha manifestado ya el más alto de nuestros Tribunales, para el que el artículo 28.1 de la CE “integra derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos (huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos) que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a la que es llamado por el artículo 7 de la Constitución, constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical, sin el cual ese derecho no sería reconocible” (STC 30/92, caso despido de dependiente 1ª)⁸. Por lo demás, la propia LOLS considera comprendida en la

8. La jurisprudencia del TC en relación con este tema puede verse en la STC 37/83, caso AMIBV, en la cual afirma el Tribunal: “(...) la función de los sindicatos no consiste únicamente en representar a sus miembros a través de esquemas de apoderamiento y de la representación del derecho privado, sino que, cuando la Constitución y la Ley les invisten con la función de defender los intereses de los traba-

libertad sindical el derecho a la actividad sindical y reconoce a las organizaciones sindicales el derecho al ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella (art. 2.1. d y 2.2. d LOLS).

No obstante lo anterior, el TC no se detiene aquí, sino que va más allá, puesto que, además de los derechos de actividad sindical que integran el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical, considera que las organizaciones sindicales pueden ejercitar otras facultades o derechos adicionales, reconocidas por normas de rango infraconstitucional (Ley y convenios colectivos) y que forman parte del contenido del derecho de sindicación. Así pues, junto al contenido esencial, la libertad sindical goza también de un contenido adicional, el cual comprende, entre otros, los siguientes derechos o facultades: participación institucional, promoción y participación en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores así como los derechos consagrados en los artículos 9 y 10 de la LOLS, que se concretan, básicamente, en las prerrogativas y garantías atribuidas a los representantes sindicales para el ejercicio de sus funciones

jadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singulis*, sean de necesario ejercicio colectivo, pues tal legitimación enlaza directamente con la Constitución, que, al reconocer en su artículo 28.1 a la libertad sindical, no está admitiendo sólo el derecho de los trabajadores a sindicarse libremente o el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de sus elección, así como el derecho de los sindicatos a formar Confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas, sino también por la necesaria remisión al artículo 7, del que aquel es interdependiente, el derecho de los sindicatos a actuar libremente para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, permitiendo así que la propia actividad del sindicato, como elemento teleológico que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, se integre en el artículo 28.1 CE y goce de la protección que el artículo 53.2 atribuye a los derechos y libertades reconocidos en la Sección I del Capítulo II.

La libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los Tratados Internacionales ratificados por España y, muy especialmente, los Convenios nº 87 y 98 de la OIT y las resoluciones interpretativas de los mismos dictados por su Comité de libertad sindical (...) incluyen la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse también a la incoacción de conflictos colectivos, pues sería paradójico que quien puede defender los intereses de los trabajadores mediante la negociación o la huelga no pudiera hacerlo mediante la utilización de los procedimientos legalmente previstos para el planteamiento y solución pacífica de los conflictos colectivos. De esta forma, el artículo 37.2 de la Constitución se conjuga con el artículo 37.1 y con el 28.2 para definir el ámbito de ejercicio de la libertad sindical”.

Cierto sector de nuestra doctrina ha puesto de manifiesto que con esta jurisprudencia, el TC corrige en cierta medida la opción sistemática del legislador constitucional y además altera la opción constitucional de diferenciar los niveles de protección de los distintos derechos constitucionalmente consagrados (Durán López y Sáez Lara, p. 168). Incluso, se ha llegado a considerar que el Tribunal está yendo demasiado lejos en la configuración de la libertad sindical, puesto que ha reconocido dentro de la misma facultades accesorias que la propia Constitución ha querido mantener separadas en sedes diversas y con diferente grado de protección (Valdeolivas García, p. 45).

(Vid., por todas, las SSTC 30/92, caso Despido de dependiente 1ª; 61/89, caso Oscar Mayer; y 145/99, caso Lista de afiliados a la central sindical LAB).

Estos derechos o facultades adicionales no forman parte del contenido esencial de la libertad sindical, por lo que al ser creados por normas legales o convencionales, las mismas pueden modificarlos o eliminarlos. Además, y puesto que sobrepasan dicho contenido esencial, el legislador es libre de configurarlos como quiera, con el único límite de no contrariar aquel (su contenido esencial). Ahora bien, lo afirmado ahora no es óbice para considerar que el contenido adicional forma parte del núcleo de la libertad sindical y, en consecuencia, los actos vulneradores del mismo suponen también una vulneración de este derecho fundamental (STC 9/88, caso Elecciones a la Junta de Representantes de los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social). En definitiva, pues, la protección constitucional de la libertad sindical abarca no sólo los derechos o facultades que integran su contenido esencial, sino también aquellos otros derechos o facultades adicionales que las normas crean⁹.

Finalmente, y para terminar con el tema del contenido esencial del derecho de sindicación, hemos de referirnos a la libertad de organización y funcionamiento de los sindicatos en tanto que la misma constituye uno de los elementos integrantes de aquél. En efecto, según se desprende del artículo 7 de la CE, forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental consagrado en el artículo 28.1 CE la posibilidad de dotarse el sindicato fundado de su propia estructura interna y funcionamiento, los cuales serán, sin lugar a dudas, los más adecuados para el logro efectivo de la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios. Este principio de libertad autoorganizativa sindical reconocido en el artículo 7 de la CE encuentra su plasmación a nivel legal en el artículo 2.2 a) de la LOLS, el cual atribuye a los sindicatos en el ejercicio de sus actividad sindical, el derecho a “redactar sus Estatutos y

9.- En relación con el contenido adicional de la libertad sindical es sumamente clarificadora la STC 173/92, caso artículo 10.1 de la LOLS. En este pronunciamiento afirma el TC: “El hecho de que determinados derechos de acción sindical queden incluidos en el contenido esencial del derecho no implica, sin embargo, que cualesquiera prerrogativas sindicales concebibles en este terreno constituyan un límite para el legislador. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que las normas infraconstitucionales puedan desarrollar el derecho de libertad sindical en clave de promoción, añadiendo al contenido esencial derechos o facultades de actuación sindical adicionales. tales derechos, al no trascender al contenido esencial de la libertad sindical, no operan como límite de la actuación legislativa. En otras palabras, más allá del contenido esencial, el legislador dispone de un amplio margen de maniobra que le permite crear medios adicionales de promoción de la actividad sindical pero también configurarlas y limitarlas y en el futuro, modificarlas o suprimirlas”.

Reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción”.

El TC ha reconocido también que la potestad de autoorganización integra el contenido esencial de la libertad sindical. Así, en la STC 292/93 (caso Reserva de afiliación a los sindicatos), el más alto de nuestros Tribunales ha manifestado que en su vertiente colectiva, el derecho de sindicación garantiza a las organizaciones sindicales un “ámbito esencial de libertad para organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que considere más adecuada a la efectividad de su acción sindical, dentro, claro está, del respeto debido a la Constitución y a la Ley”.

Ahora bien, a pesar de que la libertad de autoorganización forma parte del contenido esencial del derecho de sindicación, el propio artículo 7 de la CE impone un límite a la misma, en el caso de los sindicatos, al señalar que su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos; limitación que encuentra su justificación en el importante papel que esta modalidad asociativa desempeña en un Estado Social y Democrático de Derecho. Ha sido el TC el que ha concretado en qué consiste la carga de democracia interna impuesta por la Constitución a determinados tipos de asociaciones, entre los cuales se encuentran los sindicatos, afirmando que la misma se proyecta en la exigencia de que tales asociaciones se organicen y funcionen a nivel interno mediante reglas que posibiliten la participación de los socios en la gestión y control de los órganos de gobierno así como mediante el reconocimiento a los socios de un derecho de participación en la formación de la voluntad de la asociación (STC 56/95, caso Consejo Nacional del Partido Nacionalista Vasco). Y esta exigencia de democracia interna y los derechos de ella derivados, forman parte también del contenido esencial de la libertad sindical. En este sentido se ha manifestado el Tribunal, al señalar que los requisitos constitucionales específicamente previstos respecto de determinadas asociaciones en preceptos distintos del artículo 22 de la CE también integran el contenido esencial del derecho de asociación (STC 56/95, caso Consejo Nacional del Partido Nacionalista Vasco). Si bien estas consideraciones las realiza el Tribunal en referencia al derecho fundamental consagrado en el artículo 22 de nuestra norma fundamental, estimamos que las mismas son extensibles *mutatis mutandi* al derecho de sindicación del artículo 28.1 de la misma, habida cuenta que los sindicatos no son sino una modalidad específica de asociaciones.

b) Desarrollo legal.

El artículo 28.1 de la CE ha sido objeto de desarrollo por el legislador post-constitucional a través de la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de libertad sin-

dical, de tal forma que es en este texto normativo en el que se contiene, fundamentalmente, la regulación legal del derecho de libertad sindical.

Comienza la Ley atribuyendo el derecho de sindicación a todos los trabajadores, considerando como tales, a los efectos de la misma, tanto a los sujetos de una relación laboral como a los funcionarios públicos (art. 1). Así pues, la LOLS regula de forma conjunta la libertad sindical tanto de los trabajadores con contrato de trabajo como de los funcionarios.

Esta opción legislativa ha suscitado, sin embargo, los recelos de cierto sector de nuestra doctrina que, en base al artículo 103.3 de la CE, consideran que es el Estatuto de la Función Pública el que debe regular las peculiaridades del ejercicio del derecho por funcionarios públicos, añadiéndose que la LOLS no establece las peculiaridades de su ejercicio a las que se refieren los artículos 28.1 y 103.3 de la CE. Estas críticas han sido salvadas por el más alto de nuestros Tribunales, concretamente en la STC 98/85, en la cual el Tribunal puso de manifiesto que los referidos preceptos constitucionales no imponen la necesidad de que la libertad sindical de los funcionarios sea regulada en un único instrumento legislativo, puesto que tales preceptos “remiten ciertamente a la Ley, pero es evidente que el término se refiere al rango de la norma o más genéricamente al legislador, sin que se defina una norma específica”. Pero además, el TC ha señalado que, a pesar del tratamiento uniforme de la libertad sindical en la LOLS, esta norma también configura “aspectos fundamentales que no cubren por completo la ordenación de la actividad sindical y que expresamente incluyen algunas diferencias en su ejercicio por los funcionarios”, tal es el caso de los órganos de representación y los procedimientos de consulta y negociación. Como acertadamente pone de manifiesto Rey Guanter (p. 79 y 80), la regulación conjunta de la libertad sindical para ambas categorías de trabajadores realizada por la LOLS es conforme a la CE, puesto que ésta consagra y aquélla acordemente desarrolla, una libertad sindical que tiene una raíz común para funcionarios públicos y sujetos de una relación laboral y de la que posteriormente van a configurarse ramificaciones diferenciadas en algunos de sus componentes (peculiaridades) para el primer colectivo en relación al segundo.

Por otra parte, la Ley se refiere al contenido del derecho de sindicación, tanto en su vertiente organizativa o asociativa como en su vertiente dinámica (art. 2), siendo esta última objeto de desarrollo específico en su Título IV, que lleva precisamente por rúbrica “De la acción sindical” (art. 8 a 11)¹⁰.

10. Esta cuestión ya ha sido tratada en el epígrafe anterior, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

También contempla la LOLS el régimen de constitución de los sindicatos, haciendo depender la adquisición de la personalidad jurídica y de la plena capacidad de obrar por parte de los mismos a su inscripción en el Registro (art. 4.1). Como ya dejamos suficientemente expuesto en otro lugar¹¹, puesto que el artículo 22.3 de la CE no constituye el instrumento adecuado para resolver el problema de la adquisición de personalidad jurídica de las asociaciones, es necesario remitirse a la Ley, siendo el artículo 35 del Código Civil el único precepto de aplicación general en esta materia, el cual atribuye personalidad jurídica a las asociaciones, y el sindicato no es sino una modalidad específica de asociación, desde el momento en que las mismas se hayan constituido válidamente. Y esto no es incompatible con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la LOLS, porque lo que hace este precepto es precisar cómo se adquiere una personalidad jurídica “especial” que habilita al sindicato para poder disfrutar de ciertas facultades y prerrogativas a las que no podría acceder si sólo tuviera la personalidad común derivada del artículo 35 del Código Civil.

El apartado 2 del artículo 4 de la LOLS se refiere al contenido mínimo de los Estatutos de las organizaciones sindicales. En este sentido, establece que las normas estatutarias contendrán, al menos: la denominación de la organización; el domicilio y ámbito territorial y funcional del sindicato; los órganos de representación, gobierno y administración y su funcionamiento, así como el régimen de provisión electiva de sus cargos; los requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliado; el régimen de modificación de Estatutos, de fusión y disolución del sindicato; y el régimen económico de la organización sindical.

La representatividad sindical aparece regulada en el Título III de la Ley Orgánica; tema este que por su importancia creemos que debe ser objeto de tratamiento en un epígrafe aparte.

c) Representatividad sindical.

La mayor representatividad sindical, eje de la regulación establecida en la LOLS (Casas Baamonde y Baylos Grau, 1986, p. 434), aparece previsto en los artículos 6 y 7 de la misma, y se concreta en “una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional, como de acción sindical” (art. 6.1 LOLS).

El apartado 1º del artículo 28 de la CE consagra la libertad sindical, la cual comprende, entre otras cosas, la posibilidad de los trabajadores de constituir los

11. Vid. Vidal Marín, T., “La libertad de asociación”, *Parlamento y Constitución*, nº 2, pp. 214 y ss.

sindicatos que estimen conveniente para la defensa de sus intereses económicos y profesionales, de donde se desprende que el pluralismo sindical es una consecuencia necesaria del reconocimiento constitucional de aquel derecho fundamental. Esta pluralidad de sindicatos no tiene, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico el mismo tratamiento legal, puesto que la LOLS atribuye a determinados sindicatos una posición privilegiada al reservarles únicamente a ellos el ejercicio de ciertas facultades: se trata de los sindicatos más representativos.

Atribuir la condición de más representativos a determinados sindicatos o, si se prefiere, el trato desigual a los sindicatos no es incompatible con la CE, porque como ha señalado el TC, la promoción del hecho sindical y la necesidad de hacer efectiva la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE) pueden “malograrse por una excesiva atomización sindical y la atribución de un carácter absoluto al principio de igualdad de trato y del libre e igual disfrute del derecho reconocido en el artículo 28.1 CE”. Ahora bien, las referidas diferencias entre los sindicatos han de ser introducidas, a juicio del alto Tribunal, con arreglo a criterios objetivos, tales como el de mayor representatividad o mayor implantación, lo cual, no obstante, “no significa que cualquier regulación apoyada en ellos sea constitucionalmente legítima”, pues la misma ha de cumplir con los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad (vid., por todas, la STC 188/95, caso UPLV)¹².

12.- De este modo el TC ha acogido la doctrina mantenida al respecto por el Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT y por el TEDH. A estos efectos, es sumamente ilustrativa la STC 53/82, caso USO de Baleares, en la que el Tribunal afirma textualmente: “ (...) El mencionado Comité ha dado pautas orientativas del mayor interés, tales como que la independencia de las organizaciones de trabajadores se ve comprometida cuando los poderes públicos establecen entre ellas una discriminación que no se basa en criterios objetivos (...); o como que aun no siendo criticable que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás, ello no debe tener como consecuencia conceder a aquellos privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los Gobiernos o incluso en materia de designación de los Delegados ante Organismos Internacionales (...); e igualmente es muy esclarecedora la afirmación por el mismo Comité del principio según el cual los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso (...). Doctrina que concuerda con la establecida por el TEDH en las sentencias citadas en el fundamento 1º, en la que a propósito de una interpretación conjunta de los artículos 11 y 14 de la Convención Europea y estando en debate problemas de posible discriminación entre organizaciones sindicales se afirma que la igualdad de trato es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable”.

En cuanto a los niveles de representatividad, la LOLS establece tres:

- Sindicatos más representativos a nivel estatal. Tienen esta consideración aquellas organizaciones sindicales que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención en el ámbito estatal del 10% o más del total de delegados de personal, de los miembros de los Comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, así como aquellos entes sindicales afiliados o federados a una organización sindical de dicho ámbito que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con el criterio anterior.

- Sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma. Tienen esta consideración aquellas organizaciones sindicales que acrediten una especial audiencia en el ámbito autonómico, expresada en la obtención del 15% o más de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los Comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito nacional. Igualmente, tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma, aquellos entes sindicales afiliados o federados a una organización sindical de este ámbito que tenga la consideración de más representativo de acuerdo con el criterio anterior. (art. 7.1 LOLS).

Los requisitos exigidos por la LOLS a estos sindicatos son más gravosos que en el supuesto de los sindicatos más representativos a nivel estatal, puesto que se requiere la obtención del 15% o más de representantes, los cuales han de ser como mínimo de 1.500 y dichos sindicatos no pueden estar federados a otros de ámbito nacional. Estas exigencias adicionales se justifican en la Exposición de Motivos de la Ley en el respeto al principio de igualdad, el cual podría romperse con sólo la referencia porcentual, “teniendo en cuenta la heterogeneidad y diferencias de población asalariada y funcional entre las distintas Comunidades Autónomas del Estado”.

Por su parte, el más alto de nuestros Tribunales ha respaldado constitucionalmente las precisadas exigencias impuestas por el legislador para obtener la condición de sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma. En efecto, para el TC estas exigencias aparecen justificadas si tenemos en cuenta que a tales organizaciones sindicales les otorga la LOLS las mismas facultades que a los sindicatos de nivel estatal en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma y además la capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otros entes de carácter estatal. Precisamente, estas funciones atribuidas a dichos sindicatos en el ámbito estatal “tienen como

contrapartida los peculiares requisitos que en orden a la representatividad les ha sido impuesto”; requisitos adicionales que garantizan su relevancia “no solamente en el interior de la respectiva Comunidad, sino también en relación con el conjunto nacional y que evitan al mismo tiempo las distorsiones que resultarían de la atribución de los mismos derechos a sindicatos de distinta implantación territorial y que representen a un número muy distinto de trabajadores, según la población laboral de las respectivas Comunidades Autónomas” (STC 98/85, caso LOLS).

- Sindicatos suficientemente representativos o de representatividad cualificada en un ámbito específico.- Tienen esta consideración, a tenor del artículo 7.2 de la LOLS, aquellas organizaciones sindicales que obtengan en un ámbito territorial y funcional específico, el 10% o más de los delegados de personal y miembros de Comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas.

De lo expuesto en las líneas que nos preceden, se desprende claramente que el criterio fundamental establecido en la LOLS para determinar el nivel de representatividad de las organizaciones sindicales es el de la audiencia electoral. Si bien este criterio es importante, no contempla la Ley otros posibles criterios complementarios, tales como el número de afiliados, la independencia, la relevancia financiera, la eficacia de la acción sindical, etc., lo que puede conllevar que los sindicatos se interesen más por el proceso electoral y sus resultados que por otras cuestiones referentes a su dimensión asociativa. Es por ello por lo que, como acertadamente pone de manifiesto Monereo Pérez (1985, p. 139), parece más adecuado que una realidad de gran complejidad como la que presenta el movimiento sindical deba apreciarse a través de la combinación y no de la primacía absoluta de un criterio, sino al contrario, por la utilización dialéctica de todos aquellos criterios objetivos que permitan la determinación precisa de la representatividad del sindicato mediante la constatación de su existencia efectiva y de su influencia real.

A pesar de que la LOLS establece como criterio primordial la audiencia electoral para atribuir la condición de mayor representatividad a determinados sindicatos, no es, sin embargo, el único criterio previsto por la misma. La Ley prevé también otro criterio, de carácter secundario: el de la irradiación; esto es, la organización sindical más representativa extiende su mayor representatividad a los sindicatos afiliados o federados al mismo. Este criterio de la mayor representatividad por irradiación expresamente contemplado en la LOLS no es, a juicio del TC, disconforme con la CE, puesto que el mismo no es el único criterio de medi-

ción de la representatividad previsto en aquella norma, “de forma que no impide que quienes no pertenezcan a las organizaciones más representativas puedan igualmente alcanzar la representatividad y ejercer las funciones en los concretos ámbitos de ejercicio” y además, la mayor representatividad que permite irradiar a los entes sindicales afiliados “arranca de un dato objetivo que es la voluntad de los trabajadores” (STC 98/85, caso LOLS).

Por último, y en lo que respecta a las facultades adicionales atribuidas por la LOLS a los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, éstas se concretan en las siguientes:

a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista (art. 6.3 a).

b) La negociación colectiva en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores (art. 6.3 b).

c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación (art. 6.3 c).

d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo (art. 6.3 d).

e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones Públicas (art. 6.3 e).

f) Cualquier otra función representativa que se establezca (art. 6.3 g).

Por su parte, la LOLS atribuye a los sindicatos suficientemente representativos o de representatividad cualificada en un ámbito específico las facultades que acabamos de enumerar a excepción de la primera: la representación institucional (art. 7.2).

Bien es cierto que la Ley atribuye a los sindicatos de mayor representatividad estatal o autonómica la facultad de obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos establecidos legalmente (art. 6.3 f), prerrogativa que no aparece mencionada para el caso de los sindicatos suficientemente representativos. Sin embargo, el TC entendió, en la tantas veces

citada STC 98/85 (caso LOLS), que dicho precepto no puede interpretarse en el sentido de que atribuye el monopolio de la referida facultad a los sindicatos más representativos. En consonancia con esta jurisprudencia del Alto Tribunal, la Ley 4/86 sobre cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado ha reconocido esta prerrogativa a todos los sindicatos.

d) Eficacia frente a particulares.

No parece que quepa albergar ninguna duda acerca de la posibilidad de que la libertad sindical sea transgredida tanto por parte de los poderes públicos como por parte de terceros, fundamentalmente los empresarios. Teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 9.1 de nuestra Norma Fundamental, a cuyo tenor los poderes públicos y los particulares están sujetos a lo dispuesto en la misma, no vemos ningún inconveniente en afirmar que la libertad sindical goza de eficacia *inter-privatos*. En efecto, este derecho fundamental aparece consagrado en el artículo 28 de la CE, el cual, en tanto que parte integrante de la misma, desplegará también sus efectos frente a terceros. Consecuentemente, los simples particulares deberán abstenerse de realizar cualquier actuación que impida u obstaculice el pleno ejercicio del precitado derecho, pudiendo acudir a la jurisdicción ordinaria y, en último término, a la constitucional ante una vulneración del mismo por aquellos¹³. Buena prueba de lo que acabamos de decir lo constituyen los artículos 17 del Estatuto de los Trabajadores y 12 de la LOLS, que tutelan a los trabajadores frente a los actos de discriminación provenientes, entre otros, del empresario en razón de su afiliación o actividad sindical.

D.- Garantías

a) Garantías generales: reserva de Ley.

La libertad sindical aparece consagrada en el artículo 28.1 de la CE, precepto éste que forma parte de la sección I del capítulo II del título I de la misma. En consecuencia, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 53.1 de la CE, a cuyo tenor sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de los derechos comprendidos en el capítulo II, y lo previsto en el artículo 81.1 de la CE, que atribuye la condición de Ley orgánica a aquellas relativas al desarrollo de los derechos fun-

13. En relación con el tema relativo a la expulsión de un afiliado del seno de un sindicato nos remitimos a lo expuesto en otro lugar. Vid. Vidal Marín, T., "El derecho fundamental de asociación y el control judicial de la actividad interna de las asociaciones", *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, Valencia, 2000.

damentales y las libertades públicas, es posible afirmar que el derecho fundamental del artículo 28.1 CE sólo podrá ser regulado por Ley, la cual, además, deberá ser orgánica.

b) Garantías jurisdiccionales.

b.1. Protección específica.

La libertad sindical es objeto de protección especial en el ámbito penal. Así, los delitos contra la misma aparecen expresamente tipificados en el artículo 315 del Código Penal. Frente al antiguo texto punitivo, en el que el legislador optó, tal y como ha puesto de manifiesto Arroyo Zapatero (1988, p. 172), por un sistema de incriminación de cláusula abierta, puesto que únicamente se hacía referencia al bien jurídico protegido y a su lesión, sin proporcionar mayor definición de los medios o conductas típicas¹⁴; la nueva normativa punitiva aparece más detallada, al contemplar lo relativo a los medios y conductas típicas. En este sentido, los apartados 1 y 2 del precitado precepto legal disponen: “1.- Serán castigados con las penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. 2.- Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado”.

Al penalizar los ataques contra la libertad sindical, el artículo 315 del Código Penal constituye la garantía última del nivel mínimo de funcionamiento de las organizaciones sindicales y de las funciones de normalización de las condiciones de trabajo (Baylos y Terradillos, 1997, p. 143).

La acción tipificada penalmente es aquella que va dirigida a impedir o limitar la libertad sindical, lo que significa que el legislador ha querido tipificar penalmente tanto aquella acción que obstaculice o haga imposible el ejercicio del derecho de sindicación desde una perspectiva individual, como aquella que obstaculice o impida el ejercicio de este derecho desde una perspectiva colectiva.

Por lo demás, el artículo 315 del Código Penal configura el delito contra la libertad sindical como un delito doloso, exigiéndose, por tanto, que el sujeto activo conozca y quiera realizar aquellas conductas vulneradoras de la referida

14. El artículo 177 bis del anterior Código Penal disponía: “Los que impidieran o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga serán castigados con penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas”.

libertad. Así pues, las formas culposas quedan sometidas al régimen de sanciones administrativo-laborales, en el que se prevé expresamente su castigo, graduándose las sanciones en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor (Baylos y Terradillos, 1997, p. 157).

b.2. Amparo judicial.

La LOLS dedica el último de sus títulos (título V) a la tutela de la libertad sindical. En el referido título, que lleva, precisamente, por rúbrica “De la tutela de la libertad sindical y represión de las conductas antisindicales”, la Ley legitima a cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical por parte del empresario, asociación patronal, Administraciones Públicas o cualquier otra persona pública o privada para recabar la protección del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (art. 12 LOLS). De esta forma, la LOLS se remitía a la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, Ley 62/78, la cual paradójicamente no contemplaba la garantía jurisdiccional laboral, sino exclusivamente la garantía jurisdiccional penal, contencioso-administrativa y civil. Esta carencia de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, había sido, sin embargo, colmada ya por el más alto de nuestros tribunales, el cual en la temprana STC 55/83 puso de manifiesto que el cauce natural para la protección de los derechos fundamentales de carácter laboral en la jurisdicción ordinaria era el proceso laboral, convirtiéndose el mismo (ordinario o especial de conflictos colectivos que fuese de aplicación), en consecuencia, en el proceso de protección jurisdiccional de aquellos¹⁵.

Fue el texto articulado de la Ley de procedimiento laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, el que reguló por vez primera un proceso, preferente y sumario, para la tutela de los derechos de libertad sindical, dando así desarrollo a la base número 30 de la Ley 7/89, de 12 de abril, de bases del procedimiento laboral, que instituía aquel. En la actualidad, este proceso especial de tutela de la libertad sindical está contenido en el Real Decreto

15. Afirma textualmente el TC en la STC 55/83, caso COEPART, S.A.: “(...) Hay que señalar al respecto que, no contemplando la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, la jurisdicción laboral para la protección de éstos, y extendiéndose la protección jurisdiccional del artículo 53.2 CE a todos los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y la sección I del capítulo II, es doctrina de este tribunal que el cauce natural de dicha protección en la jurisdicción ordinaria es el procedimiento laboral. Con esta acción integradora con respecto a la mencionada Ley 62/78, el proceso laboral se convierte también en proceso de protección jurisdiccional de los derechos laborales de carácter fundamental (...)”.

Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se ha aprobado el nuevo texto refundido de la Ley de procedimiento laboral. Puesto que es esta norma la que regula dicho proceso, se ha puesto de manifiesto que la misma opera como norma de cierre del título V de la LOLS, dirigida a dotar a sus previsiones de la nota de efectividad de la que carecían (Sanguinetti Raymond, 1993, p.39).

El texto refundido de la Ley de procedimiento laboral atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan sobre tutela de los derechos de libertad sindical (art. 2.k). Sin embargo, a continuación el propio texto señala una serie de excepciones, tales como:

a) La tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal al que se refiere el artículo 1.3 a) del Estatuto de los Trabajadores. Dicha tutela corresponde, por tanto, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Las pretensiones relativas a la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho administrativo en materia laboral, cuyo conocimiento, a tenor del artículo 9.4 de la LOPJ, corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa, a excepción de las pretensiones sobre resoluciones administrativas relativas a la imposición de sanciones por todo tipo de infracciones de orden social y las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de tratados colectivos, cuyo conocimiento, según el artículo 3.2 de Real Decreto Legislativo 2/1995, corresponde a la jurisdicción social.

c) Las pretensiones sobre resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta, así como las relativas a las actas de liquidación y de infracción. El conocimiento de las mismas corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.4 LOPJ).

Asimismo, están excluidos del conocimiento de la jurisdicción social, los delitos contra la libertad sindical previstos en el Código Penal. En este supuesto resulta obvio que la jurisdicción competente será la penal (art. 9.3 LOPJ).

Centrándonos ahora en el proceso específico de tutela de los derechos de libertad sindical, el mismo se encuentra regulado en los artículos 175 a 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. El primero de dichos pre-

ceptos atribuye a cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados sus derechos a la libertad sindical, legitimación para recabar la tutela de los mismos a través de este proceso siempre que el conocimiento de la pretensión corresponda a la jurisdicción social. La norma sólo considera legitimados activos a los sindicatos, sin hacer ninguna referencia a otros sujetos de naturaleza colectiva como los Comités de empresa, lo cual nos parece congruente con la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, la cual, como ya hemos manifestado, excluye del ámbito de la libertad sindical a estos órganos.

El Texto Refundido limita también el objeto del proceso, puesto que a través del mismo únicamente se podrá conocer de la lesión de la libertad sindical, “sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad (art. 176)”. Se denota así, la sumariedad con que se ha configurado este proceso especial. Pero la sumariedad del proceso de tutela de los derechos de libertad sindical no sólo se manifiesta en la consideración anterior, sino también en la rapidez y sencillez de su tramitación. En este sentido, el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral no requiere para iniciar estos procesos la conciliación extrajudicial (art. 84) o la reclamación administrativa previa (art. 70) y declara como días hábiles para realizar las actuaciones judiciales los días del mes de agosto (art. 43.4). Además, los actos de conciliación y juicio habrán de tener lugar en el plazo improrrogable de los 5 días siguientes a la admisión de la demanda (frente a los 10 días establecidos con carácter general), debiendo mediar un mínimo de 2 días entre la citación y la celebración de aquellos actos (frente a los 4 días establecidos con carácter general). Igualmente, se acorta el plazo para dictar sentencia, fijándose el mismo en 3 días desde la celebración del acto del juicio (frente a los 5 días establecidos con carácter general) (art. 179).

El proceso también se caracteriza por la nota de preferencia, estableciéndose al respecto en el artículo 177.1 del Decreto Legislativo que su tramitación tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo la misma preferente frente a la tramitación de los demás procesos que se sigan ante el mismo juzgado o Tribunal; preferencia que se extiende asimismo a los recursos que se interpongan.

Es de destacar que en este proceso especial, la tutela de la libertad sindical goza de una característica que no tiene lugar en otros procesos de protección de derechos fundamentales de órdenes jurisdiccionales diferentes. En efecto, en el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical, si el juez, en el acto del juicio, constata la presencia de indicios de violación de la libertad sindical, corresponderá a la parte demandada demostrar de manera “suficientemente pro-

bada” que las medidas adoptadas tienen una justificación objetiva y razonable y que las mismas son proporcionales (art. 179.2). Se trata, pues, de un supuesto en el que la configuración del derecho de libertad sindical como “categoría especialmente sospechosa” obliga a la parte que ha adoptado la medida que incida sobre el derecho a demostrar su justificación y su proporcionalidad (García Morillo, p. 458).

Con la finalidad de impedir que se produzcan daños irreparables sobre la libertad sindical, se faculta al actor para solicitar la suspensión del acto impugnado en el mismo escrito de interposición de la demanda, pero únicamente cuando se trate de supuestas lesiones que “impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, restructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores” (art. 178.1).

Por lo demás, el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral excluye de este proceso de tutela determinadas cuestiones litigiosas sobre ciertas materias, tales como las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo; las demandas de disfrute de vacaciones, las demandas relativas a materia electoral, las demandas referentes a la impugnación de Estatutos de los sindicatos o de su modificación y las demandas de impugnación de convenios colectivos. Las demandas sobre estas materias en las que se invoque la vulneración de la libertad sindical u otro derecho fundamental “se tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente” (art. 182)¹⁶.

La sentencia que declare la violación de la libertad sindical, decretará, a tenor del artículo 15 de la LOLS y 180 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, el cese inmediato del comportamiento antisindical así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto ilícito.

16. Cierta sector de nuestra doctrina ha criticado esta expulsión de materias realizada por el artículo 182 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. En este sentido, Palomeque López (*Los derechos laborales en la CE*, pp. 90 y ss), señala que una interpretación salvadora de la eventual inconstitucionalidad de dicho precepto, que permite por ello mantener intactas las garantías previstas para el proceso de tutela de derechos fundamentales, también en los ámbitos objeto de exclusión por dicha norma, debe ser construida, bien es cierto que contra la literalidad del propio artículo 182, sobre la base de sostener la acumulación de regímenes y garantías entre las modalidades procesales en juego, es decir, que la exigencia de inexcusable tramitación con arreglo a la modalidad correspondiente debe ser entendida, así pues, sin perjuicio de que en la misma se tengan en cuenta acumulativamente las garantías propias del proceso de tutela de los derechos laborales fundamentales, ya que a la postre se trata de depurar una lesión a uno de estos, aún cuando invocada en relación con alguna de las materias recogidas en aquella norma.

Por último, no queremos terminar este epígrafe sin señalar que a pesar de la existencia de este procedimiento especial en el orden laboral, así como los demás, en otros órdenes jurisdiccionales, previstos en la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ello no impide que el afectado pueda optar por acudir asimismo al procedimiento judicial ordinario correspondiente.

b.3. Amparo constitucional

La libertad sindical es susceptible también de protección ante el TC a través del recurso de amparo (art. 53 C.E. y 41.1 LOTC), para lo cual será necesario haber agotado todos los recursos en la vía judicial.

E.- Suspensión

El derecho fundamental consagrado en el artículo 28.1 de la CE no parece contemplado en el artículo 55 de la misma como uno de los posibles derechos que puedan ser suspendidos en aquellos supuestos en que se declaren los estados de excepción o de sitio. Es así como la CE salvaguarda el desenvolvimiento y funcionamiento regular de las organizaciones sindicales, en tanto que entidades asociativas que desempeñan un importante y fundamental papel en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

F.- Apéndice

a) Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

- Sobre la naturaleza jurídica de la libertad sindical:

STC 12/83, caso Organismo unitario de trabajadores de agencias de aduanas, consignatarios de buques y transitarios de Vizcaya.

STC 23/83, caso Resolución del IMAC sobre resultados globales de elecciones sindicales.

STC 7/90, caso Artículo 2 c) de la Orden de la Consejería de Trabajo de la Generalidad Valenciana.

STC 186/92, caso V Congreso de la CNT.

- En relación con el contenido esencial de la libertad sindical:

STC 70/82, caso Horas extraordinarias sanitarias

STC 4/83, caso Convenio textil de Navarra

STC 23/83, caso Resolución del IMAC sobre resultados globales de elecciones sindicales

STC 37/83, caso AMIBU

STC 73/84, caso XIII Convenio colectivo de Cajas de Ahorro con la ACARL

STC 141/85, caso Real Decreto 1346/1984, de 11 de julio

STC 40/85, caso Cerámicas Gala, S.A.

STC 39/86, caso Anexo del Acuerdo Económico y Social

STC 104/87, caso Registro de Información, S.A.

STC 9/88, caso Elecciones a la junta de representantes de los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social

STC 51/88, caso El Corte Inglés I

STC 61/89, caso Oscar Mayer I

STC 101/91, caso Disposición Adicional 3ª de la LOLS

STC 184/91, caso Empresa nacional Santa Bárbara

STC 217/91, caso Oscar Mayer II

STC 30/92, caso Despido de dependiente 1ª

STC 105/92, caso Grupo asegurador Catalana-Occidente

STC 173/92, caso Artículo 10.1 de la LOLS

STC 142/93, caso Ley 2/91, de 7 de enero

STC 164/93, caso Elecciones sindicales en VALPISA

STC 292/93, caso Reserva de afiliación a los sindicatos

STC 94/95, caso El Corte Inglés II

STC 168/96, caso Banco de Crédito Agrícola

STC 11/98, caso RENFE

STC 191/98, caso Agente de sanidad exterior de Ceuta

- En relación con el contenido adicional de la libertad sindical:

STC 39/86, caso Anexo del Acuerdo Económico y Social

STC 9/88, caso Elecciones a la Junta de representantes de los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social

STC 51/88, caso El Corte Inglés I

STC 61/89, caso Oscar Mayer I

STC 101/91, caso Disposición Adicional 1ª de la LOLS

STC 30/92, caso Despido de dependiente 1ª

STC 173/92, caso Artículo 10.1 de la LOLS

STC 164/93, caso Elecciones sindicales en VALPISA

STC 145/99, caso Lista de afiliados a la central sindical LAB

STC 201/99, caso Fundiciones y Talleres Mecánicos del Manzanares

- Acerca de la titularidad de la libertad sindical:
STC 95/96, caso Plus de turnicidad

- En relación con la titularidad de la libertad sindical por los Comités de empresa:
STC 118/83, caso Thenaisie Prorote S.A.
STC 134/94, caso Representante del Centro de la Administración militar en Granada
STC 74/96, caso Previsión Española-Sur S.A.

- Sobre la libertad sindical referida a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado:
STC 273/94, caso Policía Local de Santa Cruz de la Palma
STC 85/95, caso Resolución de la Jefatura Superior de Policía de Zaragoza
STC 127/95, caso TEDEX

- En relación con la libertad sindical y las asociaciones empresariales:
STC 52/92, caso Vocalías de la PIMEN de Mallorca
STC 75/92, caso Ley 4/86, de 8 de enero

- Sobre el ejercicio del derecho de sindicación en el interior de establecimientos militares:
STC 101/91, caso Disposición Adicional 3ª de la LOLS

- En relación con la representatividad sindical:
STC 53/82, caso USO de Baleares
STC 65/82, caso Intersindical Nacional Gallega
STC 98/85, caso LOLS
STC 7/90, caso Artículo 2.c) de la Orden de la Consejería de Trabajo de la Generalidad Valenciana
STC 32/90, caso Denegación de participación en la Comisión Nacional de elecciones sindicales
STC 188/95, caso UPLB

b) Legislación.

a) Textos Internacionales

- Convenio OIT nº 87, de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.
- Convenio OIT nº 98, de 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

- Convenio OIT nº 151, de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966
- Carta Social Europea de 1961

b) Legislación nacional

- Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de libertad sindical
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de marzo, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España
 - Ley 85/78, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas
 - Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
 - Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial
 - Ley 50/81, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
 - Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo. Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
 - Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código Penal
 - Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral

c) Bibliografía.

- En relación con la libertad sindical, en general:
 - Alonso García, M., “La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española”, en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón*, Madrid, 1980.
 - Alonso Olea, M., “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 22, 1985.
 - Borrajo Dacruz, E., “La Ley Orgánica de Libertad Sindical en la interpretación del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Laboral*, Tomo II, 1985.
 - Casas Baamonde, M.E., “La interpretación de la Constitución, el alcance subjetivo del derecho de libertad sindical y otras cuestiones”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 23, 1985.

- Durán López, F., “El papel del sindicato en el nuevo sistema constitucional”, *Revista de Política Social*, nº 121, 1979.
 - Durán López, F. y Sáez Lara, C., “Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 52, 1992.
 - Fernández López, M.F., “El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: una aproximación clásica a un antiguo problema”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 54, 1992.
 - García Becedas, G., “Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución Española”, *Revista de Política Social*, nº 124, 1979.
 - Lucas Murillo, P., “Las fuerzas sindicales y la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, nº 3, 1979.
 - Menéndez Sebastian, P., *La Libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997.
 - Ojeda Avilés, A., “La libertad sindical”, *Revista de Política Social*, nº 121, 1979.
 - Ojeda Avilés, A., “Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical”, en *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid, 1986.
 - Palomeque López, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, 1991.
 - Rojo Torrecilla, E., “La Ley Orgánica de Libertad Sindical”, *Revista de Política Social*, nº 148, 1985.
 - Santamaría Pastor, J.A., “Artículo 28”, en *Comentarios a la Constitución*, dirig. por Garrido Falla, Madrid, 1985.
 - Satrustegui, M., López Guerra, L., Espín, E. y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Valencia, 2000.
 - Valdés Dal-Ré, F., “Aspectos constitucionales de la democracia sindical”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1988.
 - Vida Soria, J. y Gallego Morales, A., “Artículo 28.1”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirig. por Alzaga, Madrid, 1996.
- Sobre la adquisición de personalidad jurídica por los sindicatos:
- Marín López, J.J., *Asociaciones, constitución y personalidad*, Tesis doctoral leída en la UCLM, 1991.
 - Vidal Marín, T., “La libertad de asociación”, *Parlamento y Constitución*, nº 2, 1998.
- En relación con la representatividad sindical:
- Casas Baamonde, M.E. y Baylos Grau, A., “Mayor representatividad sindical y participación institucional: la concertación social, al margen”, *Relaciones*

Laborales, Tomo I, 1986.

- Casas Baamonde, M.E., “Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España ¿Un modelo en crisis?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 33, 1988.

- García Murcia, J., “Criterios de representatividad, igualdad de trato y libertad sindical: notas para un balance de jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 50, 1997.

- Monereo Pérez, J.L., “La noción de sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, en *La Tutela de la Libertad sindical. Las competencias de la CCAA de Andalucía en materia laboral*, Jerez de la Frontera, 1985.

- Montalvo Correa, J., “El derecho de libre sindicación y la mayor representatividad sindical” en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón*, Madrid, 1980.

- Montoya Melgar, A., “El sindicato más representativo en la LOLS y la sentencia del Tribunal Constitucional 98/85”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1986.

- Acerca de la libertad sindical de los funcionarios públicos:

- Ortega Alvarez, L., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983.

- Palomeque López, M.C., “El derecho de sindicación de los funcionarios públicos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, Monográfico nº 7, 1985.

- Rey Guanter, S. del, “Libertad sindical y funcionarios públicos” en *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid, 1986.

- Sala Franco, T. y Roqueta Buj, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995.

- Vida Soria, J., y Sala Franco, T., “Informe acerca de los derechos de libertad sindical y de representación de los funcionarios públicos”, *Documentación Administrativa*, nº 204, 1985.

- Sobre el asociacionismo empresarial:

- Casas Baamonde, M.E., “Las asociaciones empresariales, su exclusión del derecho de libertad sindical y su representatividad. Los diferentes sistemas de medición de la representatividad empresarial y sindical”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 58, 1993.

- Rayón Suarez, E., “La inclusión del asociacionismo empresarial en el ámbito del artículo 28.1 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 17, 1984.

- En relación con la actividad sindical en los establecimientos militares:
 - García Murcia, J., “Sobre el desarrollo de la actividad sindical en los establecimientos militares y otros aspectos de la libertad sindical”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 53, 1992.

- Respecto a la protección o tutela de la libertad sindical, en general:
 - Albiol Montesinos, I., *La tutela de la libertad sindical por los Tribunales nacionales*, Madrid, 1987.
 - Castiñeira Fernández, J., “La tutela de la libertad sindical”, en *La tutela de la libertad sindical. Las competencias de la CCAA de Andalucía en materia laboral*, Jerez de la Frontera, 1985.
 - Cruz Villalón, J., “Competencia y dualidad de jurisdicciones en la tutela de la libertad sindical”, en *La tutela de la libertad sindical. Las competencias de la CCAA de Andalucía en materia laboral*, Jerez de la Frontera, 1985.
 - Martínez Emperador, R., “La tutela judicial de la libertad sindical”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1991.
 - Sanguinetti Raymond, W., *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales*, Madrid, 1993.
 - Valdeolivas García, Y., *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, Madrid, 1994.

- Sobre la protección penal de la libertad sindical:
 - Baylos, A., y Terradillos, J., *Derecho Penal del Trabajo*, Madrid, 1997.
 - Pérez del Río, T., “La protección penal de la libertad sindical”, en *La tutela de la libertad sindical. Las competencias de la CCAA de Andalucía en materia laboral*, Jerez de la Frontera, 1985.

IV. CRÓNICAS

SUMARIO

- *Tomás Vidal Marín, “Legislación de Comunidades Autónomas”*
—
- *Enrique Belda Pérez-Pedrero, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas”*
—
- *F. Javier Díaz Revorio, “Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha”*
—
- *Milagros Ortega Muñoz, “Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha”*
—
- *María Elena Rebato Peño, “Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha”*

LEGISLACIÓN DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

(De 1 de octubre de 1999 a 30 de septiembre de 2000)¹

Tomás Vidal Marín

*Ayudante de Facultad. Doctor. Área de Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha)*

SUMARIO

- 1.- Andalucía
- 2.- Aragón
- 3.- Asturias
- 4.- Canarias
- 5.- Cantabria
- 6.- Castilla y León
- 7.- Castilla-La Mancha
- 8.- Cataluña
- 9.- Comunidad Valenciana
- 10.- Extremadura
- 11.- Galicia
- 12.- Islas Baleares
- 13.- Madrid
- 14.- Murcia
- 15.- Navarra
- 16.- País Vasco
- 17.- La Rioja

1. La presente reseña legislativa se ha elaborado a partir de los Boletines Oficiales del Estado y de los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas comprendidos entre el 1 de octubre de 1999 y el 30 de septiembre de 2000. Como regla general, la fecha de publicación que aparece en el texto corresponde a la del Boletín Oficial del Estado, por ser de más fácil acceso. Sin embargo, para aquellas Leyes de las Comunidades Autónomas que a 30 de septiembre de 2000 no hayan sido publicadas en el referido Boletín, la fecha de publicación que se señala corresponde a la del Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

1.- Andalucía

- Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (BOE: 05/11/99).

- Ley 8/1999, de 27 de octubre, del Espacio Natural de Doñana (BOE: 10/12/99).

- Ley 9/1999, de 18 de noviembre, de Solidaridad en la Educación (BOE: 21/12/99).

- Ley 10/1999, de 18 de noviembre, por la que se autoriza la enajenación del inmueble denominado Palacio de Miramar, sito en Malaga, paseo de Reding, s/n (BOE: 18/12/99).

- Ley 11/1999, de 30 de noviembre, de creación de la empresa pública Hospital Alto Guadalquivir en Andújar (Jaen) (BOE: 11/01/99).

- Ley 12/1999, de 15 de diciembre, de Turismo (BOE: 18/01/00).

- Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Andalucía (BOE: 18/01/00).

- Ley 14/1999, de 15 de diciembre, por la que se fijan las sedes de las secciones de la Audiencia Provincial de Cádiz en Algeciras y Jerez de la Frontera (BOE: 18/01/00).

- Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía (BOE: 18/01/00).

- Ley 16/1999, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2000 (BOE: 01/02/00).

- Ley 17/1999, de 28 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas (BOE: 01/02/00).

2.- Aragón

- Ley 11/1999, de 26 de octubre, de modificación de la Ley 1/1995, de 16 de febrero, del Presidente y del Gobierno de Aragón (BOE: 17/11/99).

- Ley 12/1999, de 22 de diciembre, de concesión de créditos extraordinarios y suplementos de crédito por importe de 3.718.942.320 pts, para el cumplimiento de obligaciones derivadas de actuaciones en carretera, sanidad animal, retribuciones del personal docente y gastos de funcionamiento de los servicios (BOE: 29/01/00).

- Ley 13/1999, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón (BOE: 29/01/00).

- Ley 14/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2000 (BOE: 27/01/00).

- Ley 15/1999, de 29 de diciembre, de medidas tributarias, financieras y administrativas (BOE: 27/01/00).
- Ley 1/2000, de 17 de marzo, de autorización de venta de valores mobiliarios de la Comunidad Autónoma de Aragón procedentes de la herencia de D. Elías Alfredo Martínez Santiago (BOE: 11/04/00).
- Ley 2/2000, de 28 de junio, del Juego de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOE: 27/07/00).

3.- Asturias

- Ley 16/1999, de 30 de noviembre, de concesión de suplemento de crédito destinado a atender diversos compromisos de gasto urgentes e inaplazables (BOE: 11/01/00).
- Ley 17/1999, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2000 (BOE: 25/02/00).
- Ley 18/1999, de 31 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales (BOE: 25/02/00).
- Ley 1/2000, de 20 de junio, por la que se crea la Comisión asturiana de Administración Local (BOE:11/08/00).
- Ley 2/2000, de 23 de junio, de Cajas de Ahorro (BOE:11/08/00).

4.- Canarias

- Ley 12/1999, de 22 de octubre, de suplemento y transferencia de crédito por importe de 11.500.000.000 pts. a la sección 18 “Educación, cultura y deportes” de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1999 (BOE: 01/12/99).
- Ley 13/1999, de 17 de noviembre, de modificación de la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 1/1999, de 29 de enero, de Residuos de Canarias (BOE: 10/12/99)
- Ley 14/1999, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2000 (BOE: 19/01/00).
- Ley 1/2000, de 16 de mayo, de enajenación gratuita de una parcela de 5.645 metros cuadrados en la urbanización “Nueva Paterna” de las Palmas de Gran Canaria a favor del Cabildo Insular de Gran Canaria (BOE: 03/06/00).
- Ley 2/2000, de 17 de julio, de medidas económicas en materia de organización administrativa y gestión relativas al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias y de establecimiento de normas tributarias (BOE:14/08/00).

- Ley 3/2000, de 17 de julio, para la creación de un Complejo Hospitalario y Sociosanitario en la zona Norte de la Isla de Tenerife (BOE:14/08/00).

- Ley 4/2000, de 17 de julio, para la creación de un Complejo Hospitalario y Sociosanitario en la zona sur y suroeste de la Isla de Tenerife (BOE:14/08/00).

5.- Cantabria

- Ley 10/1999, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2000 (BOE: 11/02/00).

- Ley 11/1999, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (BOE: 11/02/00).

- Ley 1/2000, de 24 de mayo, de modificación de la Ley 5/1987, de 27 de marzo, de elecciones al Parlamento de Cantabria (BOE: 04/07/00).

- Ley 2/2000, de 3 de julio, del Deporte (25/07/00).

- Ley 3/2000, de 24 de julio, por la que se crea el Organismo Autónomo Oficina de Calidad Alimentaria (ODECA), (BOE: 06/09/00).

6.- Castilla y León

- Ley 6/1999, de 27 de diciembre, de medidas económicas, fiscales y administrativas (BOE: 21/01/00).

- Ley 7/1999, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para el año 2000 (BOE: 21/01/00).

- Ley 1/2000, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 7/1987, de 8 de mayo, por la que se regula el procedimiento de designación de senadores representantes de la Comunidad de Castilla y León (BOE: 25/03/00).

- Ley 2/2000, de 10 de mayo, de creación del Colegio Profesional de Podólogos de Castilla y León (BOE: 06/06/00).

- Ley 3/2000, de 10 de mayo, de creación del consejo del Colegio Profesional de farmacéuticos de Castilla y León (BOE: 06/06/00).

- Ley 4/2000, de 27 de junio, de declaración del Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobremontaña Palentina (Palencia) (BOE: 15/07/00).

- Ley 5/2000, de 27 de junio, de creación del Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Castilla y León (BOE: 18/07/00).

- Ley 6/2000, de 27 de junio, de creación del Colegio Profesional de Fisioterapeutas de Castilla y León (BOE: 18/07/00).

- Ley 7/2000, de 11 de julio, de Estadística de Castilla y León (BOE:12/08/00).

- Ley 8/2000, de 11 de julio, de declaración de parque Natural de las Batuecas-Sierra de Francia, (Salamanca) (BOE:12/08/00).

- Ley 9/2000, de 11 de julio, de declaración de la Reserva Natural del Sabinar de Calatañazor, (Soria) (BOE:12/08/00).

7.- Castilla-La Mancha

- Ley 12/1999, de 3 de diciembre, del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha (BOE: 14/01/00).

- Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2000 (BOE: 14/01/00).

- Ley 1/2000, de 6 de abril, por la que se declara el Parque Natural del Alto Tajo (BOE: 04/07/00).

- Ley 2/2000, de 26 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/1997, de 10 de julio, de Hacienda de Castilla-La Mancha (BOE: 04/07/00).

- Ley 3/2000, de 26 de mayo, de creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha (BOE: 04/07/00).

- Ley 4/2000, de 7 de junio, de modificación de la Ley 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (BOE: 23/08/00).

8.- Cataluña

- Ley 1/2000, de 30 de marzo, de modificación de la Ley 13/1989, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña, del Decreto Legislativo 1/1991 por el que se aprueba la refundición de las Leyes 3/1985 y 21/1990, de la Comisión Jurídica Asesora, y de la Ley 7/1996, de organización de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Generalitat de Cataluña, y de derogación parcial de un artículo de la Ley 3/1982 del Parlamento, del Presidente y del Consejo Ejecutivo de la Generalitat (BOE: 19/04/00).

- Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña (BOE: 08/06/00).

- Ley 3/2000, de 19 de mayo, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el 2000 (BOE: 08/06/00).

- Ley 4/2000, de 26 de mayo, de medidas fiscales y administrativas (BOE: 20/06/00).

- Ley 5/2000, de 5 de junio, de modificación del artículo 29 de la Ley 16/1991, de las policías Locales (BOE: 04/07/00).

- Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas (BOE: 26/07/00).

- Ley 7/2000, de 19 de junio, de modificación de la Ley 5/1985, de 16 de abril, de creación del Centro de Información y Desarrollo Empresarial, y de la Ley 23/1984, de 28 de noviembre, del Laboratorio General de Ensayos e Investigaciones (BOE: 26/07/00).

- Ley 8/2000, de 19 de junio, de modificación parcial de la Ley 18/1990, de 15 de noviembre, de creación del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (BOE: 24/07/00).

- Ley 9/2000, de 7 de julio, de regulación de la publicidad dinámica en Cataluña (BOE: 24/08/00).

- Ley 10/2000, de 7 de julio, de ordenación del transporte en aguas marítimas y continentales (BOE: 24/08/00).

9.- Comunidad Valenciana

- Ley 7/1999, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de reconocimiento de la Universidad Cardenal Herrera-CEU (BOE: 28/12/99).

- Ley 8/1999, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se suprime el área metropolitana del Horta (BOE: 30/12/99).

- Ley 9/1999, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana (BOE: 01/02/00).

- Ley 10/1999, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2000 (BOE: 01/02/00).

- Ley 1/2000, de 30 de marzo, de creación del Colegio Oficial de Fisioterapeutas de la Comunidad Valenciana (BOE: 19/04/00).

- Ley 2/2000, de 31 de marzo, de creación del colegio Oficial de Protésicos Dentales de la Comunidad Valenciana (BOE: 19/04/00).

- Ley 3/2000, de 17 de abril, por la que se crea el servicio valenciano de empleo y formación (SERVEF) (BOE: 25/05/00).

- Ley 4/2000, de 19 de mayo, de creación del Colegio Oficial de Biólogos de la Comunidad Valenciana (BOE: 20/06/00).

- Ley 5/2000, de 19 de mayo, de creación del Colegio Oficial de Decoradores y Diseñadores de Interior de la Comunidad Valenciana (BOE: 20/06/00).

- Ley 6/2000, de 19 de mayo, de creación del Colegio Oficial de Ingenieros en Informática de la Comunidad Valenciana (BOE: 20/06/00).

- Ley 7/2000, de 29 de mayo, de Mutualidades de Previsión Social de la Comunidad Valenciana (BOE: 21/06/00).

- Ley 8/2000, de 23 de junio, de creación del Colegio Oficial de Logopedas de la Comunidad Valenciana (BOE: 20/07/00).

10.- Extremadura

- Ley 3/1999, de 22 de diciembre, de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2000 (BOE: 26/01/00).
- Ley 1/2000, de 16 de marzo, de creación del Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Extremadura (BOE: 08/05/00).
- Ley 2/2000, de 8 de junio, del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en Extremadura (BOE: 28/07/00).
- Ley 3/2000, de 29 de junio, de concesión de suplemento de crédito para la financiación de la campaña de vacunación masiva contra la Meningitis C y de otros gastos en materia de servicios sociales (BOE: 08/08/00).

11.- Galicia

- Ley 6/1999, de 1 de septiembre, del Audiovisual de Galicia (BOE: 02/10/99)
- Ley 7/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2000 (BOE: 03/02/00).
- Ley 8/1999, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y presupuestarias y de función pública y actuación administrativa (BOE: 03/02/00).
- Ley 1/2000, de 10 de julio, por la que se refunde la normativa en materia de Cámaras Agrarias (BOE:16/08/00).

12.- Islas Baleares

- Ley 9/1999, de 6 de octubre, de medidas cautelares y de emergencia relativas a la ordenación del territorio y el urbanismo en las Islas Baleares (BOE: 18/11/99).
- Ley 10/1999, de 23 de diciembre, de modificación parcial de la Ley 7/1997, de 20 de noviembre, de la investigación y del desarrollo tecnológico (BOE: 18/01/00)
- Ley 11/1999, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el 2000 (BOE: 18/01/00).
- Ley 12/1999, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública y económicas (BOE: 18/01/00).
- Ley 1/2000, de 9 de marzo, de modificación de la Ley 1/1999, de 30 de enero, de espacios naturales, por la que se amplía el ámbito de algunas áreas de especial protección (BOE: 25/03/00).
- Ley 2/2000, de 14 de marzo, de modificación del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 24 de octubre, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOE: 30/03/00).

- Ley 3/2000, de 20 de marzo, del Consejo Social de la Universidad de las Islas Baleares (BOE: 10/04/00).
- Ley 4/2000, de 22 de marzo, de moratoria de construcción y ampliación de Campos de Golf en las Islas Pitiusas (BOE: 10/04/00).
- Ley 5/2000, de 20 de abril, del Instituto Balear de la Mujer (BOE: 10/04/00).
- Ley 6/2000, de 31 de mayo, de modificación de la Ley 5/1993, de 15 de junio, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares (BOE: 23/06/00).
- Ley 7/2000, de 15 de junio, de creación del servicio de empleo de las Islas Baleares (BOE: 25/07/00).

13.- Madrid

- Ley 21/1999, de 21 de diciembre, de concesión de un suplemento de crédito para la liquidación provisional a cuenta de la definitiva, de las subvenciones a partidos, federaciones y coaliciones por los gastos realizados con ocasión de las elecciones de 13 de junio de 1999 a la Asamblea de Madrid (BOE: 07/02/00).
- Ley 22/1999, de 21 de diciembre, de creación del ente de Derecho Público MINTRA (Madrid, Infraestructuras de Transporte) (BOE: 07/02/00).
- Ley 23/1999, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2000 (BOE: 25/02/00).
- Ley 24/1999, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (BOE:25/02/00).
- Ley 1/2000, de 11 de febrero, de modificación de la Ley 1/1990, de 1 de febrero, de protección de animales domésticos (BOE: 26/05/00).
- Ley 2/2000, de 11 de febrero, de modificación del artículo 19 de la Ley 13/1984, de 30 de junio, de creación, organización y control parlamentario del ente público «Radio Televisión Madrid». (BOE: 26/05/00).
- Ley 3/2000, de 8 de mayo, de medidas urgentes fiscales y administrativas sobre juegos de suerte, envite y azar y apuestas en la Comunidad de Madrid (BOE: 26/05/00).
- Ley 4/2000, de 8 de mayo, reguladora de las escalas y funciones del personal de emergencias sanitarias de la Comunidad de Madrid (BOE: 26/05/00).
- Ley 5/2000, de 8 de mayo, por la que se eleva la edad mínima de acceso a las bebidas alcohólicas (BOE: 26/05/00).
- Ley 6/2000, de 19 de mayo, por la que se modifica el artículo 199 bis de la Ley 27/1997, de 26 de diciembre, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, estableciendo, para personas con discapacidad igual o superior al 33%, la exención del pago de tasa por derechos de examen para la selección del personal al servicio de la Comunidad de Madrid (BOE: 07/07/00).
- Ley 7/2000, de 19 de junio, de rehabilitación de espacios urbanos degrada-

dos y de inmuebles que deban ser objeto de preservación (BOE: 08/08/00).

- Ley 8/2000, de 20 de junio, por la que se procede a la homologación de las retribuciones de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Comunidad de Madrid con los de la Administración General del Estado, y de los diputados de la Asamblea de Madrid con los Diputados por Madrid del Congreso (BOE: 08/08/00).

- Ley 9/2000, de 30 de junio, de Mutualidades de Previsión Social (BOE: 26/08/00)

- Ley 10/2000, de 30 de junio, de modificación de la Ley 12/1984, de 13 de junio, de creación del Instituto Madrileño de Desarrollo (BOE: 26/08/00).

14.- Murcia

- Ley 4/1999, de 21 de abril, de coordinación universitaria de la Región de Murcia (BOE: 11/12/99).

- Ley 5/1999, de 5 de octubre, de modificación del artículo 23.1 de la Ley 12/1998, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para 1999, y de suplemento de crédito por importe de 90.660.493 pesetas, para financiar las nuevas retribuciones de los diputados de la Asamblea Regional y la homologación de las retribuciones de los altos cargos de la Administración Regional con las de determinados altos cargos de la Administración General del Estado (BOE: 27/01/00).

- Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia (BOE: 27/01/00).

- Ley 7/1999, de 13 de diciembre, de suplemento de crédito para financiar necesidades de gasto de la empresa pública “Onda Regional de Murcia”, de la Consejería de Presidencia para atender las subvenciones correspondientes a las elecciones autonómicas del pasado 13 de junio y del resto de las Consejerías para atender gastos de personal no previstos en el concepto “otras remuneraciones”, por un importe total de 224.150.000 pesetas (BOE: 15/02/00).

- Ley 8/1999, de 13 de diciembre, de crédito extraordinario para atender las necesidades de gasto derivadas de la financiación de los convenios singulares a los que se refiere la Disposición Adicional 5ª de la Ley 12/1998, de 31 de diciembre, así como las derivadas de la financiación de convenios para la ejecución de programas de fomento y desarrollo de la economía social, por un importe total de 873.000.000 pesetas (BOE:15/02/00).

- Ley 9/1999, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y de modificación de diversas leyes regionales en materia de Tasas, Puertos, Educación, Juego y Apuestas, y Construcción y Explotación de Infraestructuras (BOE: 11/04/00).

- Ley 10/1999, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2000 (BOE: 11/04/00)
- Ley 1/2000, de 27 de junio, de creación del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia (BORM:14/07/00).
- Ley 2/2000, de 12 de julio, del deporte de la Región de Murcia (BORM: 29/07/00).
- Ley 3/2000, de 12 de julio, de saneamiento y depuración de aguas residuales de la Región de Murcia e implantación del canon de saneamiento (BORM: 29/07/00).
- Ley 4/2000, de 12 de julio, de suplemento de crédito por importe de 359.545.575 pesetas para financiar una campaña de vacunación masiva frente a la enfermedad meningocócica causada por el serogrupo C (BORM: 29/07/00).

15.- Navarra

- Ley Foral 16/1999, de 15 de noviembre, de Cuentas Generales de Navarra para 1998 (BOE: 28/01/00).
- Ley Foral 17/1999, de 15 de noviembre, por la que se concede un crédito extraordinario de 155.623.340 pesetas como subvención a los partidos políticos para la financiación de los gastos de la campaña electoral de las elecciones al Parlamento de Navarra de 1999 (BOE: 28/01/00).
- Ley Foral 18/1999, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año 2000 (BOE: 28/01/00).
- Ley Foral 19/1999, de 30 de diciembre, de medidas tributarias (BOE: 28/01/00).
- Ley Foral 1/2000, de 17 de marzo, por la que se declara de utilidad pública y se aprueba la desafectación de 45.553 metros cuadrados de terreno comunal perteneciente al Ayuntamiento de Tudela (BOE: 05/04/00)
- Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo, de modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, para extender la cobertura de asistencia sanitaria del sistema sanitario público de Navarra a todos los inmigrantes en la Comunidad Foral (BOE: 06/09/00).
- Ley Foral 3/2000, de 22 de junio, de ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (BOE: 06/09/00).
- Ley Foral 4/2000, de 3 de julio, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra (BOE: 06/09/00).
- Ley Foral 5/2000, de 3 de julio, por la que se modifica el texto refundido de las disposiciones de rango legal sobre financiación agraria (BOE: 06/09/00).

- Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BOE: 06/09/00).
- Ley Foral 7/2000, de 3 de julio, del Plan Trienal de Infraestructuras Locales para el período 2001-2003 (BOE: 06/09/00).

16.- País Vasco

- Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley de Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al fuero civil de Gipuzkoa (BOPV: 30/12/99).
- Ley 4/1999, de 21 de diciembre, de modificación del Decreto por el que se regulan medidas de apoyo al empleo (BOPV: 31/12/99).
- Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi (BOPV: 01/08/00).
- Ley 2/2000, de 29 de junio, de transporte público urbano e interurbano de viajeros en automóviles de turismo (BOPV: 01/08/00).
- Ley 3/2000, de 29 de junio, de creación del Colegio de Ingenieros en Informática del País Vasco (BOPV: 02/08/00).
- Ley 4/2000, de 30 de junio, por el que se aprueba la liquidación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de euskadi correspondientes al ejercicio 1996 (BOPV: 28/08/00).
- Ley 5/2000, de 30 de junio, por la que se aprueba la liquidación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi correspondientes al ejercicio 1997 (BOPV: 29/08/00).

17.- La Rioja

- Ley 6/1999, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2000 (BOE: 29/12/99).
- Ley 7/1999, de 20 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (BOE: 29/12/99).
- Ley 1/2000, de 31 de mayo, de perros guía de acompañantes de personas con deficiencia visual (BOE: 11/07/00).
- Ley 2/2000, de 31 de mayo, de modificación de la Ley 5/1995, de 22 de marzo, de Protección de los animales (BOE: 11/07/00).
- Ley 3/2000, de 19 de junio, de desarrollo rural de la Comunidad Autónoma de la Rioja (BOE: 11/07/00).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

(De 30 de septiembre de 1999 a 30 de septiembre de 2000)

Enrique Belda Pérez-Pedrero

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha)*

SUMARIO

- Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en este período que afecten a CCAA: 18
- Sentencias que afectan directa y únicamente a Castilla-La Mancha: 0
- Sentencias recaídas en Conflictos de Competencia: 6. Nº: 1, 3, 8, 14, 17 y 18
- Sentencias recaídas en procesos derivados de Recursos de Inconstitucionalidad: 11. Nº: 2, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 15 y 16
- Sentencias recaídas en procesos derivados de Cuestiones de Inconstitucionalidad: 1. Nº: 10
- Sentencias recaídas en procesos derivados de la acumulación de Conflictos de Competencia y de Recursos de Inconstitucionalidad: 0
- Sentencias recaídas en procesos derivados de Recursos de Amparo: 0
- Sentencias competenciales: Todas
- Sentencias sobre instituciones y otros temas: 1. Nº: 9

En el presente apartado del anuario, vamos a realizar una referencia sucinta a las sentencias del Tribunal Constitucional que afecten, con carácter general, a las Comunidades Autónomas. Mencionaremos aquellos datos o criterios jurisprudenciales que parecen destacables con la brevedad que aconseja esta sección. No se realizará el análisis detallado de las normas jurídicas enjuiciadas por el Tribunal en tanto no se refieran directamente a nuestra Comunidad Autónoma. Los números que se indican en el sumario corresponden a una referencia otorgada cronológicamente a cada sentencia.

Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional:

1. La sentencia 175/99 de 30 de septiembre responde al Conflicto de Competencia promovido por el Gobierno Vasco frente a algunos preceptos de una Orden del Ministerio del Interior, de 1989. La pugna se produce en torno al conocimiento de los documentos de control de diversas actividades comerciales con el fin de proteger la seguridad pública (por ejemplo, los registros de coches de alquiler, de los hoteles, de compra y venta de joyas, el desguace de coches...). El Gobierno Vasco, que admite la competencia estatal en materia de Seguridad Pública a partir del art. 149.1.29ª CE, entiende sin embargo que las funciones de control que se abordan en la Orden, es decir, el conocimiento de la información recogida en esos documentos con el fin de averiguar o prevenir delitos, excede de la mencionada competencia. El Tribunal Constitucional estima parcialmente el Conflicto y atribuye al País Vasco la competencia en atención a las concretas funciones, pues si bien la competencia genérica sobre seguridad pública es de titularidad estatal, esta actuación carece de la necesaria relevancia para desplazar una materia de policía (lo que hoy es materia asumida por la Comunidad Autónoma) al Estado. Por el contrario, un voto particular sostiene la dimensión supracomunitaria del control de ciertas actividades (el que alquila un coche en Bilbao puede cometer un robo en Sevilla), y por ello defiende la pertinencia del conocimiento de la información por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado; discrepando de la atribución exclusiva de estas funciones al País Vasco.

2. La STC 176/99 de 30 de septiembre resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra el art. 10.3 de la Ley catalana 12/93 de 4 de noviembre, de creación del Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro, por entender el recurrente que no se pueden trasladar a este organismo las exenciones y beneficios fiscales de los que goza la Generalidad de Cataluña, sin distinguir si se refiere a los tributos de la Comunidad Autónoma o también a los estatales y locales. El Tribunal desestima el recurso acudiendo a su jurisprudencia sobre la interpretación de las normas, señalando que evidentemente se trata sólo de exenciones sobre impuestos de titularidad autonómica.

Un voto particular de tres magistrados discrepa sobre la forma del fallo abogando por haber sustituido la desestimación pura y simple por una sentencia interpretativa, que estiman más acorde con pronunciamientos anteriores (SSTC 5/81 y 341/93, entre otras). Un segundo voto particular discute sobre el fondo, destacando entre otras cosas el carácter no tributario de la norma enjuiciada.

3. La STC 186/99 de 14 de octubre da respuesta al Conflicto de Competencia promovido por el Gobierno catalán contra una orden del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo de 3 de junio de 1992, sobre concesión de subvenciones en relación con el Plan de Promoción de Diseño Industrial. Tras el análisis de la orden, el Tribunal Constitucional adjudica determinadas competencias controvertidas a la Generalidad, en base a su competencia genérica sobre industria, más relacionada con la materia que otras alegadas por el Estado como comercio exterior o reestructuración de sectores industriales; mientras que el Estado conserva las que se dirigen a fomentar la actividad investigadora de los centros de promoción, gracias a la competencia derivada del art.149.1.15 CE, sobre fomento y coordinación general de la actividad científica y técnica (f.j. 11).

Como en otros casos sobre concesión de subvenciones relatados en el presente resumen y en números anteriores del anuario, el pronunciamiento no afecta a situaciones jurídicas consolidadas, generadas por la actuación anterior del Estado, sin que exista anulación de los preceptos que sirvieron de base a tal adjudicación (que además ya estaban derogados) y gozando por ello este pronunciamiento de efectos meramente declarativos (f.j. 13).

4. La STC 207/99 de 11 de noviembre evalúa el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra los artículos 47.3 y 48 de la Ley Foral Navarra 7/1989 de 8 de junio, de Medidas de Intervención sobre Suelo y Vivienda. El Tribunal Constitucional declara nulo el primero de ellos, al observar una invasión en las competencias del Estado cuando impone multas a notarios y registradores de la propiedad que intervengan en la elevación a escritura pública o inscripción registral de viviendas sujetas a derecho de tanteo y retracto sin haberse hecho constar o acreditar debidamente las notificaciones pertinentes a los posibles titulares de esos derechos. Las competencias autonómicas de normación y ejecución en las materias de urbanismo y vivienda (ff.jj. 7º y 8º) o las atribuciones forales sobre notarios y registradores a partir del art. 52.1 LORAFNA (f.j. 9º) no son suficientes para detraer del Estado la competencia exclusiva sobre el régimen disciplinario y correccional de esos profesionales, cuyo estatuto ha de ser regulado por éste en base a los apartados 8 y 18 del art. 149.1 CE. Respecto del segundo artículo, se constata que es lógica la atribución al Consejero autonómico competente, de la capacidad para sancionar en materia de urbanismo, aún cuando no pueda recaer sobre el asunto que trata este recurso (pero, es claro, que sí respecto del resto de sanciones tipificadas por la ley) (f.j. 2º).

5. La STC 208/99 de 11 de noviembre trata los Recursos de Inconstitucionalidad acumulados, que fueron promovidos por los gobiernos catalán y vasco frente a la Ley 16/89 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. El Tribunal declara, tras realizar una llamada general sobre la adecuación constitucional de la Ley (f.j. 7º), la inconstitucionalidad de la expresión contenida en varios artículos de ese texto ("en todo o en parte del mercado nacional") que podía afectar a competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. El Tribunal difiere la nulidad de los artículos que contienen esta frase al momento en el que el Estado establezca los criterios de conexión necesarios para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer las competencias ejecutivas que les corresponden, a fin de no producir un vacío en el ámbito de la defensa de la competencia. No pierde el Tribunal la ocasión de recordar al Estado la provisionalidad de esta situación y su deber de actuar para facilitar esas potestades autonómicas so pena de afectar la lealtad constitucional. (f.j. 8º).

La sentencia adjunta dos votos particulares. El primero, firmado por tres magistrados, sostiene la desestimación total de los Recursos acumulados declarando que en materia de defensa de la competencia tanto la potestad normativa como la ejecutiva pertenecen al Estado. También menciona la no asunción estatutaria de la potestad ejecutiva en este campo por parte de los recurrentes. El segundo, es de carácter concurrente y alerta, entre otras cuestiones, sobre la conexión entre las materias defensa de la competencia y comercio interior, que no tiene porqué existir en todo caso ¹.

6. La extraordinariamente larga STC 233/99 de 16 de diciembre aborda tres Recursos de Inconstitucionalidad, que se acumulan, nacidos de la iniciativa del Gobierno y el Parlamento de Cataluña y de un grupo de Diputados populares de la III Legislatura; frente a la Ley de Haciendas Locales (39/1988 de 28 de diciembre). Once años después de su publicación, el Tribunal repasa numerosos artículos de la misma declarando la inadecuación constitucional del artículo 45.1, y efectuando una interpretación de los arts. 48.1 y 119.3 que salva su compatibilidad con la Carta Magna. La resolución se acompaña de dos votos discrepantes más escuetos.

Pero lo que interesa desde el punto de vista de nuestro resumen anual y con referencia a la necesaria limitación de espacio, es la declaración del art. 167, en

1. Ver Biglino Campos, P.: *Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/99, sobre la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia*. REDC nº 59. 2000. Pág. 303 y ss.

sus apartados 2 y 3, de la Ley de Haciendas Locales, como no básico. Ello quiere decir que la legislación estatal se excedió al ofrecer a las entidades locales la posibilidad de creación de las denominadas Unidades de Ordenación de Pagos, bajo supervisión de los presidentes de las corporaciones, con funciones administrativas en esa materia; así como la creación de Unidades Centrales de Tesorería, en las entidades donde residan más de 500.000 habitantes de derecho. Estima el Tribunal que se trata de órganos prescindibles dentro de la organización administrativa local sobre la materia, y que por tanto sería susceptible de legislación autonómica de desarrollo (f.j. 38).

7. La STC 235/99 de 16 de diciembre resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente a diversos preceptos de la Ley 3/94 de adaptación de la legislación española en materia de entidades crediticias a una Directiva europea de coordinación bancaria. El Tribunal resuelve que la DA 1ª, apartado 5 de la norma estatal vulnera las competencias de Cataluña en materia de establecimientos financieros y de crédito al remitirse al articulado de la Ley 26/88 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Ya en la STC 96/96 el Tribunal se pronunció sobre la necesidad de que el legislador estatal clarificara cuál había de ser la legislación básica estatal sobre disciplina e intervención de las entidades crediticias que no fuesen cajas de ahorro, cuando declaró la inconstitucionalidad del art. 42 de la Ley 26/88 (que generaba una asunción de competencias para el Estado sobre el régimen de sanciones respecto de entidades financieras o de crédito que no fueran cajas de ahorro, negando implícitamente toda competencia en este campo a las Comunidades Autónomas). Así pues, ha de declarar la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional de la Ley 3/94, pero no su nulidad, lo que llevaría a un vacío normativo. Por ello, ante esta anómala situación y para evitar erigirse en legislador positivo el Tribunal vuelve a recordar a las Cortes Generales la intervención sobre el tema como ya hiciera tres años antes (ff.jj. 12 y 13). La resolución se acompaña de dos votos particulares, uno de los cuales firma el Magistrado Jiménez de Parga, defendiendo la pertinencia de la intervención estatal, a través del Banco de España, sobre las materias y entidades objeto de la controversia.

8. La STC 242/99 de 21 de diciembre responde a los Conflictos de Competencia (acumulados), promovidos por el Gobierno catalán respecto de algunas Órdenes y Resoluciones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo sobre subvenciones que datan de 1992 y 1996. El Tribunal, tras repasar la distribución competencial en la materia, analizando puntualmente el objeto de cada una de las ayudas gestionadas por el denominado Plan Futures, otorga la

razón en buena parte de sus alegaciones a la Generalidad, declarando que se vulneraba con la citada normativa estatal el ámbito de decisión de esta Comunidad Autónoma. En la mayoría de los casos, la capacidad de subvencionar reside en Cataluña como consecuencia de sus títulos competenciales sobre turismo, desarrollo de la actividad económica, comercio, e investigación científica y técnica. El Tribunal, no obstante, advierte en línea con anteriores pronunciamientos que, en ocasiones, los recurrentes han de conformarse con el reconocimiento de su competencia pero sin afectar las situaciones jurídicas consolidadas como consecuencia de la actuación de la administración incompetente, por lo que tampoco en este caso se van a anular las correspondientes normas estatales (f.j. 21).

9. La STC 15/2000 de 20 de enero atiende el Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno frente a la Ley Foral de Navarra 9/91, que modifica el art. 20.8 de la Ley Foral 23/83 de Gobierno y Administración de esa Comunidad. La nueva redacción de 1991 trata de regular en aras de la estabilidad institucional, el nombramiento del Presidente de la Comunidad Foral cuando transcurrido el plazo de dos meses a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato obtuviera la confianza de la Cámara. La solución del legislador navarro es que el Presidente del Parlamento Foral propone al Rey el nombramiento del candidato designado por el Partido, Federación, Agrupación o Coalición con mayor número de escaños y en caso de empate en número de actas, por el más votado de los igualados. En Castilla-La Mancha, efectivamente también conocemos la solución institucional similar, ante la imposibilidad de otorgar la confianza a un candidato en un tiempo prudencial, de resolver la crisis apelando al candidato del Partido con mayor número de escaños (art. 14.5 EACL M). En esta ocasión, el Tribunal, tras recordar su conocida sentencia 16/84 donde se abordaba el procedimiento de nombramiento presidencial (en la que destacó el mantenimiento de la voluntad popular en todo momento, una vez no alcanzadas las mayorías parlamentarias, y donde justificó la referencia a los candidatos presentados por los partidos con más escaños), muestra con claridad que el objeto de este proceso es la incorporación a la palabra partido (que se recogía en la LORAFNA –Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra– como destinatario único de la posibilidad de proponer al candidato cuando no hubiera obtenido la confianza) de los términos agrupación, coalición o federación de partidos, como proponentes. Para el Constitucional, ello no supone modificación alguna de la LORAFNA porque se trata de extender a estas figuras canalizadoras de la voluntad popular, los mismos caracteres que a los partidos, no habiendo lugar a considerar las opiniones, en este caso del Abogado del Estado, que argumentan una pretendida diferencia cualitativa entre partidos y las otras figuras. Así, una Ley Foral puede

acordar el cambio de esa norma con una finalidad aclaratoria, sin la intervención de las Cortes Generales sobre el Estatuto. El Recurso es desestimado.

Sin embargo desde un punto de vista formal cabe pensar que el legislador podría estar interpretando normas de su propio Estatuto (en este caso de la LORAFNA), si bien ello es consecuente con la opinión del Tribunal, que señala que toda norma autonómica puede llevar implícita una interpretación de determinados preceptos o conceptos estatutarios. En cuando al fondo del asunto, también habría que destacar el poder que asumen los partidos en casos de minoría parlamentaria mediando estas circunstancias, en la designación de candidato; así como las diferencias de organización y funcionamiento entre partidos y otras formas de canalización de la voluntad popular como las agrupaciones de electores. Ambas cuestiones son temas abiertos al análisis y las opiniones doctrinales².

10. La STC 73/2000 de 14 de marzo evalúa una Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional sobre diversos preceptos de la Ley Foral de Navarra 9/96 de 17 de junio, de espacios naturales protegidos. La resolución es interesante aunque ajena al objetivo de la presente reseña, pues aunque trata la constitucionalidad de una ley autonómica, se centra más en cuestiones relativas a las fuentes del derecho y los derechos fundamentales. La mencionada Sala imputa al legislador navarro la vulneración del art. 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), y del art. 24 CE en cuanto a que se impide mediante diversos cambios legislativos contenidos en la norma cuestionada la ejecución de una resolución judicial. También se pone en tela de juicio la posibilidad de abordar mediante norma con rango de ley, una materia tratada con anterioridad mediante reglamento.

El Tribunal Constitucional desestima la Cuestión tras constatar la inexistencia de arbitrariedad en legítimo uso de la legislación por parte de una Comunidad Autónoma, dentro del campo de sus competencias (ff.jj. 6 a 8). El art. 24.1 CE tampoco se vulnera en su aspecto de derecho a la ejecución del contenido de las sentencias porque una de ellas devenga en inejecutable, siempre que la actividad del legislador al incidir sobre este derecho tenga una finalidad racional, para proteger bienes o valores constitucionalmente amparados (en este caso el principio

2. Me remito especialmente a los comentarios sobre esta resolución de los profesores Ortega Santiago (pág. 345 y ss.), Duque Villanueva (págs. 266 y ss., 285 y ss.) y Terol Becerra (pág. 276 y ss.); en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 59 del 2000, págs. 345 y ss.

del art. 45 CE sobre protección del medio ambiente, f.j.10), y sea proporcionada en su actuación respecto a los fines que pretende conseguir, lo que es el caso a juicio del Tribunal Constitucional (f.j. 13). Se concluye afirmando que las finalidades perseguidas por la legislación y por la resolución judicial que deviene en inejecutable son las mismas (garantizar unas zonas de protección medioambiental).

Finalmente, el Tribunal mantiene que no existe una reserva reglamentaria que impida al legislador actuar sobre una materia regulada antes por reglamento. Además, ello no supone privar de control los actos contenidos en esa materia, que serán evaluados por el TC, como ha determinado el constituyente.

11. La STC 74/2000 estudia el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, frente al art. 32 de la Ley murciana de Promoción y Participación Juvenil 8/95, al entender que las exenciones tributarias reconocidas por el citado artículo a favor del Consejo Regional de la Juventud (haciendo extensión de cualesquiera exenciones reconocidas a la Comunidad Autónoma), son contrarias al ámbito de disposición tributario, que se reserva al Estado. Como sucede en la STC 176/99 (ver el número dos de la presente relación de sentencias), interpreta que el citado beneficio ha de referirse exclusivamente a los tributos autonómicos, conforme a las competencias asumidas (f.j.3º).

12. La STC 90/2000 atiende el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno frente a distintos apartados de dos anexos de la Ley canaria 11/90, de Prevención del Impacto Ecológico. En este caso, las partes que intervienen no ponen en duda sus respectivos títulos competenciales (legislación básica sobre protección del medio ambiente del art. 149.1.23 CE, el Estado; y desarrollo legislativo y ejecución en materia de medio ambiente del art. 32.12 EA de Canarias, la Comunidad). Lo que se discute es si los preceptos legales contenidos en los anexos respetan la legislación básica, siendo compatibles con ella sin ignorar, contradecir, reducir o limitar ésta (f.j. 3º, en base a la STC 170/89). El Tribunal Constitucional desestima el recurso entendiendo que la norma autonómica ha dividido en tres niveles de protección lo que la legislación del Estado atiende en una única categoría (f.j. 8º); Concluye, pues, que no existe una mengua en la protección medioambiental.

13. La STC 105/2000 resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados frente a varios artículos de la Ley Orgánica 16/1994 que modificaba la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. La Generalidad de Cataluña comparece como coadyuvante. Vamos a referirnos a los

aspectos de esta resolución con relevancia autonómica y, en especial, al repaso que realiza de la doctrina sobre reparto competencial en materia de Administración de Justicia.

La doctrina del tribunal al respecto arranca de las SSTC 56 y 62 de 1990: el art. 149.1.5 CE reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia. La Justicia se imparte por el Poder Judicial, único, que juzga y hace ejecutar lo juzgado (art. 117.5 CE), y el gobierno de ese Poder corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 CE). Pero junto a este núcleo esencial de la Justicia, existe un conjunto de medios personales y materiales al servicio de ella. Sobre esto cabe, pues, una capacidad organizativa que realizará la Administración del Estado, o bien la de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la materia en virtud de las cláusulas subrogatorias, ejercitando éstas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial, reservan o atribuyen al Gobierno del Estado. En cualquier caso, nunca pueden entrar las Comunidades en el núcleo estricto de la competencia Administración de Justicia, ni en los asuntos relativos a medios materiales o personal (administración de la Administración de Justicia), cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial reserve al Gobierno Central expresamente algunos de sus aspectos. Tampoco pueden extralimitarse del ámbito de su territorio, afectando con sus prescripciones a instituciones de ámbito territorial superior relacionadas con la Justicia (p.e. el Instituto de Toxicología o los temas de cooperación jurídica internacional), ni disfrutar competencias legislativas (sólo de ejecución simple y reglamentaria (f.j. 2º)).

Realizado este repaso, estima parcialmente el recurso, efectuando una interpretación de tres preceptos de la Ley Orgánica 16/94 ajustándose a los anteriores parámetros, en los que deja clara la competencia estatal en los asuntos que afecten al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia (f.j. 5); y aclara el significado de otros preceptos sobre afectación de ciertas condiciones accesorias atinentes a los derechos y deberes de jueces y magistrados (f.j. 10) y sobre traducción de documentos en lenguas autonómicas (f.j. 12).

Se acompañan a la Sentencia dos votos particulares que critican la utilización de las sentencias interpretativas así como la doctrina del tribunal en la materia; y también la desfiguración que la misma produce, a su juicio, en el diseño constitucional del Poder Judicial y su Consejo.

14. La STC 148/2000 de 1 de junio estudia el Conflicto de Competencia promovido por el Gobierno catalán contra el Real Decreto 769/1993, por el que se aprobó el Reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, estimando que se invade su competencia sobre materia espectáculos y también sobre la denominada creación de su propia policía (arts. 9.31, 13 y 14 del EA, respectivamente). El Tribunal desestima el Conflicto tras repasar el contenido de todo el Reglamento, incluyendo la mayor parte del mismo dentro de la competencia estatal sobre seguridad pública. Destacaríamos de las palabras del Tribunal, la afirmación genérica sobre la norma evaluada: no contiene ningún extremo que discipline actividades deportivas en concreto, ni el régimen jurídico general al que deben someterse los clubes, federaciones o ligas, ni tampoco al desarrollo estrictamente deportivo de las competiciones. La finalidad del Estado ha sido regular la responsabilidad de los organizadores de espectáculos deportivos, en lo que se refiere a prevención de la violencia, acceso a recintos, venta de entradas, condiciones de envases transportados por el público y funciones del personal de seguridad (f.j. 4º). La competencia autonómica en materia deportiva o de espectáculos no conlleva que en cuestiones de esta índole esté vetada la intervención del Estado (f.j. 6º). La acción estatal en este campo admite la actuación policial autonómica cuando tenga una Comunidad competencia para ello, compartiendo una finalidad protectora común como es la protección de personas y bienes.

Un voto particular de la Magistrada Casas estima que los fundamentos contenidos en esta sentencia, los cuales comparte, no se han proyectado adecuadamente sobre algunos artículos del Reglamento, apareciendo según su criterio una predeterminación de ciertas funciones de la policía autonómica como consecuencia de la norma estatal, con la consiguiente invasión competencial.

15. La STC 166/2000 de 15 de junio trata el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra algunos preceptos de la Ley Foral navarra 2/1993 de Protección y Gestión de la Fauna Silvestre y sus Hábitats. El Tribunal anula varios de estos preceptos a la luz del encuadramiento de los mismos dentro de la competencia estatal sobre legislación, regulación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.22 CE), que debe prevalecer sobre las autonómicas de pesca fluvial o medio ambiente; conforme a una reiterada jurisprudencia en la que se ha mantenido que la atribución de competencia a una Comunidad sobre un ámbito físico determinado no impide actuaciones estatales con distinto contenido jurídico; por lo que precisamente son necesarios mecanismos de coordinación y cooperación (SSTC

149/1991 o 110/1998, entre otras) (f.j.3º). El Tribunal salva la constitucionalidad de los preceptos cuya única finalidad es la protección del medio ambiente (p.e. el art. 47 de la norma foral, f.j. 10º), e interpreta uno de sus artículos (concretamente el 40) buscando su permanencia mediante la delimitación del alcance temporal de las condiciones de las concesiones hidráulicas a las que se refiere.

16. La STC 180/2000 de 29 de junio evalúa el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de Senadores del Partido Popular frente a la Ley riojana 2/93 de 13 de abril, de Presupuestos. La sentencia anula el art. 37 del texto autonómico por considerar que la determinación y regulación de unas multas (en castigo por el arranque de plantaciones que no se haya autorizado, o cuando proceda que la administración regional tenga que ejecutar forzosamente obras, derribos o demoliciones), no forma parte del núcleo esencial, mínimo e indisponible de las leyes de presupuestos; ni tampoco de su contenido accidental, ya que no es materia conectada con el contenido propio de un presupuesto o complemento del mismo para su mejor inteligencia y ejecución, ni tales medidas pueden considerarse como un instrumento de política económica (f.j. 6).

La resolución se acompaña de dos votos particulares. El Magistrado Cruz Villalón mantiene la línea expresada en la reciente STC 32/2000 (que a su vez deriva de los criterios mantenidos por el ex Magistrado López Guerra en la STC 76/1992), sobre la imposibilidad de apreciar vicio de inconstitucionalidad en virtud del tipo de materias sobre las que verse la norma, por más que pueda criticarse su adecuación técnica. Otros dos Magistrados, emiten un segundo voto sobre un interesante tema como es la falta de legitimación de los Senadores recurrentes, que merece por un momento nuestra atención: Jiménez de Parga, su redactor, sostiene que los senadores designados por la Comunidad Autónoma, no están habilitados para impugnar leyes de su propio Parlamento (Un Senador de La Rioja era uno de los cincuenta y cinco firmantes del Recurso), primero porque iría en algún caso contra sus propios actos; segundo por la singularidad de su estatuto en extremos como el distinto mandato y origen; tercero, por que representan a una Cámara concreta en cuyas competencias no está recurrir sus propias leyes ante el Tribunal; cuarto, porque constituye un medio fraudulento, dice, de superar las minorías parlamentarias en el seno de una Comunidad, ayudándose de medios externos (el grupo de senadores) y faltando a la lealtad institucional que se exige a un representante; y quinto y último, la falta de legitimación de este Senador impediría aceptar el recurso por contaminar al resto del colectivo. Entiendo de difícil asunción el contenido de este voto particular, desde múltiples perspectivas, algunas de ellas jurídicas (STC 27/1981: el voto favorable a una ley, no priva de la legitimación para recurrirla posteriormente; los lími-

tes a los senadores que señala el magistrado no tienen el más mínimo apoyo normativo; el resto de senadores pueden recurrir sin problemas la norma) y otras políticas (es inadecuado presumir que quien pertenece a la minoría de una Cámara no pueda expresarse en contra de la mayoría desde otras instancias).

17. La STC 190/2000 de 13 de julio estudia el Conflicto de Competencia promovido por el Gobierno de Cataluña contra una Orden Ministerial del año 1992, sobre medidas de adaptación a la competencia internacional y diversificación de zonas con implantación de industria textil-confección. El Tribunal adjudica a Cataluña alguna de las acciones sujetas a controversia (subvenciones al sector), que se encuadran en su competencia sobre industria, y escapan de las estatales de comercio exterior o reestructuración de sectores industriales. Ante la pugna competencial entre industria y comercio exterior, se recuerda una doctrina anterior (SSTC 21/1999 o 242/1999 -ver nº8 de la presente relación-, entre otras) que mantiene la exclusión de las subvenciones del ámbito material del comercio exterior (f.j. 4º). Por otra parte, y sobre otros extremos contenidos en la Orden, el Tribunal distingue entre la competencia autonómica sobre industria, y la de la estatal sobre reestructuración de sectores industriales, estableciendo su alcance en base a una reiterada doctrina: la primera consiste en la facultad de ordenar los sectores industriales y regular los procesos industriales o de fabricación; mientras que la segunda persigue adaptar las dimensiones, la capacidad productiva y las características técnicas de las empresas a las exigencias de viabilidad que imponen los mercados nacionales e internacionales (f.j. 6º).

Un extenso voto particular concurrente del Magistrado Rafael de Mendizábal, amplía ciertos aspectos de los fundamentos jurídicos relativos al control y fiscalización del gasto público.

18. La STC 192/2000 de 13 de julio trata el Conflicto de Competencia promovido por el Gobierno frente a una Comunicación de un Director General de la Junta de Extremadura, fechada el 2 de noviembre de 1998, y dirigida al Presidente del Tribunal Económico-Administrativo Regional, en la que se afirma la falta de competencia de ese órgano para conocer las reclamaciones sobre tributos cedidos y gestionados por la Comunidad Autónoma (y como consecuencia también se niega la competencia del Tribunal Central); una vez entró en vigor la Ley extremeña 7/98, de medidas urgentes en materia de Tasas y Precios Públicos. El Estado observa una vulneración de su ámbito competencial tributario, a partir de los arts. 133.1 y 149.1.14 CE, y de otras normas legales e infra-legales vigentes. El Tribunal declara la capacidad de la Junta de Extremadura para no someter al mencionado órgano los recursos sobre recargos autonómicos

en los tributos del Estado, pero estima el conflicto, declarando la competencia estatal (que conlleva el conocimiento por parte del Tribunal Económico-Administrativo Regional) sobre los tributos cedidos. Ello supone que se declare, consiguientemente, inconstitucional, el precepto de la Ley autonómica 7/98 (la D.A. 5^a) que adjudicaba el conocimiento de las reclamaciones económico- administrativas en expedientes relativos a tributos cedidos, a la Junta Económico-Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Por tanto, la Comunicación del Director General que da pie al conocimiento del tema, se declara como vulneradora de las competencias del Estado.

ACTIVIDAD DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA

(De 1 de octubre de 1999 a 30 de septiembre de 2000)

F. Javier Díaz Revorio y María Martín Sánchez

(Universidad de Castilla-La Mancha)

SUMARIO

1.- Actividad legislativa

A. Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento

B. Leyes financieras o presupuestarias

C. Leyes sobre servicios públicos

D. Leyes de protección de determinados bienes jurídicos

2.- Actividad de control y orientación política

Si hubiera que destacar un hecho fundamental para Castilla-La Mancha en el período al que se refiere esta crónica, éste sería muy probablemente la transferencia de las funciones y servicios en materia de enseñanza no universitaria, que se produjo efectivamente el 1 de enero del año 2000. Como no podía ser de otro modo, esta circunstancia tiene un evidente reflejo en la actividad de las Cortes regionales, tanto por lo que se refiere al ámbito legislativo –con aprobación de la Ley del Consejo Escolar– como en la actividad no legislativa, especialmente a través de la celebración de varios Debates Generales referidos a la educación.

Pero igualmente conviene señalar otros “temas estrella” que en este período han ocupado a las Cortes, como pueden ser los relativos a la televisión (hay que significar en este ámbito la creación por Ley de la Televisión autonómica, o los debates sobre las televisiones locales), o las infraestructuras, muy especialmente el futuro trazado del AVE de Levante a su paso por nuestra Comunidad Autónoma. Por lo demás, la actividad del Parlamento autonómico se ha centrado también en otros aspectos que vienen siendo objeto de su preocupación desde hace muchos años, como el agua (hay que mencionar expresamente el vertido de fuel-oil en el río Tajo producido en agosto del 2000, que fue objeto de un pronunciamiento de la Cámara), las prestaciones sociales o la protección de espacios naturales.

En fin, las relaciones entre los dos únicos grupos parlamentarios que componen la Cámara han oscilado en este período entre la unanimidad en algunas cuestiones, y los enfrentamientos más o menos agrios en temas que no han sido objeto de acuerdo.

Hay que indicar que en el período de esta crónica no se ha celebrado ningún “debate sobre el estado de la Región”, ya que en 1999 éste no tuvo lugar por la celebración de elecciones autonómicas, y el correspondiente al año 2000 se produjo en el mes de octubre, y por lo tanto será objeto de la crónica del próximo número de este Anuario. En consecuencia, esta reseña incluye solamente los dos bloques materiales “fijos”, referidos a la actividad legislativa, por un lado, y a la de control y orientación política, por otro.

1.-Actividad legislativa

En este período, las Cortes de Castilla-La Mancha, han aprobado tan sólo un total de seis Leyes, de las cuáles dos fueron aprobadas durante el último trimestre de 1999, y las cuatro restantes durante los tres primeros trimestres del 2000.

Estamos ante una cifra poco relevante, si la comparamos con la de períodos anteriores. Pero hay que tener en cuenta que el lapso temporal al que se refiere esta crónica se inicia muy poco después del primer período de sesiones tras la celebración de elecciones autonómicas (en el que la producción legislativa no suele ser muy intensa), y concluye con el fin del tercer trimestre del año 2000, momento a partir del cual el debate y aprobación de leyes se intensificó, hasta cerrar el año 2000 con un total de trece, número que coincide exactamente con el total de las aprobadas en 1999. La diferencia entre ambos años estriba por tanto en que el período más intenso de aprobación de leyes fue en 1999 el segundo semestre, que coincidía con el final de la legislatura, mientras que en el año 2000 el mayor número de leyes se ha centrado en el cuarto trimestre, que queda ya fuera del ámbito temporal de esta reseña.

En cuanto a los contenidos de las leyes aprobadas, hay que destacar especialmente las dos que luego comentaremos en el apartado relativo a los servicios públicos, en cuanto que afectan a la educación y a la televisión, creando el Consejo Escolar de Castilla-La Mancha y el Ente Público “Radio-Televisión de Castilla-La Mancha”, respectivamente. También es de gran trascendencia la Ley que declara el Parque Natural del Alto Tajo. De las tres restantes, una es la obligada Ley de Presupuestos, y las otras dos modifican leyes anteriores. En todo caso, hay que reconocer que tanto cuantitativa como cualitativamente el período analizado no es equiparable en importancia a otros anteriores.

Antes de comentar brevemente cada una de las leyes aprobadas, vamos a mencionarlas por orden cronológico, tal y como viene siendo costumbre en esta crónica:

- Ley 12/1999, de 3 de diciembre de 1999, por la que se crea el Consejo Escolar de Castilla-La Mancha. (BOCCM nº 24, de 10 de diciembre de 1999, DOCM nº 77, de 17 de diciembre de 1999; BOE de 14 de enero de 2000).

- Ley 13/1999, de 16 de diciembre de 1999, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2000 (BOCCM. nº 28, de 23 de diciembre de 1999; DOCM nº 81, de 24 de diciembre de 1999; BOE de 14 de enero de 2000).

- Ley 1/ 2000, de 6 de abril de 2000, por la que se declara el Parque Natural del Alto Tajo (BOCCM nº 42, de 11 de abril de 2000; DOCM nº 43, de 5 de mayo de 2000; BOE de 4 de julio de 2000).

- Ley 2/2000, de 26 de mayo de 2000, por la que se modifica la Ley 6/1997, de 10 de julio, de Hacienda de Castilla-La Mancha. (BOCCM. nº 49, de 29 de mayo de 2000; DOCM nº 53, de 1 de junio de 2000; BOE de 4 de julio de 2000).

- Ley 3/2000, de 26 de mayo de 2000, de Creación del Ente Público de Radio-

Televisión de Castilla-La Mancha. (BOCCM, nº 49, de 29 de mayo de 2000; DOCM nº 53, de 1 de junio de 2000; BOE de 4 de julio de 2000).

- Ley 4/2000, de 7 de junio de 2000, de Modificación de la Ley 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. (BOCCM, nº 51, de 9 de junio de 2000; DOCM nº 62, de 23 de junio de 2000; BOE de 23 de agosto de 2000).

A. Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento.

Ley 4/2000, de 7 de junio de 2000, de modificación de la Ley 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Conviene destacar que esta Ley ha sido aprobada por unanimidad, al igual que la Ley que es reformada por ella (conviene recordar que el art. 13.2 del Estatuto exige mayoría de tres quintos para aprobar la Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo). El objeto de la modificación es corregir algunos aspectos que no quedaron suficiente o adecuadamente regulados en su momento en la Ley, de manera que la mayoría de las modificaciones no suponen alteración de entidad en cuanto al fondo, sino más bien correcciones que afectan a aspectos sistemáticos o a conexiones de esta Ley con otras normas.

La nueva Ley es de artículo único estructurado en once apartados, que proceden a modificar o añadir algunos apartados de varios: art. 9 (en referido a los medios materiales y personales de los que dispondrán los ex-Presidentes de la Junta durante un período equivalente a la mitad del tiempo durante el que desempeñaron el cargo); art. 35.3 (se introduce la mención expresa del informe del Consejo Consultivo como documento que ha de acompañar a los Proyectos de ley presentados a las Cortes); art. 36.5 (el Consejo de Gobierno debe remitir a las Cortes los dictámenes del Consejo Consultivo sobre Reglamentos o disposiciones de carácter general dictados en ejecución de las leyes); art. 41 (en lo que atañe a ciertas cuestiones relacionadas con el cómputo del mandato de los miembros natos del Consejo Consultivo, y a la posibilidad de que éstos regresen al Consejo tras abandonar un cargo incompatible, si es que aún les queda tiempo por cumplir dentro de su mandato); art. 42 (la elección del Presidente del Consejo Consultivo se realizará sólo por y entre los miembros electivos, y no por todos los miembros); art. 48.1 (se aumentan las incompatibilidades de los miembros del Consejo); art. 48.4 (relativo a las remuneraciones de los miembros del Consejo, equiparándose legalmente la del Presidente a la de los Consejeros autonómicos, y las de los Consejeros del Consejo Consultivo a las de Viceconsejeros del Gobierno regional); art. 54.9.a (el Consejo sólo deberá ser consultado en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial si su cuantía es

superior a cien mil pesetas); art. 58.1 (tras la reforma se permite que el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo sea modificado, no sólo por la Ley de Presupuestos como se establecía anteriormente, sino también por acuerdo del Consejo de Gobierno a propuesta del Consejo Consultivo).

B. Leyes financieras y presupuestarias.

Ley 13/1999 de 16 de diciembre de 1999, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2000.

El eje central de los Presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha es contribuir al desarrollo económico y social de la Región, centrándose en especial en la creación de empleo. Para el Presupuesto de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se aprueban créditos por un importe global de 436.010.030.000 pesetas (frente a 424.677.585.000 pesetas del anterior Presupuesto), que se financiarán con los derechos económicos a liquidar durante el ejercicio (424.537.586.000 pesetas), y con el importe de las operaciones de endeudamiento (11.472.444.000 pesetas).

La política presupuestaria llevada a cabo es una continuación de la anterior, ya que se basa en los mismos grandes objetivos, y articula un conjunto de políticas específicas que aseguran la continuación del proceso de cohesión económica y social de Castilla-La Mancha como Región, en el escenario definido por el Proyecto de Integración Europea. Los Presupuestos Generales previstos para el año 2000 prevén la participación de Castilla-La Mancha en las iniciativas y políticas europeas de cohesión territorial y desarrollo regional que se apliquen en los próximos años.

El 2000 es el inicio del nuevo período de planificación regional y de programación de los fondos europeos, y las nuevas orientaciones y preocupaciones comunitarias se ven reflejadas por primera vez en este ejercicio presupuestario. Sin embargo, esto no hace variar los objetivos centrales de la política presupuestaria del Gobierno Regional, que siguen siendo los mismos tanto a medio como a largo plazo: la creación de empleo en la Región. Para alcanzar estos objetivos, los criterios de la Administración regional siguen siendo la austeridad y la contención del gasto de su funcionamiento y, al igual que en ejercicios anteriores, un escaso nivel de endeudamiento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En cuanto al aspecto organizativo y competencial, se tiene en cuenta la nueva estructura orgánica de la Junta de Comunidades, por la reorganización llevada a

cabo tras las elecciones autonómicas (en particular, conviene recordar que la anterior Consejería de Educación y Cultura se dividió en dos nuevas Consejerías, antes de recibir el traspaso de funciones y servicios en materia de enseñanza no universitaria).

Otra de las novedades incluidas en la elaboración de los Presupuestos Generales para el 2000 es la inclusión en estos del Instituto de la Vid y del Vino de Castilla-La Mancha, como organismo autónomo adscrito a la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente. Del mismo modo se incorporan los Presupuestos de la Sociedad Mercantil “Agencia de Gestión de la Energía de Castilla-La Mancha”.

En el Título III (“de los créditos de personal”), en su Capítulo I, se recoge el régimen retributivo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sometido y no sometido a la legislación laboral, del personal funcionario, de los altos cargos, de los funcionarios interinos y del personal eventual, de los sanitarios locales y del personal laboral y, establece con carácter general para todos ellos un incremento global máximo del 2% en relación con el año anterior. El Capítulo II del mismo Título, referido a “otras disposiciones en materia de personal”, recoge competencias en materia de relaciones de puestos de trabajo, convocatorias de plazas para nuevo personal, anticipos de retribuciones, limitación del aumento de gasto de personal, indemnizaciones por razón de servicio, prohibición de ingresos atípicos, contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones, autorización de los costes de personal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Ley 2/2000, de 26 de mayo de 2000, por la que se modifica la Ley 6/1997, de 10 de julio, de Hacienda de Castilla-La Mancha.

La modificación de la Ley 6/1997 se justifica porque en los dos últimos años se han ido creando diferentes entes instrumentales del Sector Público Regional, produciéndose así un fenómeno de “descentralización funcional”, con la consiguiente modificación del sector público regional y la exigencia de una regulación del mismo en sus aspectos presupuestario, financiero, de control y rendición de cuentas. Estos nuevos entes instrumentales, creados después de la aprobación de la Ley de Hacienda, son las empresas públicas de Gestión de Infraestructuras y Agencia de la Energía de Castilla-La Mancha, y el Instituto de la Vid y del Vino de Castilla-La Mancha, regulados respectivamente por la ley que los crea. La nueva ley modifica, en veintiocho apartados, algunos de los artículos y disposiciones de la anterior legislación; se contiene también una Disposición Derogatoria y una Disposición Final. La mayor parte de las modifi-

caciones están dirigidas precisamente a incorporar a la Ley la regulación financiera y presupuestaria de los organismos autónomos y entidades y empresas públicas. Destacaremos sólo algunas de estas modificaciones.

Para empezar, se modifica el art. 4, incluyendo expresamente en el sector público regional, a efectos de la aplicación de la Ley de Hacienda, a los organismos autónomos, así como las entidades y empresas públicas dependientes de la Administración. Por su parte, el nuevo artículo 9 bis especifica las funciones de los organismos autónomos, y el art. 34 se reforma para incluir expresamente en el contenido de los Presupuestos Generales de la Junta a los organismos autónomos y empresas públicas. El art. 39.2 prevé que las Consejerías remitan anualmente a la Consejería de Economía y Hacienda los presupuestos de los organismos autónomos a ellas adscritos; las empresas públicas y el resto de las entidades del sector público regional remitirán directamente el Anteproyecto de sus presupuestos a la Consejería de Economía y Hacienda.

En relación a los créditos, el art. 50 en su nueva redacción establece las disposiciones que han de seguirse en el caso de que sea necesario un crédito extraordinario o un suplemento del crédito en un organismo autónomo, y éste no suponga aumento de los créditos de los Presupuestos Generales ni supere el 5% del presupuesto de gastos del organismo autónomo. El art. 57.4 dispone que corresponde a los presidentes o directores de los organismos autónomos autorizar modificaciones presupuestarias en los mismos supuestos en que la competencia se atribuye a los titulares de las Consejerías; por su parte, el art. 61.2 les encomienda la autorización y disposición de gastos, así como el reconocimiento de obligaciones e interesar de la Consejería de Economía y Hacienda la ordenación de los correspondientes pagos, salvo en los casos reservados por ley al Consejo de Gobierno.

También se reforman, entre otros, el art. 87, referido a las operaciones financieras de la Junta y de otros Entes del sector público regional, 95, en relación con la función interventora, o 102, al que se le añaden dos apartados referidos al control financiero de las entidades y empresas públicas.

Los artículos 107 y 108, relativos a la contabilidad pública y la rendición de cuentas, son objeto de amplia reforma. A tenor del art. 107, en su nueva redacción, la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos, las empresas y las demás entidades públicas que integran el sector público regional quedan sometidas a la obligación de rendir cuentas a la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha, por conducto de la

Intervención General. La Administración y sus organismos autónomos formarán y rendirán sus cuentas de acuerdo con los principios y normas de contabilidad recogido en el Plan General de Contabilidad Pública que resulte aplicable; en cambio, las empresas públicas formarán y rendirán sus cuentas de acuerdo con los principios y normas del Plan general de Contabilidad vigente para la empresa española; y las restantes entidades públicas lo harán de acuerdo con el Plan general de Contabilidad Pública aplicable a la Administración de la Junta, con las únicas excepciones previstas expresamente en la Ley. Por su parte, la nueva redacción del art. 108 establece que serán sujetos obligados a rendir cuentas de dichas entidades y órganos sus titulares, y en todo caso: las autoridades y funcionarios encargados de la gestión de los ingresos y la realización de los gastos, así como las demás operaciones de gestión de la Administración de la Junta, los presidentes o directores de los organismos autónomos y demás entidades públicas que integran el sector público regional, los presidentes del consejo de administración de las empresas públicas y los liquidadores de las empresas públicas en proceso de liquidación. El mismo art. 108, en su apartado cuarto, establece que los perceptores o beneficiarios de ayudas con cargos a los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, ya sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, también están obligados a rendir cuentas de dichas ayudas ante la Sindicatura de Cuentas.

En fin, el art. 114 obliga a incluir en la Cuenta General de la Junta de Comunidades, junto a la cuenta de la Administración regional, la de sus organismos autónomos y, en su caso, la de las entidades y empresas del sector público regional incluidas en el régimen de contabilidad pública.

La reforma añade también varias disposiciones adicionales a la Ley. Puede destacarse la nueva Disposición Adicional Quinta, por la que se da autonomía a los centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la gestión de sus recursos, y se establecen criterios sobre los libramientos de fondos. Se dispone también que los ingresos que los centros puedan obtener por la prestación de servicios no remunerados por precios públicos, y los ingresos de derecho privado, podrán aplicarse a sus gastos de funcionamiento. Estos centros docentes tendrán que rendir cuentas de su gestión ante la Consejería de Educación, y la Consejería de Economía y Hacienda determinará la estructura y periodicidad de tal cuenta de gestión.

C. Leyes sobre servicios públicos.

Ley 12/1999 de 3 de diciembre, por la que se crea el Consejo Escolar de Castilla-La Mancha.

La tramitación parlamentaria de esta Ley coincidió con los últimos momentos del proceso negociador que condujo al acuerdo sobre el traspaso de funciones y servicios en materia de enseñanza no universitaria. La relación de la Ley con la en aquel momento inminente asunción efectiva de las competencias en la materia es clara. Por lo demás, esta Ley da cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo de Bases sobre las competencias educativas y pacto por la educación en Castilla-La Mancha, y en concreto al punto 4 del capítulo 2 (“Acuerdo de bases sobre el diálogo y la participación en la educación en Castilla-La Mancha”), en el que se señala que “las partes que suscriben este documento acuerdan la creación del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha durante el proceso de transferencias educativas con el fin de que se encuentre en funcionamiento en el momento en que sean efectivas las mismas”.

El objetivo de la Ley al crear el Consejo Escolar es, por tanto, “canalizar y garantizar, a través del mismo, la participación efectiva de todos los sectores sociales afectados en la programación general de las enseñanzas previas a la Universidad en nuestra Región”, en palabras de su Exposición de Motivos. De esta forma, se trata de hacer efectivo el principio de participación social en la educación, profundizando en la democratización del sistema educativo. La ley encuentra de este modo un fundamento o base constitucional en los arts. 9.2, 23 y, sobre todo, en el propio artículo 27, y especialmente su apartado 5, que establece la participación efectiva de todos los sectores afectados en la programación general de la enseñanza. Por lo demás, y ante la asunción efectiva de las competencias educativas, la aprobación de esta ley da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 34 de la LODE; el Consejo Escolar de Castilla-La Mancha se añade así al Consejo Escolar del Estado como órgano consultivo y de participación en la programación general de la enseñanza, si bien cada uno dentro de su ámbito territorial y competencial propio.

El Consejo Escolar se configura como órgano consultivo y de asesoramiento del Gobierno regional, así como de participación de la sociedad en la programación general de la enseñanza en los niveles anteriores a la Universidad (art. 1). La Ley indica los objetivos que debe seguir la programación general de la enseñanza en la Región, y a los cuales debe orientarse, por tanto, la actuación de los poderes públicos regionales, y la del propio Consejo Escolar. Con carácter general, se dispone que la programación general de la enseñanza comprenderá las

actuaciones de los poderes públicos regionales orientadas a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, así como a satisfacer las necesidades educativas de la Región. Los objetivos específicos son: garantizar el acceso de todos a la educación en condiciones de igualdad; posibilitar el acceso de todos a niveles educativos que les permitan su realización personal, cultural y social; promover la enseñanza de calidad; profundizar en un modelo de educación democrática, científica, crítica y no discriminatoria; definir y desarrollar un Modelo Educativo Regional en el que se fomente la conciencia de identidad regional.

Respecto a la composición del Consejo Escolar, éste está integrado por un Presidente, un Vicepresidente y los Consejeros, de los cuales once son profesores (garantizando la representación de la enseñanza privada), ocho son padres o madres de alumnos, tres son alumnos, tres son representantes del personal de la administración y servicios de los centros docentes, dos son representantes designados por las centrales sindicales más representativas, dos son representantes de las organizaciones patronales más representativas, tres lo son de los titulares de Centros Privados (sostenidos o no con fondos públicos), dos de los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, uno de la Universidad de Castilla-La Mancha y otro de la Universidad de Alcalá de Henares, seis representan a la Administración Educativa, otros seis son personalidades de reconocido prestigio en el campo de la educación y de la cultura, y hay también un Secretario General, que actuará con voz pero sin voto. El mandato de los consejeros dura cuatro años. Esta composición plural del Consejo garantiza el debate y posibilita oír directamente a los propios afectados.

Por lo que se refiere a las funciones del Consejo Escolar éste deberá ser consultado preceptivamente en algunos asuntos tasados por la Ley en su art. 10.1, pudiendo serlo también por cualquier otro tema que estime conveniente el Consejero competente en materia de educación.

El Consejo Escolar emitirá dictámenes, informes y propuestas. Funciona en Pleno y en Comisiones, siendo estas permanentes y otras creadas por acuerdo. El Consejo quedará validamente constituido cuando al menos dos tercios de los Consejeros lo conformen.

Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del ente Público de Radio Televisión de Castilla-La Mancha. (BOCCLM, nº 49, de 28 de mayo de 2000).

Nuestra Comunidad se incorporará probablemente, tras la aprobación de esta Ley, al grupo de autonomías que cuentan con televisión pública propia de ámbito regional, y ésa parece ser la finalidad principal de esta norma. Su elaboración y su aprobación estuvieron acompañadas de un debate sobre la necesidad real de establecer este nuevo medio de comunicación público, teniendo en cuenta el gasto que el mismo conlleva. El Grupo Popular, que finalmente votó en contra de la Ley pese a no haber presentado enmiendas a la misma, consideraba que la creación de la televisión autonómica no era una prioridad (DSCCM de 26 de mayo de 2000). El tiempo dirá si la televisión regional –que en el momento de escribir estas líneas todavía no ha comenzado a funcionar– se ajusta a los fines que la justifican, ofreciendo un servicio público complementario al de otras televisiones, garantizando el pluralismo y la objetividad, y permitiendo el acceso real y efectivo a la libertad de expresión de los grupos sociales y políticos más significativos.

Por lo que se refiere a su contenido, la Ley crea el Ente Público de Radio Televisión de Castilla-La Mancha como una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia, que gestiona los servicios de radiodifusión y televisión públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma. En sus relaciones jurídicas externas y en el régimen de adquisiciones patrimoniales y contratación estará sujeto al Derecho privado. El Ente se financiará con cargo a los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y mediante los ingresos comerciales y rendimientos propios de las actividades que realice.

Esta estructurado en tres órganos: Consejo de Administración, Director General y Consejo Asesor. El Consejo de Administración está formado por trece miembros, elegidos para cada legislatura por las Cortes de Castilla-La Mancha, cuya condición es incompatible con la vinculación directa o indirecta. El art. 5.5 dispone que en lo no previsto por la Ley, el régimen de funcionamiento del Consejo de Administración será el establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para los órganos colegiados. En lo que respecta a sus competencias, éstas abarcan desde el nombramiento del Director General o la proposición de su cese, hasta controlar el tiempo de publicidad emitido o determinar anualmente el porcentaje de producción propia que debe incluirse en la programación de cada medio. Destaca de una manera muy especial las competencias sobre programación que

se refiere a: respeto a los principios que informan la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha y, a los derechos y libertades reconocidos y garantizados en ellos; objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones; libertad de expresión; pluralismo político, cultural y social; “infancia y juventud”; principio de igualdad y de no discriminación; separación entre informaciones y opiniones; fomento y promoción de la cultura e identidad de Castilla-La Mancha.

El Director General es el órgano ejecutivo, nombrado por el Consejo de Gobierno, oído el Consejo de Administración. El cargo es incompatible con el ejercicio de otro cargo público y, sujeto al “régimen de incompatibilidades” de altos cargos de la Junta de Comunidades y fijado para los miembros del Consejo de Administración. El mandato del Director General tiene la misma duración que la legislatura de las Cortes de Castilla-La Mancha en la que se le hubiese nombrado. Sus funciones son las propias de un órgano ejecutivo, y se sitúan en el ámbito del impulso, autorización, propuesta, coordinación y organización, además de ostentar la representación del Ente. Todo ello para velar por el buen desarrollo y correcto funcionamiento de dicho Ente. El Director General es nombrado por el Consejo de Gobierno, oído el Consejo de Administración, y puede ser cesado de la misma forma (o bien a propuesta del Consejo de Administración por mayoría de dos tercios, pero en todo caso por el Consejo de Gobierno), si concurre alguna de las causas previstas en el art. 9, que incluye, además de la imposibilidad física o enfermedad, la condena firme por delito doloso y la incompatibilidad, un motivo más general como la “incompetencia manifiesta o actuación contraria a los criterios, principios y objetivos” establecidos en la Ley.

En fin, el Consejo Asesor estará compuesto por tres vocales designados por la Cortes de Castilla-La Mancha, tres vocales de la Junta de Castilla-La Mancha, tres de los Ayuntamientos de la Región, tres designados por la Universidad de Castilla-La Mancha, tres representantes de los trabajadores del Ente Público y de sus sociedades, todos ellos nombrados por el Consejo de Gobierno, así como su Presidente y Vicepresidente. El mandato de los miembros del Consejo Asesor es efectivo hasta que los órganos e instituciones que los designen los renueven.

D. Leyes de protección de Bienes Jurídicos.

Ley 1/2000, de 6 de abril de 2000, por la que se declara el Parque Nacional del Alto Tajo.

El Parque Natural aparece protegido como tal, por primera vez, en el Plan de

Ordenación de los Recursos Naturales del Alto Tajo, aprobado por Decreto 204/1999 de 21 de septiembre, y en el que se establece el área que lo constituye, extendiéndose por treinta y cinco términos municipales de la provincia de Guadalajara y dos de la de Cuenca. La ley que ahora comentamos declara en su artículo primero como “Parque Natural”, el mencionado territorio de las provincias de Guadalajara y Cuenca. Se define así como un espacio natural de extraordinaria importancia para la conservación de la biodiversidad y el paisaje de Castilla-La Mancha. Incluso se ha puesto de manifiesto el interés de considerarlo como un área de importancia para la conservación de la biodiversidad de la Unión Europea y, por ello, susceptible de ser parte integrante de la Red Natura 2000.

El mencionado Plan de Ordenación fue aprobado por el Consejo de Gobierno con el propósito de alcanzar los objetivos de conservación, restauración y fomento de los valores más significativos del Tajo. Esos mismos objetivos son los tenidos en cuenta al establecer que el objeto de la declaración del Parque Nacional es ofrecer el marco normativo apropiado para dar una atención preferente en la conservación de los recursos naturales del Alto Tajo.

En cuanto a su contenido concreto, la Ley establece, por un lado, la regulación aplicable a los usos, aprovechamientos y actividades para el territorio propuesto como Parque Natural. En cuanto a la planificación del Parque Natural, será la Consejería competente en materia de Medio Ambiente, la encargada de elaborar un instrumento de planificación, su Plan Rector de Uso y Gestión, que será revisado periódicamente cada diez años o bien cuando las circunstancias lo aconsejen. La administración y gestión del Parque Natural está también en manos de la Consejería competente en materia de Medio Ambiente, que contará con la financiación asignada por los Presupuestos Generales de Castilla-La Mancha y con los demás ingresos procedentes de las subvenciones, donaciones y demás aportaciones percibidas por prestaciones de servicios del Parque.

La responsabilidad del presupuesto y de la administración y coordinación de las actividades del Parque Natural, así como de la dirección de la actividad de su personal, recae sobre el Director-Conservador, que cuenta con el apoyo de dos Directores Adjuntos en el desempeño de sus funciones, uno para la labor de conservación de la naturaleza y, el otro para la de desarrollo socio-económico.

Se establece además una Junta Rectora, que es el órgano de participación social en el Parque Natural, siendo su finalidad el velar por el cumplimiento de sus fines y normativa. Es un órgano colegiado, de carácter asesor y consultivo,

adscrito a la Consejería, y que contará con el auxilio de una Comisión de Administración Local adscrita a la misma, compuesta por un representante de cada Ayuntamiento con territorio en el Parque, y presidida por el Vicepresidente de la Junta Rectora. Su función básica es emitir los informes que le solicita la Junta Rectora y elevarle presupuesto en relación con materias de ámbito local.

Por otro lado se establece un Área de Influencia socio-económica, cuyos fines (fomentar el desarrollo rural, y compensar socio-económicamente a las poblaciones afectadas por los beneficios del Parque Natural) se encuadran en la aplicación de un Plan de Desarrollo Sostenible, elaborado coordinadamente por las Consejerías competentes en Medio Ambiente y Economía y Hacienda y los Ayuntamientos de la zona, y aprobado por el Consejo de Gobierno. Este Plan debe desarrollarse y llevarse a cabo a través de planes periódicos elaborados coordinadamente con el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural. Los objetivos del Plan no son sólo de conservación de la naturaleza, sino también de tipo social, como (en palabras de la Exposición de Motivos) “generar empleo, generar población en la zona, fomentar la funcionalidad de la estructura territorial, impulsar la cohesión comarcal, promocionar la calidad como guía de desarrollo y, fomentar la promoción externa del Parque Natural y de su área de influencia socio-económica”.

Del mismo modo la ley regula la zona Periférica de Protección. En su Disposición Final primera se otorga al Consejo de Gobierno la facultad de ampliar los terrenos del Parque Natural, así como los de la Zona de Influencia Socio-Económica y, los de la Zona Periférica de Protección. Finalmente la Ley se completa con cuatro anejos, referidos a: “Límites del parque Natural del Alto Tajo”; “Clasificación y Regulación General de los Usos, Aprovechamientos y las Actividades en el Parque Natural del Alto Tajo”; “Actividades que deben ser objeto de regulación específica mediante el Plan Rector de Uso y Gestión”; y “Clasificación de las actividades para su regulación en la Zona Periférica de Protección del Alto Tajo”.

2.-Actividad de control y orientación política

A pesar de la ya aludida ausencia en el período considerado de un “debate sobre el estado de la Región” (o de otros debates generales de la mayor trascendencia, como podría ser el de investidura), la actividad no legislativa sigue girando sobre todo en torno a una serie de debates generales “sectoriales”, que vienen seguidos de la aprobación de las correspondientes Resoluciones. En efec-

to, como viene siendo habitual en los últimos años, estos debates (a los que el art. 197.1 del Reglamento denomina, de forma un tanto contradictoria, “debates generales...sobre asuntos concretos”), han asumido el mayor “protagonismo” dentro de la actividad de orientación política de la Cámara regional. A través de ellos es fácil comprobar cuáles han sido los temas que han ocupado y preocupado a las Cortes de Castilla-La Mancha, muchos de los cuales educación, agua, agricultura, infraestructuras...) vienen siendo objeto de debate en reiteradas ocasiones, de manera que pueden considerarse temas “recurrentes” en la actuación del Parlamento Autonómico.

Otra característica frecuente en estos debates –y muy especialmente en las resoluciones aprobadas como consecuencia de los mismos–, y que viene produciéndose aproximadamente desde 1997, es su inclinación hacia la crítica del Gobierno central y de sus actuaciones, de manera que en ocasiones parece transformarse lo que en principio debería ser orientación política del Gobierno regional, en control del Gobierno nacional.

En todo caso, junto a estas Resoluciones y al resto de actividad de orientación política (de la que forman parte básicamente las Propositiones No de Ley y las Declaraciones Institucionales), en el seno de las Cortes se produce también una relevante actividad de control en el sentido más estricto, realizada sobre todo a través de las preguntas orales y escritas y de las interpelaciones, instrumentos que vienen a ser utilizados de forma casi exclusiva por la oposición parlamentaria, y que vuelven a incidir generalmente en los mismos temas: infraestructuras, subvenciones, gasto público, etc. Aunque el elevado número de preguntas, y su objeto habitualmente específico o de detalle, hacen difícil su reseña en una crónica de estas características, no podemos dejar de mencionar su utilización y su relativa importancia en la actividad de la Cámara, aunque hay que reconocer que su repercusión pública es habitualmente menor que la que tiene la actividad legislativa y de orientación política realizada por las Cortes.

A continuación comentaremos la labor desarrollada por las Cortes de Castilla-La Mancha en relación a los Debates Generales, esto es, las Resoluciones que han aprobado como consecuencia de ellos, ordenadas según materias, para concluir con una breve referencia a otros instrumentos de orientación política.

*En materia de agua, hay que destacar la Resolución del Pleno de las Cortes de 3 de diciembre de 1999, en relación al Debate General sobre el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 29/1985 de Aguas (BOCCM nº 24, de 10 de

diciembre de 1999). A través de esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha rechazan la Reforma de la Ley de Aguas aprobada por Congreso de los Diputados, ya que dicha Reforma deja en situación de desventaja a algunos territorios –en concreto a Castilla-La Mancha– en los que el agua es un bien más escaso, y que, por ello, se ven especialmente perjudicados. Por ello, además de rechazar la Reforma aprobada por el Gobierno, las Cortes regionales instan a éste a adoptar medidas legales para evitar los perjuicios que pudiesen derivarse de la aplicación de la mencionada Reforma en la Región.

Resolución del Pleno de las Cortes de 7 de junio de 2000, en relación al Debate General sobre el cumplimiento del Plan Hidrológico de la cuenca del Júcar. (BOCCM, nº 51, de 9 de junio de 2000). Esta Resolución tiene su causa en la del Plan Hidrológico del Júcar, aprobado por el Consejo del Agua de la cuenca del Júcar el 6 de agosto de 1997, por la casi unanimidad de los representantes que lo componen. Este Plan surgió como respuesta a las exigencias de los ciudadanos (mostradas en la “manifestación del Júcar” el 23 de abril del mismo año, en la que cientos de ellos llenaron las calles exigiendo un reparto justo y solidario de la cuenca del Júcar), llegándose finalmente a un acuerdo entre ciudadanos e instituciones, que se concreta en el mencionado Plan Hidrológico. En él se contienen los principales acuerdos alcanzados, siendo el más importante el establecimiento de las prioridades respecto a los usos del agua. Sin embargo, tres años después, las Cortes regionales creen que se han incumplido esos acuerdos previstos en el Plan, tanto en cuanto a acciones que debía haber acometido el Gobierno central y que no ha hecho, como en cuanto al uso del agua del Júcar, ya que –según la Resolución que comentamos– se utiliza para satisfacer necesidades no prioritarias según el Plan aprobado y, paradójicamente, se deniega para envíos coherentes con él. Ante tal panorama, las Cortes piden al Gobierno central la puesta en marcha de los mecanismos previstos por el propio Plan Hidrológico para Castilla-La Mancha, evitando así que se incumpla el Plan y volviendo al cumplimiento de los acuerdos que se adoptaron en él.

Resolución del Pleno de las Cortes de 30 de septiembre de 1999, en relación al Debate General sobre la situación hidrológica de Castilla-La Mancha y al estado de las obras hidráulicas declaradas de interés general por el Gobierno de la Nación. (BOCCM nº 8, de 4 de octubre de 1999). Las Cortes Regionales valoran muy positivamente el Plan de Coordinación entre Administraciones Públicas, para situaciones de emergencia y escasez de agua en abastecimientos de poblaciones de Castilla-La Mancha, elaborado por el Gobierno, pero, del mismo modo, se dirigen a las Administraciones encargadas de llevar a cabo las actuaciones previstas por el Plan para que actúen con rapidez, con el fin de evitar lle-

gar a esas situaciones de emergencia y escasez no deseadas. Sin embargo, las Cortes no muestran su conformidad con todo lo referente a la situación hidrológica; éste es el caso del retraso en la ejecución, por parte del Gobierno, de las infraestructuras hidráulicas declaradas de interés general. Las Cortes aprovechan esta misma Resolución para denunciar públicamente este retraso claramente injustificado para que así el Gobierno lleve a cabo las correspondientes actuaciones, poniendo en marcha la ejecución de las obras hidráulicas para Castilla-La Mancha, a través del Ministerio de Medio Ambiente, y coordinadamente con el Gobierno Regional.

Resolución del Pleno de las Cortes de 14 de septiembre de 2000, en relación al Debate General sobre el vertido de fuel-oil desde la central térmica de Aceca al río Tajo (BOCCM, n^o 57, de 15 de septiembre de 2000). Esta resolución comienza reprobando “la actitud de la Confederación Hidrográfica del Tajo por su inoperancia”, y le exigen el inicio del expediente sancionador a que hubiere lugar. Por otro lado, destacan la “actitud pasiva” mostrada por el Ministerio de Economía frente a tales vertidos, y le exigen la adopción de las medidas necesarias para evitar que vuelvan a producirse de nuevo situaciones similares. Además, puesto que estos vertidos fueron la causa de un expediente sancionador por delito ecológico, iniciado por la Fiscalía de Toledo, las Cortes de Castilla-La Mancha aprovechan para expresar su confianza en la pronta resolución de dicho expediente. Finalizan su Resolución exigiendo al Gobierno Central un cumplimiento efectivo del Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo, así como de los acuerdos alcanzados, garantizando el caudal y la calidad de sus aguas. En suma, el objetivo de las Cortes de Castilla-La Mancha en su acuerdo es conseguir el restablecimiento de las aguas del Tajo y obtener la garantía de que en un futuro no volverán a repetirse sucesos semejantes.

*En cuanto a infraestructuras, en este nuevo período el AVE ha sido una vez más uno de los temas centrales de la actividad de las Cortes. Merece ser destacada la Resolución del Pleno de las Cortes de 13 de abril de 2000, en relación al Debate General sobre el trazado propuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en relación a la línea de alta velocidad ferroviaria Madrid-Levante y el resto de infraestructuras ferroviarias en el ámbito de Castilla-La Mancha. (BOCCM, n^o 43, de 17 de abril de 2000). A través de esta Resolución, las Cortes regionales parten de la base de que las infraestructuras que afecten a la Región deben realizarse globalmente, y no de forma separada para cada uno de los territorios que la componen. Un firme objetivo de Castilla-La Mancha es que sus cinco capitales provinciales estén conectadas a la Red de Alta Velocidad Española, tal y como afirma la propia Resolución. En cumplimiento de ese obje-

tivo, las Cortes prevén que cada trazado de la línea de Alta Velocidad haga parada en alguna de sus capitales, refiriéndose sobre todo al próximo trazado Madrid-Levante, del que contempla paradas en Cuenca y en Albacete.

*Otro tema presente en la actividad no legislativa de las Cortes regionales es el relativo a la educación y cultura. Respecto a esta materia hay que destacar la Resolución del Pleno de las Cortes de 21 de octubre de 1999, en relación al Debate General sobre el Proyecto y modelo educativo contenidos en el Libro Blanco de la Educación en Castilla-La Mancha y actuaciones derivadas del mismo. (BOCCM, nº10, de 22 de octubre de 1999). Las Cortes regionales invitan en esta Resolución a la sociedad castellano-manchega a participar en la construcción de un servicio educativo de calidad. Exponen su deseo de ultimar las negociaciones para transferir las competencias en materia educativa lo antes posible, para poder gestionar la educación desde la proximidad al ciudadano, con el fin de satisfacer mejor sus necesidades. Paralelamente, demandan al Gobierno que la transferencia de dichas competencias vaya acompañada de la dotación correspondiente para superar las deficiencias y carencias de la Región en cuanto a medios, instalaciones, equipamientos y todo cuanto sea necesario para levantar un sistema educativo que responda a las exigencias actuales.

También es de interés la Resolución del Pleno de las Cortes de 25 de noviembre de 1999, relativa al Debate General sobre las Transferencias de Educación no universitaria. (BOCCM, nº21, de 29 de noviembre de 1999). Las Cortes se muestran muy satisfechas por el Acuerdo de transferencia logrado, que supone que Castilla-La Mancha podrá gestionar su propio servicio educativo; de esta forma, la gestión será realizada desde la cercanía a los ciudadanos, lo cual aportará un mayor grado de sensibilidad, y con ello, se llegará a mejores soluciones. Resaltan además el esfuerzo y el apoyo de la sociedad castellano-manchega en la transferencia de la educación no universitaria, sin olvidar el papel de las organizaciones sociales y sindicales del sector de la Comisión de Participación Educativa, cuya colaboración en el proceso negociador fue de gran importancia. Las Cortes solicitan a todos los ciudadanos su colaboración y participación, con un claro interés en que la gestión del servicio educativo satisfaga las necesidades de todos en igualdad para todo el territorio castellano-manchego.

También podemos señalar la Resolución del Pleno de las Cortes, de 22 de junio de 2000, en relación al Debate General sobre la planificación de la Red de Centros de Enseñanza Secundaria en Castilla-La Mancha. (BOCCM nº54, de 29 de junio de 2000). Es necesario recordar que el 26 de marzo de 1998 fue aprobada una Red de Centros adaptada a las características específicas de la Región,

a través de una Resolución unánimemente aprobada por todos los grupos políticos en el Pleno de las Cortes. Partiendo de esta Red de Centros y contando además con el traspaso de competencias plenas en materia de educación que Castilla-La Mancha recibió el pasado 1 de Enero de 2000, las Cortes regionales aprueban esta Resolución en la que se hacen eco de dicha Red, aprobada ya hace dos años. Apoyan las Cortes también, el Plan de Infraestructuras Educativas presentado por el Gobierno Regional, así como la escolarización obligatoria prevista, para alumnos de 12 a 16 años, en el Acuerdo sobre la Red de Centros de las Enseñanzas de Régimen General de Castilla-La Mancha, de 26 de marzo de 1998, el cuál prevé su escolarización en “Centros de Educación Secundaria Obligatoria del alumnado de la ESO” o en “Institutos de Educación Secundaria”. Por último, las Cortes de Castilla-La Mancha prevén la revisión de la Red de Centros, por parte de la Consejería de Educación, cuando así fuese necesario con el fin de adaptarla a los cambios demográficos, cubriendo así las necesidades de escolarización de Castilla-La Mancha.

Por último, otra Resolución adoptada por las Cortes regionales en materia educativa es la de 14 de septiembre de 2000, en relación al Debate General sobre la informatización y conexión a Internet de los Centros Educativos no Universitarios (BOCCM, nº 57, de 15 de septiembre de 2000). En esta Resolución las Cortes de Castilla-La Mancha apoyan el Plan del Gobierno Regional consistente, básicamente, en la integración de la tecnología y en el fomento de la informática y de la conexión y el uso de Internet en los Centros Educativos.

Además, y al igual que vienen haciendo en los últimos años en el marco del convenio con la Universidad que hace posible, entre otras cosas, la edición de este Anuario, las Cortes aprobaron unas becas para estudiantes de postgrado, publicadas en la Convocatoria de Ayudas a la Investigación (BOCCM nº26, de 14 de diciembre de 1999).

*En cuanto a prestaciones sociales, destacamos la Resolución del Pleno de las Cortes de 2 de octubre de 1999, en relación al Debate General sobre la subida de las pensiones mínimas y no contributivas, (BOCCM, nº10, de 22 de octubre de 1999), en la que las Cortes Regionales muestran la necesidad de una subida en la pensiones mínimas y no contributivas para el año 1999. Incluso detallan que la subida debe ser mediante una “paga extraordinaria” anual de 28.000 pesetas, abonada antes del 31 de diciembre, y que será la Hacienda Estatal la encargada de su financiación. En relación al mismo debate general, las Cortes aprobaron también otra Resolución, en la que acuerdan apoyar el mantenimiento de

un sistema público de pensiones y de Seguridad Social para garantizar las pensiones futuras (respetando el Pacto de Toledo de 1995).

También han aprobado la Resolución del Pleno de las Cortes, de 27 de abril de 2000, en relación al Debate General sobre la gestión del Plan Regional de Acción Social, (BOCCM, nº45, de 28 de abril de 2000), en la que establecen que en el ámbito de prestación del PRAS, “Plan Regional de Acción Social”, debe primar el principio de corresponsabilidad entre los Ayuntamientos y la Consejería de Bienestar Social, para todos los programas de intervención comunitaria y de educación sociofamiliar.

Por último, otra Resolución en este ámbito fue la de 30 de marzo de 2000, sobre el III Plan de Vivienda y Suelo de Castilla-La Mancha 2000-2003 (BOCCM nº 39, de 31 de marzo de 2000). A través de esta Resolución, las Cortes aprueban el III Plan de Vivienda y Suelo de Castilla-La Mancha, elaborado por el Gobierno. Los objetivos de este Plan están orientados a favorecer la situación de los sectores de población más necesitados económicamente. En concreto, se pretende abaratar el precio del suelo, y con ello el precio final de la vivienda, para hacerlo más asequible a todos los sectores sociales; todo ello, a través de actuaciones directas de la Consejería de Obras Públicas o de actuaciones convenidas con los Ayuntamientos de la Región.

*En relación a las televisiones locales, se aprobó la Resolución del Pleno de las Cortes, de 6 de abril de 2000, sobre la situación de las Televisiones Locales en Castilla-La Mancha (BOCCM nº 42, de 11 de 2000). Mediante esta Resolución, las Cortes instan al Gobierno Central al desarrollo normativo de la Ley 4/1995, de 2 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, y además le solicitan el establecimiento de un Plan de Frecuencias para Castilla-La Mancha. Del mismo modo, instan al Gobierno Regional a regirse por el principio de celeridad y transparencia, una vez establecido el mencionado Plan. Se pretende así eliminar aquello que obstaculice el desarrollo de las Televisiones Locales en Castilla-La Mancha.

También se aprobó la Resolución del Pleno de las Cortes de 11 de noviembre de 1999, relativa al Debate General sobre el cierre de Televisión Local en Ciudad Real. (BOCCM nº 17, de 15 de noviembre de 1999). Esta Resolución surge como respuesta a una actuación del Ministerio de Fomento, por la que acuerda el cierre de varias Televisiones Locales (Televisión Ciudad Real, Surco de Tomelloso y Ciudad Real Noticias). Ante esta actuación, el Pleno de las Cortes califica dicho cierre de “ejercicio intolerable de censura” y “atentado a la liber-

tad de expresión”. Lo considera como un límite injustificado al derecho a la información e incluso como un trato discriminatorio hacia las Televisiones Locales castellano-manchegas respecto a otras Comunidades Autónomas que cuentan con sus propias Televisiones Locales, sin que el Ministerio de Fomento haya decretado su cierre. Las Cortes aprovechan la Resolución para insistir en que deben ser las Comunidades Autónomas quienes ejerzan sus competencias en la materia, e instan al Gobierno al desarrollo de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisiones Locales por Ondas Terrestres.

*Otra materia abordada por las Cortes regionales en su actividad no legislativa ha sido la salud y alimentación. En relación a este tema, destacamos la Resolución del Pleno de las Cortes de 4 de mayo de 2000, en relación al Debate General relativo a la comercialización y producción de alimentos transgénicos en Castilla-La Mancha. (BOCCM nº 46, de 8 de mayo de 2000), a través de la que las Cortes de Castilla-La Mancha instan al Gobierno a que prohíba la libre importación y comercialización de productos con “Organismos Modificados Genéticamente”, mientras no se realice una correcta evaluación de riesgos.

Destacamos también la Resolución del Pleno de las Cortes de 13 de abril de 2000, sobre el Plan de Salud Mental de Castilla-La Mancha 2000-2004 (BOCCM nº 43, de 17 de abril de 2000), en la que las Cortes regionales muestran su apoyo a los objetivos previstos en el Plan de Salud Mental. Al mismo tiempo, aprovechan para instar al Gobierno Central algo más de celeridad en la transferencia de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En fin, otra Resolución en esta materia es la de 17 de febrero de 2000, en relación al Debate General sobre el desarrollo de las nuevas infraestructuras hospitalarias en Castilla-La Mancha. (BOCCM, nº33, de 18 de febrero de 2000).

*También ha sido abundante la actividad no legislativa de las Cortes en otras materias. A continuación haremos una reseña de las Resoluciones aprobadas en el Pleno, en relación a esas otras materias no mencionadas anteriormente:

Resolución del Pleno de las Cortes de 11 de noviembre de 1999, en relación al Debate General sobre la situación actual de la empresa Carrier ubicada en Guadalajara. (BOCCM nº 17, de 15 de noviembre de 1999). Mediante esta Resolución, las Cortes manifiestan su total desacuerdo frente al cierre de la fábrica Carrier en la provincia de Guadalajara. De este modo, piden a la Multinacional que reconsidere su decisión y que adopte de inmediato una serie de compromisos tales como: renunciar expresamente a adoptar medidas que

extingan puestos de trabajo, garantizar expresamente los puestos de trabajo de los empleados de la empresa “Carrier”, no iniciar ningún proceso de desmantelamiento de la mencionada empresa, crear una Mesa de información continuada de cuantas actuaciones vayan sucediéndose para que garantice su empleo. Por otro lado, solicitan ayuda a los Gobiernos Regional y Central, respectivamente, para que adopten las medidas necesarias ante la Multinacional para evitar el cierre de la planta que ésta tiene en Guadalajara.

Resolución del Pleno de las Cortes de 25 de noviembre de 1999, en relación al Debate General sobre renovación del permiso de explotación de la Central Nuclear “José Cabrera”. (BOCCM nº 21, de 29 de noviembre de 1999), en la que, rechazando la decisión del Ministerio de Industria y Energía, instan a las organizaciones intervinientes en el funcionamiento de la Central Nuclear a su cierre, con carácter de urgencia, por atentar claramente, a su juicio, contra los intereses de la Región, teniendo en cuenta su peligrosidad.

Resolución del Pleno de las Cortes de 26 de mayo de 2000, en relación al Debate General sobre los nuevos programas de Desarrollo Rural. (BOCCM nº 49, de 29 de mayo de 2000). En ella, las Cortes de Castilla-La Mancha, sobre todo, aprovechan para instar al Gobierno Central y de Castilla-La Mancha a cumplir con sus compromisos comunitarios financieros de “iniciativas de Desarrollo Rural”. En particular, solicitan al Gobierno Central la aplicación de los Programas de Financiación Rural “Leader +” y “Proder II”, a través del desarrollo de Grupos de Acción Local.

Resolución del Pleno de las Cortes de 27 de abril de 2000, en relación al Debate General sobre el III Pacto Industrial de Castilla-La Mancha. (BOCCM nº 45, de 28 de abril de 2000). El III Pacto Industrial de Castilla-La Mancha fue firmado por: el Gobierno Regional, los sindicatos UGT y CCOO, la Confederación Regional de Empresarios de Castilla-La Mancha, la Caja de Castilla-La Mancha, la Federación de Municipios y Provincias de la Región y la Universidad de Castilla-La Mancha.

Resolución del Pleno de las Cortes de 26 de mayo de 2000, sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, correspondiente al año 1997 (BOCCM nº 49, de 29 de mayo de 2000). En ella acuerdan aprobar dicha Cuenta General, considerando que ésta es correcta, ajustándose a la legalidad y a los principios contables, y ha sido elaborada con rigor, claridad y transparencia.

Resolución del Pleno de las Cortes de 28 de septiembre de 2000, en relación al Debate General sobre los efectos que el artículo 43 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, tiene sobre el comercio de Castilla-La Mancha. (BOCCM, nº 58, de 29 de septiembre de 2000). Las Cortes rechazan la regulación de horarios impuestos por el Real Decreto 6/2000, en su artículo 43, instando al Gobierno Regional a adoptar las medidas pertinentes para impedir el perjuicio que ocasionaría la aplicación de esa regulación para los intereses de Castilla-La Mancha.

Por otro lado, y dentro de la misma actividad de orientación política, cabe destacar algunas Proposiciones No de Ley aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha, como son: PNL relativa a las obras de conducción de aguas del Acueducto Tajo-Segura para abastecimiento de la llanura manchega, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, aprobada el 25 de noviembre de 1999 (BOCCM, nº21, de 29 de noviembre de 1999); PNL relativa al Consorcio de Transportes de la Comunidad de Madrid, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, aprobada el 25 de noviembre de 1999 (BOCCM, nº21, de 29 de noviembre de 1999); PNL 05/0501-0031, relativa a la regulación del precio de los carburantes para su utilización en el sector agrario, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 23 de marzo de 2000 (BOCCM, nº 37, de 27 de marzo de 2000), con la que se intenta que el Gobierno Central adopte medidas para evitar que el sector agrario sufra las excesivas subidas de precios de los carburantes; PNL 05/0501-0006, relativa a la promoción del comercio justo y solidario en Castilla-La Mancha, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 6 de abril de 2000 (BOCCM, nº42, de 11 de abril de 2000); PNL 05/0501-0061, relativa a la puesta en marcha del Museo y de la Fundación de Antonio Saura, presentada por don Gonzalo Payo Subiza y otros Diputados del Grupo Parlamentario Popular, aprobada el 14 de septiembre de 2000 (BOCCM nº57, de 15 de septiembre de 2000).

Especialmente relevantes son también la Declaración Institucional de 3 de diciembre de 1999, sobre la ruptura de tregua manifestada por la banda terrorista ETA (BOCCM nº 24, de 10 de diciembre de 1999), y la Declaración Institucional de 25 de noviembre de 1999, sobre el día internacional contra los malos tratos a mujeres (BOCCM nº21, de 29 de noviembre de 1999). En estas Declaraciones las Cortes de Castilla-La Mancha muestran cómo se hacen eco de los problemas políticos y sociales que afectan a toda la sociedad española y manifiestan su solidaridad ante las causas internacionales más trascendentes.

En fin, por lo que se refiere a la actividad de control en el sentido más estricto, y además de las numerosas preguntas formuladas a los miembros del Consejo de Gobierno, pueden mencionarse expresamente las Interpelaciones 1-05/0301-0002, presentada por doña Carmen Riobos Regadera, Diputada del Grupo Popular, relativa a la política a seguir por el Gobierno regional en materia de familia (BOCCM nº 32, de 15 de febrero de 2000); o la Interpelación 05/0301-0003, presentada por don Lucrecio Serrano Pedroche, del Grupo Parlamentario Popular, relativa a la política general seguida en Educación Universitaria (BOCCM nº 32, de 15 de febrero de 2000). Esta última dio lugar a la aprobación de la Moción 05/0302-0001, por la que se crea, en el seno de la Comisión de Educación, una Ponencia para que analice la situación creada como consecuencia del distrito universitario abierto, y estudie el documento “Universidad 2000”, de la Comisión de Rectores de Universidades Españolas.

ABREVIATURAS

BOCCM: Boletín Oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

DOCM: Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

DSCCM: Diario de Sesiones de las Cortes de Castilla-La Mancha.

GP: Grupo Parlamentario.

GPP: Grupo Parlamentario Popular.

GPS: Grupo Parlamentario Socialista.

PNL: Proposición No de Ley.

ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

(De 1 de octubre de 1999 a 30 de septiembre de 2000)

Milagros Ortega Muñoz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

SUMARIO

I.- Dictámenes sobre anteproyectos de ley

II.- Dictámenes sobre recursos de inconstitucionalidad

Se da cuenta en el presente trabajo de los dictámenes emitidos por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en ejercicio de sus competencias constitucionales y estatutarias atribuidas por la Ley 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Cabe destacar en este año, el incremento de dictámenes emitidos sobre recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia planteados por la Comunidad Autónoma ante el Tribunal Constitucional; así, a temas ya debatidos en años anteriores como es el caso de financiación autonómica, se unen ahora otros que afectan a materias distintas de la económica como es el caso de las televisiones locales por ondas terrestres, la cesión de los derechos de uso del agua, o los horarios comerciales. En primer lugar se realizará un resumen de la materia concreta sobre la que versan para posteriormente aludir a los aspectos principales de la doctrina del Consejo contenida en tales dictámenes.

I. Dictámenes sobre anteproyectos de Ley

-Dictamen número 86/1999, de 21 de diciembre, solicitado por el Consejero de Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Medidas Administrativas, de Organización y Gestión financiera y Patrimonial.

Según se expresa en el Preámbulo del Anteproyecto objeto de dictamen, el mismo contempla una serie de medidas que por no tener una relación directa con gastos o ingresos o con los criterios de política económica general, no tienen cabida en las disposiciones de la Ley de Presupuestos, pero que, “sin duda facilitan la consecución de los objetivos de política financiera y presupuestaria que inspiran los presupuestos regionales”. El proyecto se presenta, por tanto, con todas las apariencias de una de las leyes a las que se ha venido denominando “de acompañamiento” a la Ley de Presupuestos.

A la vista del contenido que presenta el Anteproyecto en el dictamen se somete a estudio, en primer lugar, si la norma, dado el momento en que se ejerce la iniciativa legislativa, podrá cumplir con plenitud la finalidad para la cual ha sido elaborada, es decir, si es verdaderamente de acompañamiento necesario a la ley de Presupuestos regional; y en segundo lugar, si la finalidad que se persigue con esta norma y el grado en que se consigue, compensa los inconvenientes asociados al empleo de esta técnica legislativa.

Respecto a la primera cuestión señala el Consejo que desde un punto de vista formal, y teniendo en cuenta que la Ley de Presupuestos ya fue aprobada por el Pleno de las Cortes Regionales el día 16 de diciembre de 1999, y tendrá su entrada en vigor el 1 de enero de 2000, no cabe que cumpla, al menos desde el inicio, la función de “ley de acompañamiento” de ésta última, en tanto que su tramitación parlamentaria no podrá en modo alguno hacer que su entrada en vigor sea simultánea a la Ley de Presupuestos. Por otra parte, del examen del contenido de los preceptos, a salvo de los referidos a materia educativa, lo que se deduce es que no parecen exigir la simultaneidad de su entrada en vigor con la Ley de Presupuestos, criterio éste que también parece compartirse por el Gobierno, dada la fecha en que ha sido solicitado el dictamen de este Consejo (con fecha 30 de noviembre de 1999), sin que se invoque la urgencia.

Respecto a la segunda cuestión planteada, tampoco se vislumbran razones suficientes que aconsejen el empleo de esta técnica legislativa. Así del estudio de las disposiciones que componen el texto puede deducirse lo siguiente: en primer lugar, no se hace perceptible en el contenido de las materias que son objeto

de regulación el elemento de conexión que contribuya a dar coherencia al texto; en segundo lugar los distintos preceptos que contiene tampoco tienen un contenido que exija el rango normativo de ley; y en tercer lugar aun cuando el tratamiento de algunas materias exija el mismo rango normativo de ley no podrán seguir su misma tramitación parlamentaria por exigirse en algunos casos para su aprobación una mayoría reforzada.

A continuación se examina en el dictamen el contenido de los distintos Capítulos y Disposiciones Adicionales del Anteproyecto llegándose a las siguientes conclusiones:

-El Capítulo III constituye el cuerpo central del Anteproyecto con una modificación que afecta a un total de veintitrés artículos de la Ley de Hacienda, modificaciones que en su mayoría pretenden o bien clarificar y mejorar la redacción de algunos preceptos, o bien adecuar la regulación que contempla la citada Ley a la nueva configuración del Sector público regional. Tales modificaciones poseen entidad suficiente para tramitarse como una modificación exclusiva de la Ley de Hacienda, tramitación que incluso se podría haber llevado a cabo con anterioridad a la elaboración de la Ley de Presupuestos habida cuenta que la creación de los distintos entes instrumentales a los que obedece la mayor parte de las modificaciones tuvo lugar en el primer cuatrimestre del ejercicio de 1999, y que puede llevarse a cabo por supuesto después, sin la exigencia de la simultaneidad de su entrada en vigor con la Ley de Presupuestos, y sin que su contribución a la consecución de los objetivos de los presupuestos del año 2000 quede especialmente mermada por ello.

-En el Capítulo I, se establecen una serie de normas en relación con la autonomía de gestión económica de los centros docentes no universitarios, medidas éstas que sí parece necesario que entren en vigor con el nuevo ejercicio presupuestario habida cuenta de la definitiva asunción de competencias en materia educativa con efectos desde el 1 de enero de 2000; por otra parte se considera también conveniente su establecimiento en una norma legal dado que la posible afectación de los ingresos que dichos centros pudieran obtener a sus propios gastos de funcionamiento supone una excepción al Principio presupuestario que consagra la Ley de Hacienda en su artículo 12, apartado 3. No obstante, y aun existiendo esta reserva de Ley, el hecho de que la entrada en vigor de esta disposición no tuviera lugar el día 1 de enero de 2000, no implicaría vacío legal por cuanto resultarían de aplicación las normas estatales que regulan la materia en virtud de lo previsto en la Disposición Derogatoria primera, apartado dos, de la Ley de Hacienda autonómica.

-Respecto al Capítulo II, comprende por una parte una modificación de la Ley 2/1986, de 16 de abril, del Consejo Regional de la Juventud, que no responde a la motivación que se le asigna en la Exposición de Motivos del anteproyecto, por cuanto con la misma se pretende salvar una contradicción entre dos artículos de la citada Ley, puesta de manifiesto en sucesivos informes de la Sindicatura de Cuentas, de lo cual puede deducirse que a falta de concesión directa con el futuro ejercicio presupuestario, esta modificación podría llevarse a cabo en cualquier otro momento y en norma independiente. Por su parte, los preceptos que atribuyen al Consejero de Economía y Hacienda competencias en cuanto a los gastos de personal del Sector público regional y en materia de recursos económico-administrativos, se trata de normas de carácter organizativo que como tales podrían ser objeto de norma reglamentaria.

-Por lo que respecta a las modificaciones que afectan a la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de Castilla-La Mancha incluidas en el Capítulo IV, se trata de un conjunto de disposiciones vinculadas no tanto a la Ley de Presupuestos regional sino a la nueva configuración del sector público regional, por lo que nada obsta, sino más bien aboga por su tramitación como un anteproyecto independiente de modificación de la Ley de Patrimonio citada.

-En la Disposición Adicional primera se modifican dos artículos de la Ley 4/1999, de 31 de marzo, del Juego de Castilla-La Mancha que afectan a materia sancionadora, por lo que resulta evidente su inconexión tanto con el resto de materias que se abordan en el Anteproyecto como con el objetivo final que se pretende con él. Además no resulta propio de una correcta técnica legislativa que materia como la sancionadora sea objeto de modificación en una disposición adicional de una ley dictada fuera del ámbito material de la conducta sancionada.

-Con respecto a la Disposición Adicional segunda mediante la cual se modifica el apartado 3 del artículo 54 de la Ley 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, se suprime por una parte el carácter preceptivo de los dictámenes de este Consejo en los anteproyectos de Ley relativos a la concesión de crédito extraordinario o suplemento de crédito, y por otra parte se expresa que el dictamen relativo al Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se referirá exclusivamente a las disposiciones normativas contenidas en el texto articulado del mismo. Con respecto al primer objeto de la reforma, la supresión del dictamen de este órgano consultivo, ciertamente implicaría acortar el período de elaboración de los citados anteproyectos, a tenor de la práctica

habida hasta ahora, en quince días, ahora bien, ello se hace a costa de eliminar la garantía que supone la intervención del Consejo Consultivo. La finalidad que por tanto parece pretender la norma, esto es la agilización en el procedimiento de elaboración de tales anteproyectos en su fase administrativa, se vería así radicalmente descompensada si atendemos a los efectos que produce la supresión de la intervención del órgano consultivo. De la importancia de esta función garante en estos casos da cuenta, por ejemplo, que tal garantía es específicamente querida en el ámbito estatal por el artículo 22 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y por el artículo 64 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, constituyendo así el único supuesto de anteproyectos de ley ordinaria en los que la consulta al Consejo de Estado tiene carácter preceptivo en la globalidad del texto. El segundo objeto de la modificación no responde a un criterio de agilización, sino que lo que se pretende con él es convertir en norma lo que de hecho venía constituyendo una práctica, es decir, el sometimiento a dictamen del Consejo Consultivo únicamente del texto articulado de la Ley de presupuestos. A este respecto procede advertir que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, las partidas presupuestarias que integran los estados de ingresos y gastos tienen material y formalmente la naturaleza de la misma Ley que las incorpora y pueden ser impugnadas ante la jurisdicción constitucional tanto por lo que se refiere a las finalidades perseguidas como por el importe de las cantidades disponibles (entre otras Sentencias 96/1990, de 24 de mayo, y 88/1997, de 12 de junio).

Cabe concluir por tanto, que aun cuando la intención de la norma, según su Exposición de Motivos, sea la de regular un conjunto de medidas que sirvan de complemento a la Ley de Presupuestos regionales a fin de facilitar la consecución de los objetivos de política financiera y presupuestaria, atendiendo tanto a la forma en que se ha llevado a cabo la tramitación como al contenido de los preceptos en las diversas materias que se regulan en el anteproyecto, puede afirmarse que el resultado final no contribuye significativamente a dicha finalidad, y por tanto que esta finalidad no cumplida, no compensa los inconvenientes asociados a la utilización de una “ley de acompañamiento”.

El Anteproyecto que se somete a consulta constituye básicamente una reforma de la Ley de Hacienda y de Patrimonio regionales, a las cuales se han unido otra serie de preceptos de materias diversas, sin punto de conexión y relación significativa con la ejecución de los presupuestos del año 2000, con la salvedad de los relativos a materia educativa. El Consejo estima por ello conveniente no optar por esta técnica legislativa proponiéndose, como solución, la de convertir el anteproyecto en tantos como materias normadas, a fin de evitar la dispersión

normativa y la posible inseguridad jurídica que para los aplicadores de la norma y para los particulares podría generar su aprobación como un texto único.

-Dictamen número 5/2000, de 25 de enero, solicitado por el Consejero de Agricultura y Medio Ambiente, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se declara el Parque Natural del Alto Tajo.

El Decreto 204/1999, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del alto Tajo, previó el establecimiento de la figura de protección del Parque Natural para un amplio territorio de 105.721 hectáreas que se extienden por 35 términos municipales de la provincia de Guadalajara y 2 de la provincia de Cuenca. Con el Anteproyecto de Ley sometido a dictamen se sustancia la aplicación del régimen de protección previsto en el citado Plan de Ordenación para el territorio previsto como parque natural, y ello se hace al amparo de las competencias que el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuye a la Comunidad en su artículo 32, apartados 2 y 7, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9/1999, de 26 de mayo de Conservación de la Naturaleza.

Respecto al procedimiento de elaboración del Anteproyecto además de los trámites comunes a la elaboración de todos los anteproyectos de Ley previstos en el artículo 35 de la Ley 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, se tuvieron en cuenta los requisitos exigidos por el artículo 32 de la citada Ley 9/1999, que en síntesis son: acuerdo de inicio del procedimiento de declaración de un espacio natural protegido adoptado por el Consejo de Gobierno, debiendo ser objeto de publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha; en el caso de Parques y Reservas Naturales, la previa aprobación de un Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) para la zona afectada, lo cual tuvo lugar mediante la aprobación del mencionado Decreto 204/1999, de 21 de septiembre; y finalmente trámite de información pública y consulta a los intereses sociales e institucionales afectados, el cual no será necesario reiterar cuando la declaración sea consecuencia de las determinaciones de un PORN, como sucede en el anteproyecto objeto de dictamen.

El examen del Anteproyecto se inicia con un resumen de la principal doctrina del Tribunal Constitucional en torno al sistema de distribución de competencias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía han establecido en materia de “medio ambiente” y el significado que pueda tener el “Desarrollo legislativo y la ejecución” en materias tales como espacios naturales protegidos o “la protección del medio ambiente y de los ecosistemas y el dictado de normas adicionales de protección” (SSTC 64/1982, 170/1989, 66/1991 y 102/1995, entre

otras). Y así se señala que si bien el Estado puede y debe fijar las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente, no impide esta competencia el que las Comunidades Autónomas tengan atribuidas competencias propias no sólo de ejecución sino de desarrollo legislativo de la legislación básica, así como de imponer medidas adicionales de protección, significando esto la posibilidad, dentro del marco de la política global de medio ambiente y de respecto al principio de solidaridad, que coexistan diversas regulaciones constitucionales.

En atención a la doctrina constitucional mencionada y encuadrada la declaración de espacios naturales protegidos y la consiguiente delimitación de su ámbito territorial en la materia espacios naturales protegidos (por todas STC 69/1982), se llega a la conclusión en el dictamen de que la competencia para su declaración y delimitación territorial corresponde a la Comunidad Autónoma (SSTC 195/1998 y 102/1995), al ser estos actos fruto del ejercicio de una actividad ejecutiva.

-Dictamen número 50/2000, de 27 de julio, solicitado por el Consejero de Agricultura y Medio Ambiente, sobre el Anteproyecto de Ley de Ordenación del Aprovechamiento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras.

Según se señala en la Memoria justificativa del Anteproyecto, la conveniencia e incidencia de la norma se fundamenta por la necesidad de dar una regulación actual a la materia, dado que el aprovechamiento de los pastos, hierbas y rastrojeras se encuentra regulado por una Ley del año 1938 y un Reglamento del año 1969, y por la extinción de las Cámaras Agrarias de ámbito inferior al provincial, que venían desempeñando las funciones de adjudicación de los aprovechamientos pastables; a estos efectos se indica como novedad principal del Anteproyecto la creación de una Comisión Local de Pastos en todos los municipios de Castilla-La Mancha, así como Comisiones Provinciales de Pastos.

Dada la especificidad de la materia objeto del Anteproyecto, en el dictamen se efectúa una consideración de carácter general sobre los antecedentes históricos, marco competencial y legal y fines de la Ley proyectada. Y así se señala que el anteproyecto viene a regular en el ámbito autonómico la materia que fue objeto de la Ley de 7 de octubre de 1938 obsoleta y superada por la realidad actual, y a sustituir la normativa del Reglamento de 6 de junio de 1969, perfeccionada en buena técnica jurídica y adaptada a las circunstancias actuales y peculiaridades organizativas de nuestra Comunidad Autónoma.

Y por lo que respecta a las competencias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se citan en la Exposición de Motivos las contempladas en

los artículos 31.16^a y 32.2 de su Estatuto de Autonomía que atribuyen a la misma, respectivamente, competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería de acuerdo con la ordenación general de la economía, y el desarrollo legislativo y la ejecución en el marco de la legislación básica del Estado, en materia de pastos; si bien y aun aceptando que el contenido del Anteproyecto se encuadra esencialmente en estos dos títulos competenciales, señala el Consejo que el mismo incide en otras materias sobre las que la Comunidad Autónoma ostenta igualmente competencias, tal es el caso de la contemplada en el artículo 31.1.28^a del Estatuto de Autonomía, competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia, y en los artículos 32.1 y 2, que atribuyen a la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y la ejecución de la normativa básica del Estado en materia de régimen local y montes.

En cuanto al ámbito de aplicación y objeto de la Ley proyectada, en el primer apartado del artículo 1, se define como objeto de la Ley la ordenación y regulación del aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras, así como establecer los órganos competentes en la materia, y en el segundo apartado se señala que la Ley será de aplicación a todas las superficies que dentro del ámbito geográfico de Castilla-La Mancha estén sometidas al “régimen común de aprovechamiento de pastos”. Por su parte, el artículo 2 dispone que tales aprovechamientos se regirán por lo dispuesto en la Ley, en las ordenanzas de pastos y por las normas consuetudinarias que deberán estar recogidas en dichas Ordenanzas. No obstante, incide el Consejo en que la definición o comprensión íntima del objeto del Anteproyecto no se alcanza sino mediante una interpretación sistemática e integradora del artículo 1 apartado 2, en relación con los artículos 18 al 21 que regulan qué superficies agrarias quedan incluidas en la llamada “Ordenación común de pastos”, qué superficies se excluyen de dicha ordenación y la posibilidad de esta exclusión mediante la agrupación de fincas colindantes, así como la segregación de superficies. De la lectura de estos preceptos puede deducirse que cuando se habla de “régimen común” u “ordenación común de aprovechamiento”, no se incluye, exclusivamente, la regulación de los aprovechamientos comunes en régimen de comunidad, sino también la del disfrute y aprovechamiento de superficies productivas de otros propietarios y partícipes como son: todas las superficies agrarias productivas, excepto las excluidas expresamente o las que puedan excluirse a petición de los interesados; los aprovechamientos de pastos comunales; y las superficies destinadas tradicionalmente al pastoreo que no sean excluidas expresamente.

Como conclusión y de acuerdo con la materia que es objeto de regulación en el Anteproyecto, ya se ha señalado como su Exposición de Motivos pone un

especial acento sobre los aspectos organizativos, de gestión y competenciales, sin duda por la decisiva innovación que suponen y sentido institucional autonómico que los inspiran. Pero el texto es más amplio en su contenido y regula otros aspectos trascendentales, como son el mismo objeto de la Ley, las ordenanzas de pastos, el régimen normativo aplicable a los aprovechamientos y su tratamiento económico; sugiere por ello el Consejo Consultivo que, en aras de la mejor comprensión e interpretación del contenido del Anteproyecto a cuyo fin juega un papel fundamental la Exposición de Motivos, se perfeccione ésta, completándola por una parte con una alusión a los otros títulos competenciales que inciden en la materia anteriormente señalados (artículos 31.1.28ª y 32.1 y 2 del Estatuto de Autonomía), y por otra parte perfilando el objeto de la ley conforme a las notas esenciales que se derivan de los artículos 1 y 2 en relación con los artículos 18 a 21.

- Dictamen número 54/2000, de 27 de julio, solicitado por la Consejera de Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Podólogos de Castilla-La Mancha.

El Anteproyecto viene a dar respuesta a la previsión contenida en el artículo 10 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de Creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha a tenor del cual la creación de aquéllos que tengan como ámbito de actuación todo o parte del territorio de la Región se realizará mediante Ley, siendo necesaria la petición mayoritaria fehacientemente expresada por los profesionales interesados, y en este sentido y según se señala en la Memoria justificativa, la Asociación Castellano-manchega de Podólogos, en representación de los profesionales que ejercen dicha profesión en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, por decisión unánime de su Asamblea General celebrada con fecha 11 de junio de 1999, solicitó la creación del Colegio Oficial de Podólogos de Castilla-La Mancha.

Se señala además en la referida memoria que por Real Decreto 649/1988, de 24 de junio, dicha profesión se configuró como una actividad sanitaria con autonomía académica y profesional y que la protección a la salud a la que está orientada constituye un derecho reconocido en la Constitución. Se estima por ello que concurren razones de interés público para la creación del citado Colegio Profesional, toda vez que “permitirá dotar a un amplio colectivo de profesionales de una organización capaz de velar por la defensa de sus intereses, adecuados en todo momento a los de los ciudadanos y de ordenar el ejercicio de la profesión, así como progresar en el desarrollo de la Sanidad en el ámbito de Castilla-La Mancha”.

En cuanto al contenido del Anteproyecto el Consejo hizo objeto de consideración esencial los siguientes preceptos del mismo.

En primer lugar el artículo 2, apartado tercero determina que el Colegio “adquirirá personalidad jurídica y capacidad de obrar a partir de la constitución de sus órganos de gobierno, de acuerdo con lo previsto en los estatutos colegiales”. Por su parte el artículo 12 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, establece que “los Colegios Profesionales creados por Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha adquirirán personalidad jurídica desde la entrada en vigor de la norma que los haya creado”, precepto éste que resulta vulnerado por lo afirmado en el artículo 2.1 del Anteproyecto que difiere la adquisición de la personalidad jurídica del ente corporativo, de modo semejante a su capacidad de obrar, a la constitución de los órganos de gobierno colegiales. Ante esta contradicción, propone el Consejo la supresión de la referencia a la adquisición de personalidad jurídica con la constitución de los órganos de gobierno, dado que la misma se adquirirá con la entrada en vigor de la Ley que se apruebe para su creación.

Y en segundo lugar, el artículo 3 del Anteproyecto, denominado “ámbito personal” se adapta a la normativa vigente al indicar que, para el ejercicio de la profesión de Podólogo en el ámbito de Castilla-La Mancha, será precisa la previa incorporación al Colegio, sin perjuicio, no obstante, de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, básico en la materia, según la redacción dada por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales.

No obstante, promulgado posteriormente el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, actualmente en vigor, señala el Consejo que debe agregarse la referencia a la nueva redacción dada al primer párrafo del citado artículo 3.2, en el que se contempla la posibilidad de que el profesional interesado se incorpore a un único Colegio Territorial, que será el del domicilio profesional único o principal de aquél, para ejercer en todo el territorio del Estado, sin que le pueda ser requerido por los demás colegios el abono de contraprestación alguna distinta de la que exijan a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que sean diferentes de la cuota colegial.

- Dictamen número 55/2000, de 27 de julio, solicitado por la Consejera de Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Protésicos Dentales de Castilla-La Mancha.

Este Anteproyecto, al igual que el anterior, viene a dar respuesta a la previ-

sión contenida en el artículo 10 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de Creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha a tenor del cual la creación de aquéllos que tengan como ámbito de actuación todo o parte del territorio de la Región se realizará mediante Ley, siendo necesaria la petición mayoritaria fehacientemente expresada por los profesionales interesados, y en este sentido y según se señala en la Memoria justificativa, la Asociación castellano-manchega de Protésicos Dentales, en representación de los profesionales que ejercen dicha profesión en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, por decisión unánime de su Asamblea General celebrada con fecha 6 de noviembre de 1999, solicitó la creación del Colegio Oficial de Protésicos Dentales de Castilla-La Mancha.

Se señala además en la referida memoria que por Ley 10/1986, de 17 de marzo, dicha profesión se ha regulado como una actividad sanitaria con autonomía académica y profesional y que la protección a la salud a la que está orientada constituye un derecho reconocido en la Constitución. Se estima por ello que concurren razones de interés público para la creación del citado colegio profesional, toda vez que “permitirá dotar a un amplio colectivo de profesionales de una organización capaz de velar por la defensa de sus intereses, adecuados en todo momento a los de los ciudadanos y de ordenar el ejercicio de la profesión, así como progresar en el desarrollo de la Sanidad en el ámbito de Castilla-La Mancha”.

En el Dictamen se aborda un análisis del marco constitucional y estatutario en que se encuadra la competencia en materia de corporaciones de Derecho Público representativas de intereses profesionales, y así se recuerda como el Tribunal Constitucional en la Sentencia 20/1998, de 18 de febrero, partió del planteamiento de que el artículo 36 de la Constitución no puede ser entendido como norma atributiva de competencia legislativa al Estado, si bien ello no significa que éste carezca de todo título habilitante para intervenir en la materia, ni tampoco que el nivel o grado de competencia estatal sea sólo el que resulte de los propios términos de cada uno de los Estatutos de Autonomía.

Los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término de las atribuciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye el ejercicio de funciones

propias de las Administraciones territoriales o permite a éstas últimas recabar la colaboración de aquéllas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que las sitúa bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones titulares de las funciones o competencias ejercidas por ellas.

La dimensión pública de los entes colegiales los equipara a las Administraciones Públicas de carácter territorial, si bien tal equiparación queda limitada sólo a los aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de aquéllos. Por ello, la Ley a que se refiere el artículo 36 de la Constitución ha de ser estatal, fundándose tal habilitación en lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª. de la Constitución que establece la competencia exclusiva del Estado en cuanto a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Corresponde pues al Estado en virtud de este precepto, fijar los principios y reglas básicos a que han de ajustar su organización y competencias las corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales.

Tales fundamentos fueron reiterados por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 89/1989, de 11 de mayo, en la que se afirma la naturaleza mixta de estos entes, dado que partiendo de una base asociativa nacida de la actividad profesional titulada, se constituyen como asociaciones que cumplen a la vez fines públicos y privados, pero integrados siempre en la categoría de corporación. Tales corporaciones tienden esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio. Los Colegios Profesionales, por su naturaleza jurídica, fines y su constitucionalmente permitida regulación por Ley, no son subsumibles en el sistema general de las asociaciones a que se refiere el artículo 22 de la Constitución, cumpliendo fines específicos determinados por la profesión titulada de indudable interés público.

A la vista de lo expuesto, puede señalarse, por un lado, que la Ley a que se refiere el artículo 36 de la Constitución es indudablemente una Ley estatal en cuanto a la fijación de criterios básicos de organización y competencia y por otro, que el título habilitante para el ejercicio de competencias por parte del Estado sobre el régimen jurídico de los Colegios Profesionales, se encuentra recogido en el artículo 148.1.18ª. de la Constitución, puesto que el reconocimiento de dichos entes como corporaciones de Derecho público les lleva a participar de la naturaleza de Administraciones Públicas, sobre cuyo régimen jurídico tiene conferida el Estado la competencia exclusiva para establecer las bases, según el mencionado precepto constitucional.

Las únicas previsiones seguras acerca de lo básico en esta materia se comprenden en la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales y en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, que en disposición similar otorgó la calificación de básico a su artículo 39, por el que se modificaba el primer párrafo del artículo 3.2 de la Ley 2/1974 mencionada. Y en lo referente a la Ley de 1974, y a la de 26 de diciembre de 1978 que la modifica, habrá que estar a las interpretaciones que realice en cada momento el Tribunal Constitucional que, en términos generales, entiende que el concepto de bases debería comprender los aspectos relativos a la constitución y organización de sus órganos de gobierno y su actividad en los ámbitos en que realizan funciones administrativas, en tanto participan de la naturaleza de Administraciones Públicas.

- Dictamen número 69/2000, de 25 de septiembre, solicitado por la Consejera de Economía y Hacienda, sobre el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2001.

Entre las principales novedades que presenta el Anteproyecto respecto al del ejercicio anterior pueden destacarse las siguientes: la integración entre los créditos ampliables, los relativos a sexenios y a indemnizaciones por jubilación del personal docente (artículo 7); la introducción del concepto de “masa salarial” (artículo 24); el establecimiento de los requisitos para la determinación o modificación de retribuciones (artículo 27); la introducción de un nuevo Título IV denominado “De la gestión de los presupuestos docentes”, en el que se regula el módulo económico de distribución de fondos públicos para sostenimiento de centros concertados, la aplicación de medidas de mantenimiento de empleo en centros concertados, así como los costes de personal de la Universidad; y la previsión de destino a programas sociales del 100% de los ingresos que se prevean recaudar durante el 2001 en aquellos tributos que se establezcan y que tengan por objeto el gravamen de elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades que incidan en el medio ambiente.

Se inicia el examen del Anteproyecto recordando la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a las limitaciones del contenido propio de las Leyes de Presupuestos, limitaciones que según las SSTC 174/1998, de 23 de julio, y 180/2000, de 29 de junio, son igualmente aplicables a los Presupuestos de las Comunidades Autónomas, habida cuenta de que las normas que integran el bloque de la constitucionalidad, esto es, las previsiones de los Estatutos de Autonomía y el artículo 21 de la Ley Orgánica de Financiación de las

Comunidades Autónomas, guardan una identidad sustancial con el artículo 134.2 de la Constitución, por lo que cabe inferir “un principio general de que el contenido de la Ley de Presupuestos autonómica se adecue a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de política económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto”.

De acuerdo con dichas limitaciones se examina a continuación la Disposición Adicional duodécima del texto del Anteproyecto a cuyo tenor: “Con carácter general, la falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados a instancia de los interesados de concesión de premios, ayudas, subvenciones, y cualesquiera otros que generen derechos de carácter económico contra la Hacienda Pública de Castilla-La Mancha, producirá efectos desestimatorios, salvo que sus normas reguladoras prevean un efecto distinto”. En concreto, el dictamen se centra en discernir si el contenido de la citada Disposición forma parte del núcleo esencial, mínimo e indispensable del anteproyecto de Ley de Presupuesto –al constituir previsión de ingresos o habilitación de gastos– o bien si su inclusión en la Ley de Presupuestos se fundamenta en que aquélla puede formar parte del contenido accidental de la Ley, por cumplirse las dos condiciones exigidas por la doctrina del Tribunal Constitucional: conexión con el contenido propio del presupuesto y justificación de su inclusión por ser complemento de los criterios de política económica de que aquél es instrumento y ser necesaria para una mejor inteligencia y ejecución del mismo.

Respecto al primer aspecto concluye el Consejo que hay que negar que la medida objeto de la Disposición Adicional controvertida forme parte del contenido esencial de la Ley de Presupuestos (aun admitiendo que tal medida tenga relación con el capítulo de gastos por pretender un ahorro de éstos), en cuanto no contiene la expresión cifrada de una previsión de ingresos o habilitación de gastos, tal como el Alto Tribunal exige.

Y en cuanto al segundo aspecto, se señala que la Disposición cuestionada afecta de algún modo a la materia presupuestaria en cuanto hace referencia a expedientes por los que los afectados se erigirán en acreedores de la Junta de Comunidades, ostentando derechos contra la Hacienda Pública, en cuanto podrán ser declarados beneficiarios de ayudas, subvenciones o premios, si bien esta incidencia no es suficiente para poder afirmar la conexión directa de esa medida con el presupuesto, dado que la regulación cuya aprobación se propone

es meramente procedimental señalando a tal efecto el Tribunal Constitucional en la Sentencia 180/2000, que su vinculación con la previsión de ingresos y gastos “debe ser directa y no remota, puesto que cuando aquélla no es lo suficientemente relevante no podrá formar parte del contenido accidental de la Ley de Presupuestos”.

Del mismo modo, concluye el Consejo señalando que tampoco queda patente que la Disposición Adicional se configure como un instrumento necesario para el complemento de los criterios de política económica del Gobierno Regional, lo que se producirá sólo en el caso de que “se adoptara un concepto desmesurado e inoperante de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen tal política” (Sentencia 195/1994), ni como una norma necesaria para la mejor inteligencia y ejecución del presupuesto, pues como se ha indicado, su carácter es eminentemente procedimental, detallando cuestiones acerca de la finalización de determinados procedimientos iniciados en los que no haya recaído resolución expresa, sin que tales medidas incidan en modo alguno en el entendimiento de la Ley o mejoren o faciliten la ejecución del presupuesto.

- Dictamen número 72/2000, de 25 de septiembre, solicitado por la Consejera de Industria y Trabajo, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se crea y regula el Consejo de Formación Profesional de Castilla-La Mancha.

En la Memoria que acompaña al expediente se justifica la necesidad de la norma señalando que la Formación Profesional contribuye de forma evidente al mantenimiento y desarrollo de la estructura productiva, aludiendo para ello a la definición que de la misma efectúa la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación del Sistema Educativo, que la contempla en un sentido amplio comprensiva tanto de la formación profesional reglada como la no reglada, que se dirige a la inserción laboral de los trabajadores y la formación continuada en las empresas.

En cuanto a las competencias involucradas en la aprobación del Anteproyecto, se alude a la competencia que el artículo 37 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Junta de Comunidades para llevar a cabo “el desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades...”, así como a la competencia regulada en el artículo 33.11 que atribuye a la Junta de comunidades la función ejecutiva en materia laboral “en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado”.

Además de los dos títulos competenciales citados, señala el Consejo que, habida cuenta del contenido del Anteproyecto, de carácter eminentemente organizativo como lo es la creación de un órgano colegiado al que se le asignan funciones de asesoramiento coordinación y participación institucional y social en materia de Formación Profesional, la Comunidad Autónoma está ejercitando la competencia exclusiva que el artículo 31.1.1^a de su Estatuto de Autonomía le atribuye en materia de “Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno”, competencia ésta que otorga a la Comunidad Autónoma una potestad organizatoria propia sobre su Administración, así como la responsabilidad de su gobierno y gestión.

Es precisamente este contenido eminentemente organizativo del Anteproyecto objeto de dictamen el que no justifica, a juicio del Consejo, y a salvo de otras razones que no se desprenden del expediente remitido, la opción de tramitar dicho texto con rango de ley formal.

Así, se señala que aun no existiendo ni en la Constitución, ni en el Estatuto de Autonomía una reserva a favor del Reglamento, existen razones de eficacia, –principio éste consagrado constitucionalmente en el artículo 103.1 y al cual ha de someterse la actuación de la Administración–, que abogan a favor de que el rango de la norma sea el Decreto. De este modo el contenido reglamentario del mismo no sólo podría abarcar cuantos aspectos organizativos y de funcionamiento se estimaran necesarios por el Gobierno, sino que, parejamente, la eventual modificación de los mismos quedaría al alcance del propio ejecutivo para el que el citado Consejo de Formación Profesional cumple sus funciones consultivas y de asesoramiento.

Apunta el Consejo, además, que el Derecho comparado a nivel autonómico muestra que las CA que han regulado dicho Consejo de Formación Profesional lo han hecho por vía de Decreto, y tal es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Decreto 451/1994, de 15 de noviembre), Cataluña (Decreto 21/1999, de 9 de febrero), País Vasco (Decreto 100/1994, de 22 de febrero), Navarra (Decreto Foral 44/1991, de 31 de enero), Galicia (Decreto 110/1999, de 8 de abril), Valencia (Decreto 221/1996, de 26 de noviembre), Canarias (Decreto 233/1997, de 18 de septiembre), o Aragón (Decreto 234/1999, de 22 de diciembre).

En definitiva, concluye el Consejo que por las razones que se acaban de exponer y por el propio contenido de la materia que es objeto de regulación, la norma reglamentaria constituye la vía suficiente y adecuada para la creación y regulación del Consejo de Formación Profesional de Castilla-La Mancha.

II. Dictámenes sobre recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia.

-Dictamen número 13/2000, de 22 de febrero, solicitado por el Consejero de Administraciones Públicas, sobre planteamiento de conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional en relación con la resolución del Ministerio de Fomento de 5 de noviembre de 1999 por la que se resuelve el recurso extraordinario de revisión formulado por Ciudad Real Noticias, S.A.

Se somete a estudio en el presente dictamen, la posibilidad de interponer un conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional en relación con la resolución del Ministerio de Fomento de 5 de noviembre de 1999 por la que se resuelve el recurso extraordinario de revisión formulado por Ciudad Real Noticias, S.A. contra la resolución del Ministerio de Fomento de 6 de julio de 1999, por la que se interpuso a dicha empresa una sanción de dos millones de pesetas y clausura de instalaciones por utilización de frecuencias radioeléctricas carentes de autorización administrativa, y en relación con el acto de precintado de equipos llevado a cabo el 5 de enero de 2000 en ejecución de las medidas acordadas en la resolución de 6 de julio de 1999.

Según consta en la documentación que se acompaña en el expediente remitido, el requerimiento de incompetencia tuvo lugar mediante escrito del Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha dirigido al Presidente del Gobierno de la Nación con fecha 26 de enero de 2000, y tal requerimiento se funda en que el Ministerio de Fomento, al cerrar una televisión local por ondas que emite en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, no porque esté produciendo interferencia alguna, sino porque está utilizando frecuencias y prestando el servicio de televisión sin autorización, está ejerciendo una competencia de titularidad autonómica, por lo que se entienden vulnerados el artículo 149.1.27^a de la Constitución que atribuye al Estado el dictado de las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas; los artículos 32.9 y 38 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que atribuyen a la misma competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de televisión y otros medios de comunicación social, en el marco de las normas básicas estatales, así como las potestades y competencias que le correspondan, en los términos y casos establecidos en la Ley Reguladora del Estatuto Jurídico de Radiotelevisión en materia de medios audiovisuales de comunicación social del Estado; y los artículos 9.1, 16 y 17 de la Ley 41/1995,

de 22 de diciembre, de Régimen Jurídico del Servicio de televisión local por ondas terrestres, por cuanto atribuyen a las Comunidades Autónomas el otorgamiento de las correspondientes concesiones para la prestación del servicio y la potestad sancionadora.

La cuestión principal que suscita el conflicto consiste en determinar si la sanción y cierre de una emisora de televisión local por ondas terrestres por el uso de una frecuencia radioeléctrica no autorizada corresponde al Estado, en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones (artículo 149.1.21 de la Constitución) o a la Comunidad Autónoma en el ejercicio de las competencias que le atribuye los artículos 32 y 38 del Estatuto de Autonomía.

Para ello, es decir, para poder determinar a quien debe atribuirse la potestad de inspección y sanción, dado el entrecruzamiento de las competencias, se analiza cuál es la conducta sancionada, y así, tanto el acuerdo de incoación como la propia resolución sancionadora, tipifican la infracción en la “Utilización de frecuencias radioeléctricas carentes de autorización administrativa, estableciéndose con su uso un servicio de televisión por ondas terrestres, sin título habilitante”, estableciendo la resolución sancionadora la imposición de una sanción pecuniaria y el precintado de los equipos correspondientes de la instalación “en tanto el sujeto pasivo no disponga del preceptivo título habilitante”, título éste constituido por la concesión que corresponde otorgar a las Comunidades Autónomas en virtud de lo establecido en los artículos 9.1 y 10, de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres. Solamente si del contenido del expediente pudiera resultar que los hechos sancionados inciden en aspectos técnicos o de protección del espacio radioeléctrico, la competencia del Ministerio de Fomento podría encontrar razonable fundamento en la controversia por cuanto el artículo 17 de la Ley citada atribuye al Estado la sanción de las “infracciones que puedan cometerse contra la normativa reguladora de aspectos técnicos y de protección del espacio radioeléctrico”. Es lo cierto, sin embargo que el tipo utilizado se refiere a la utilización de frecuencias sin título habilitante, título que según se ha señalado está constituido por la concesión que corresponde otorgar a la Comunidad Autónoma.

Precisados los términos en los que pudiera plantearse el conflicto, se señala en el dictamen que la cuestión ha sido claramente resuelta desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1993, de 25 de marzo, resolutoria de un conflicto de competencias con motivo de la incoación de un expediente sancionador por parte del Estado en relación con el funcionamiento de una emisora de

radiodifusión en frecuencia modulada sin la correspondiente concesión administrativa. En dicha Sentencia se señaló que correspondiendo a la Comunidad Autónoma la resolución de solicitudes de concesión de emisoras de radiodifusión en ondas métricas con modulación de frecuencia, su otorgamiento y la regulación del procedimiento de adjudicación de las mismas “las facultades accesorias a la competencia principal y referidas, a la inspección de los servicios e imposición de sanciones derivadas de infracciones a esa normativa autonómica deben corresponder también a quien ostenta la potestad para otorgar las concesiones para la gestión indirecta de los servicios”. Y es precisamente este mismo criterio el que en la actualidad se contiene de forma expresa en el artículo 65 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General del Telecomunicaciones, al establecer que “corresponde al Estado, a través de la Inspección de Telecomunicaciones el control e inspección del dominio público radioeléctrico. Respecto de la inspección y del régimen sancionador, se estará a lo dispuesto en el Título VIII. La competencia estatal se entenderá sin perjuicio de las facultades de inspección, control y sanción que correspondan a las Comunidades sobre servicios de comunicación social, si las concesiones para su prestación han sido otorgadas por ellas”.

Debe resaltarse además, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional da prevalencia al título competencial “medios de comunicación social” (artículo 149.1.27^a) sobre el de “telecomunicaciones” (artículo 149.1.21^a), y así en la Sentencia 168/1993, de 27 de mayo, se señala que “en definitiva todos estos aspectos y otros de la radiodifusión conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 de la Constitución, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medios de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran un natural acomodo en el artículo 149.1.27^a de la Constitución a efectos de la distribución de competencias” y que “es indudable que siendo el contenido del título competencial del artículo 149.1.21^a virtualmente más expansivo que el otro del artículo 149.1.27^a de la Constitución, debe ser interpretado restrictivamente para evitar una exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión”.

Podría oponerse a lo anterior que no existiendo concesión administrativa, y siendo el Estado titular de la potestad de protección del espacio radioeléctrico queda en éste residenciadas las facultades de inspección y sanción, sin embargo esta cuestión ha sido igualmente resuelta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/1993, señalando que al corresponder a las Comunidades Autónomas el otorgamiento de las concesiones de emisoras en modulación de

frecuencia, “debe corresponderles también, en lo que a este conflicto de competencias atañe, la facultad de interrumpir el funcionamiento de las emisoras clandestinas y la clausura de los equipos, así como la instrucción de los correspondientes expedientes sancionadores y, en su caso la imposición de sanciones”, y la misma Sentencia señala que “esta conclusión no puede ser eludida aduciendo –como hace el Abogado del Estado– que la atribución por el Gobierno de frecuencias y potencias es algo previo al ejercicio de las competencias autonómicas sobre el otorgamiento de concesiones. Por el contrario, la concesión es el acto administrativo que permite el acceso de una persona física o jurídica a la gestión indirecta del servicio público de radiodifusión sonora y por el cual el concesionario se obliga a prestar un resultado [...] de manera que se establece a partir de ella una peculiar relación de colaboración entre la Administración concedente y el concesionario en el ámbito de la gestión del servicio. Debe ser, por tanto, el otorgamiento de la concesión o su denegación, o la falta de solicitud –en virtud de la naturaleza de ese acto administrativo– el punto de referencia que determine la titularidad de la competencia para la inspección y sanción de las emisoras clandestinas”.

Concluye por tanto el dictamen señalando que el procedimiento sancionador seguido es contrario al orden constitucional de competencias, ya que nada en el expediente examinado permite afirmar que la conducta del sancionado suponga una infracción de las que en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre corresponda sancionar al Estado en virtud de sus propios títulos competenciales.

El presente dictamen contó con el voto particular discrepante del Consejero D. Ángel Ortega Benayas por entender que el Estado al sancionar por “utilización de frecuencias radioeléctricas carentes de autorización administrativa, estableciéndose con su uso un servicio de televisión local por ondas terrestres, sin título habilitante (artículo 79.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones)”, ha actuado en uso de las competencias exclusivas que en materia de “correos y telecomunicaciones” le atribuye la Constitución Española en su artículo 149.1.21^a y de conformidad con los artículos 65, 79.1 y 80.5 de la citada Ley 11/1998, y con el artículo 17 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Régimen Jurídico del Servicio de televisión local por ondas terrestres, sin invadir, en modo alguno, las competencias de desarrollo legislativo y ejecución, que el artículo 149.1.27^a de la Constitución reserva a las Comunidades Autónomas en materia de prensa, radio y televisión y que los artículos 32.9 y 38 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuyen a esta Comunidad Autónoma.

-Dictamen número 16/2000, de 7 de marzo, solicitado por el Consejero de Economía y Hacienda, sobre la posible inconstitucionalidad de los artículos 87 a 94 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000.

Examina el Consejo Consultivo el contenido de los preceptos citados y analiza en concreto, si han sufrido alteración las circunstancias o condiciones apreciadas en anteriores pronunciamientos de este órgano sobre la materia, concretamente los dictámenes nº 13/1997, de 10 de marzo, sobre posible inconstitucionalidad del modelo de financiación aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, dictamen en el que se analiza también su limitado reflejo legal hasta entonces producido, nº 49/1997, de 14 de julio, relativo a la procedencia de interponer recurso de ese tipo contra el Real Decreto-Ley 7/1997, de 14 de abril, relacionado con el artículo 82 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997, nº 16/1998, de 24 de febrero, sobre inconstitucionalidad de los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, y nº 29/1999, de 16 de marzo, en referencia a la inconstitucionalidad de los artículos 82 a 89 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999.

Todos los artículos que se cuestionan integran el Capítulo II relativo a las “Comunidades Autónomas”, del Título VII, de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 denominado “de los Entes Territoriales”; concretamente los artículos 87 a 91, tienen como objeto principal la regulación de la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado, de acuerdo con el “Modelo para la aplicación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas para el quinquenio 1997-2001” aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de 23 de septiembre de 1996, constituyendo así un desarrollo parcial de aquél.

En concreto, en el artículo 87 se fijan los porcentajes definitivos de participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado para el quinquenio 1997-2001, aplicables a 1 de enero de 2000, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y en el modelo para la aplicación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas para dicho quinquenio, aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera el 23 de septiembre de 1996, diferenciando la participación en los ingresos territoriales del Estado por el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y en los ingresos generales del Estado. Tal precepto supone el desarrollo complementario y suce-

sivo de las bases o criterios preestablecidos en el acuerdo primero del Acuerdo de 23 de septiembre de 1996 referido (BOE de 22 de abril de 1997 que lo publica, cumplimentando resolución de 26 de marzo de 1997, de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales) y de su plasmación legal contenida hasta ahora en el artículo 83 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, artículo 1 del Real Decreto-Ley 7/1997, de 14 de abril, 83 y 84 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre y 82, 83 y 84 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, preceptos todos ellos materia de anteriores dictámenes y pendientes de recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo del Gobierno regional.

El artículo 88 fija las entregas a cuenta de la participación de la Comunidades autónomas en los ingresos del Estado, con la misma diferenciación anterior entre ingresos por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e ingresos generales del Estado.

El artículo 89 se refiere a la liquidación definitiva de la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado, estableciendo reglas para su práctica. Tal precepto es semejante en contenido al artículo 85 de la Ley 49/1998, el cual se encuentra recurrido ante el Tribunal Constitucional.

El artículo 90 describe la financiación provisional durante el año 2000, de las Comunidades Autónomas cuyas respectivas Comisiones Mixtas no han adoptado el sistema de financiación para el quinquenio 1997-2001. El artículo 86 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el pasado ejercicio presentaba contenido análogo, habiendo sido objeto del último dictamen mencionado y encontrándose igualmente recurrido ante el Tribunal Constitucional

Por su parte, el artículo 91 se refiere a la liquidación definitiva de la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado de ejercicios anteriores, disponiendo la habilitación de un crédito a tal fin. Tal precepto supone asimismo, la aplicación y continuación de las previsiones de los artículos 87 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, 84 de la Ley 65/1997 y 87 de la Ley 49/1998 ambas de igual fecha.

Con respecto a este primer bloque de preceptos, según se ha indicado anteriormente, regulan uno de los elementos que conforman el nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas derivado de los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de septiembre de 1996 y, en concreto, “el mecanismo de cierre del Modelo” constituido, tal como se expresa en dichos

Acuerdos, por la Participación en los Ingresos del Estado. Reitera el Consejo lo expresado en su dictamen número 13 de 10 de marzo de 1997, en el sentido de que el nuevo sistema de financiación difícilmente cumple con las exigencias constitucionales, por cuanto reduce los mecanismos de solidaridad activos al Fondo de Compensación Interterritorial y residualmente al efecto redistribuidor de la participación en los Ingresos del Estado, pudiendo producir una acentuación de los desequilibrios interterritoriales sin establecer mecanismos de corrección a los mismos. A esta conclusión se llegaba tras considerar que, si bien el Modelo introduce en el cálculo inicial de los recursos a percibir por las Comunidades Autónomas elementos redistribuidores, al ponderar las variables redistributivas previstas en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas para obtener el porcentaje de participación de las Comunidades Autónomas, la evolución de los recursos a lo largo del quinquenio, que no afectará por igual a todas ellas, dada la distinta importancia en cada una de los diferentes elementos del sistema, así como “la falta de referencias empíricas sobre las previsiones de comportamientos de los nuevos mecanismos” -según reconocen los propios Acuerdos-, y particularmente, de la tarifa autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, podrá desvirtuar esa redistribución que inicialmente se había pretendido, por lo que los elementos de solidaridad del sistema anterior desaparecen en el reforzamiento del principio de autonomía que el nuevo sistema pretende.

En cuanto al contenido de los restantes preceptos objeto de impugnación, el artículo 92 contempla la regulación aplicable a las transferencias a las Comunidades Autónomas correspondientes al coste de nuevos servicios, determinando que en el supuesto de efectuarse a partir del 1 de enero de 2000 nuevas transferencias de servicios a éstas, los créditos correspondientes a su coste efectivo se situarán en la Sección 32, Programa 911-A, “transferencias a Comunidades Autónomas por coste de los servicios asumidos”, en conceptos distintos de los correspondientes a los créditos de la participación en los Ingresos del Estado.

Detalla, asimismo, dicho precepto el contenido que han de presentar los Reales Decretos que aprueben las nuevas transferencias de servicios, los cuales habrán de contemplar la fecha en la que la Comunidad Autónoma debe asumir efectivamente la gestión del servicio transferido, la financiación anual, en pesetas del ejercicio 2000, desglosada en los diferentes capítulos de gastos que comprenda, la financiación en pesetas del presente ejercicio, que corresponda desde la fecha de asunción efectiva de la gestión del servicio hasta el final de la anualidad desglosada en los distintos conceptos presupuestarios que comprenda y la

valoración definitiva, en pesetas del año base, correspondiente al coste efectivo anual del mismo, a efectos de posterior consolidación para futuros ejercicios económicos.

Este precepto se corresponde respectivamente con los artículos 87 de las Leyes 12/1996 y 65/1997, y 88 de la Ley 54/1999, sin perjuicio de la diferencia lógica sobre el ejercicio económico a que cada uno se contrae.

Analizando su contenido no resulta ser desarrollo normativo del sistema de financiación acordado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera para el quinquenio 1997-2001, sino más bien una previsión presupuestaria para que el coste del traspaso de nuevos servicios que puedan efectuarse durante la correspondiente anualidad no incida sobre los créditos destinados a la participación de las Comunidades Autónomas en los Ingresos del Estado.

Por su parte el artículo 93 regula la aplicación del Fondo de Garantía del mismo sistema de financiación. Esta figura recogida ya en el modelo de financiación aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera el 23 de septiembre de 1996, se plasma ahora legalmente dando cumplimiento a las previsiones contenidas en dicho acuerdo inicial, si bien incluyendo las modificaciones puntuales introducidas mediante nuevo acuerdo adoptado por el citado órgano en sesión de 27 de marzo de 1998, que supone, en síntesis:

- La supresión de la garantía de crecimiento mínimo de la financiación de cada Comunidad Autónoma del 90% del incremento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (estatal).

- La introducción de variaciones en cuanto a la liquidación, dado que si la diferencia obtenida entre lo que supone la aplicación del índice de crecimiento del Producto Interior Bruto nominal a la financiación del año base y lo efectivamente recaudado es positiva, representa para cada Comunidad Autónoma un saldo acreedor que le será abonado por el Estado y si es negativa no producirá efecto.

Al contemplarse esa figura como un mecanismo de cierre del sistema y como uno de los mecanismos de solidaridad del mismo, los elementos que lo componen pretenden fundamentalmente garantizar niveles de crecimiento en la financiación homogéneos y un resultado final igualmente homogéneo en la financiación por habitante, pero por ello mismo no operan como mecanismo de solidaridad, entendida como redistribución de riqueza de las regiones más ricas a las

menos desarrolladas, de forma que si eventualmente puede tener tal efecto es igualmente posible que produzca el efecto contrario.

Lo realmente establecido es una garantía de crecimiento mínimo de la financiación de cada Comunidad Autónoma por los mecanismos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cedido, un incremento de recursos para cada Comunidad Autónoma no inferior al porcentaje de la media y una garantía de financiación por habitante establecida en un porcentaje sobre la media.

El nuevo modelo pierde toda referencia a los elementos redistributivos que estaban en su inicio, por lo que los elementos de solidaridad del sistema anterior desaparecen en el reforzamiento del Principio de autonomía que el nuevo sistema pretende.

El Fondo de Garantía sólo asegura un mínimo porcentual en la evolución de los recursos y una homogeneidad de su desarrollo entre todas las Comunidades Autónomas, pero no que cada una de ellas, con independencia de la capacidad de pago de su territorio, obtenga recursos suficientes con los que financiar los servicios públicos que tiene atribuidos. En el actual sistema no parece visible la garantía de cumplimiento del principio de solidaridad, el cual impone una amortiguación de las desigualdades y una garantía de los niveles mínimos de las condiciones materiales de vida, por lo que un sistema que acentúe tales desequilibrios o no garantice de modo suficiente los mínimos sería contrario al referido principio.

Por último, el artículo 94 regula la cuantía a la que asciende el Fondo de Compensación Interterritorial para el año 2000, cuyo porcentaje se cifra en 39,33935 por 100, siendo beneficiarias del mismo las Comunidades Autónomas de Galicia, Andalucía, Asturias, Cantabria, Murcia, Valencia, Castilla-La Mancha, Canarias, Extremadura y Castilla y León, de acuerdo con la Disposición Transitoria tercera de la Ley 29/1990, de 26 de diciembre.

Respecto de este precepto se señala en el informe de la Dirección General de Economía y Presupuestos que acompaña al expediente, que existe una incorrecta determinación del mismo. Así la base de cálculo para aplicarlo debe determinarse sobre la cantidad presupuestada para las inversiones reales nuevas de carácter civil, ponderándose también el importe resultante de la población relativa del conjunto de Comunidades Autónomas beneficiarias, y por el índice resultante del cociente entre la renta de las Comunidades Autónomas partícipes, y según señala el citado informe el Estado cifra la cantidad inicial en

505.273,794 millones de pesetas, cuando debió ser de 574.595,979 millones de pesetas, importe a que asciende la inversión total del carácter civil presupuestado, y en consecuencia a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha le debería haber correspondido la cantidad de 11.687,7 millones de pesetas y no la de 10.275,0 millones de pesetas, que es la realmente asignada según la documentación presupuestaria acompañada.

Invocado este error en la aplicación de la normativa reguladora del citado Fondo, analiza el Consejo si tal diferencia cuantitativa constituye vulneración del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución llegándose a la conclusión de que la identidad de trato aplicada a todas las Comunidades Autónomas destinatarias del fondo, (diez en total, 7 anuentes al Modelo de Financiación para el quinquenio 1997-2001 y las tres que lo han rechazado), hacen obvia, tanto la inexistencia de atisbo alguno sobre un posible quebrantamiento del Principio constitucional de igualdad, como la de base sólida en el expediente que autorice a imputar actuación arbitraria dirigida a vulnerar el ordenamiento jurídico en perjuicio de cualquiera de ellas, atentatoria contra la justicia y la igualdad en libertad.

En definitiva, siguiendo la línea manifestada por el Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, se afirma que concurren en los preceptos sometidos a consulta las mismas circunstancias y elementos que se tuvieron en cuenta en el examen del Modelo de Financiación en su conjunto, contemplado en el dictamen 13/1997, de 10 de marzo, en un concreto elemento del mismo representado por la participación en los ingresos del Estado, examinado en el Dictamen 49/1997, de 14 de julio y en los preceptos incluidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998, analizados en el dictamen 16/1998, de 24 de febrero, y en los integrados en la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, analizados en el Dictamen 20/1999, de 16 de marzo.

Dichos elementos determinaron, entre otros, la interposición por parte del Consejo de Gobierno autonómico, de varios recursos de inconstitucionalidad contra los artículos 82, 83 y 84 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, los artículos 1 y 4 del Real Decreto-Ley 7/1997, de 14 de abril, artículos 83, 84 y 85 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, y artículos 82, 83, 84, 85, 86, 87 y 89 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, normas éstas cuyo contenido ha sido incorporado básicamente a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2000, por lo que, en consonancia con dichas actuaciones, resulta procedente la impugnación de los preceptos que ahora se cuestionan.

Se dictamina, por tanto, por coherencia y continuidad con los recursos anteriores interpuestos por el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha, la procedencia de interponer recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 87 a 93, excluyendo los artículos 92 y 94, de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2000.

-Dictamen número 17/2000, de 7 de marzo, solicitado por el Consejero de Obras Públicas, sobre la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad con el artículo único, apartado vigésimo cuarto, de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, por el que se crea el nuevo artículo 61 bis, en especial sobre el apartado 2 del mismo, así como contra el apartado cuadragésimo noveno por el que se agrega una nueva Disposición Adicional octava, y en concreto, sobre el punto 1 de dicha disposición.

Se somete a consulta la posible inconstitucionalidad de determinados preceptos introducidos por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, reforma legal que conforme expresa su Exposición de Motivos pretende dar respuesta a diversos problemas prácticos que han surgido en la gestión del agua a nivel nacional tras la aprobación de la citada Ley 29/1985, de 2 de agosto. En concreto, la fundamental novedad introducida por la Ley 46/1999, es la posibilidad, contemplada en el nuevo artículo 61.bis, de la cesión de los derechos de uso entre concesionarios de derechos privados al uso del agua, siendo precisamente la regulación de esta posibilidad la que hace al órgano solicitante cuestionar la constitucionalidad de la Ley.

En el dictamen se analiza en primer término la regulación legal de la cesión de derechos de uso del agua para hacer objeto de examen posteriormente los distintos motivos de inconstitucionalidad que se aducen en la consulta planteada. Así, tal posibilidad de cesión de derechos al uso privativo del agua se establece según la reforma legal con las siguientes condiciones: las cesiones se deben realizar entre quienes ya tienen un derecho de uso privativo del agua, y siempre que sean titulares de derechos de igual o mayor rango según el orden establecido en el Plan Hidrológico de Cuenca o en su defecto en el artículo 58 de la misma Ley de Aguas; en segundo lugar, la regulación establecida por la reforma impone el carácter temporal de la cesión si bien no podrá extenderse más allá del período de concesión, según el nuevo artículo 51.6; tales cesiones se someten a autorización administrativa que se entiende otorgada si el organismo de Cuenca no se opone en el plazo de un mes cuando la cesión sea entre miembros de la misma Comunidad de Usuarios o de dos meses en el resto de los casos; la autorización para la cesión podrá ser denegada mediante resolución motivada si la misma

afecta al régimen de explotación de los recursos de la cuenca, a los derechos de terceros, a los caudales medioambientales, al estado o conservación de los sistemas acuáticos o si incumple alguno de los requisitos señalados en el citado artículo 61 bis; y finalmente, los adquirentes de los derechos se subrogan en la posición del cedente con respecto al uso del agua, pudiendo la cesión conllevar una compensación económica que se fijará por mutuo acuerdo de las partes, aun cuando reglamentariamente puede establecerse un importe máximo de la citada compensación.

Respecto a dicha reforma señala el Consejo en primer término que la misma no afecta al carácter de dominio público de las aguas, en los términos del artículo 2 de la propia Ley de Aguas, y es precisamente tal carácter de dominio público de las aguas y la pervivencia de su régimen concesional en los términos establecidos en la inicial redacción de la Ley 29/1985, la que parece chocar con las novedades que introduce la nueva Ley. Establecido el carácter de dominio público de las aguas a que hace referencia el artículo 2 de la Ley se vincula a ello, por exigencia constitucional (artículo 132.1 de la Constitución), su carácter inalienable, imprescriptible e inembargable. Parece por ello contradictorio la posibilidad de que bienes de dominio público puedan ser “vendidos” por el concesionario del derecho al uso privativo de los mismos, tal y como pudiera entenderse que permite la reforma sometida a dictamen. En efecto, la nueva Ley permite la transferencia de caudales del concesionario a concesionario distinto, por precio, y sin otras limitaciones que el caudal máximo cedido no pueda superar el concedido ni el plazo de la concesión. Ciertamente la cesión se somete a autorización administrativa, pero a la vista de su regulación, puede afirmarse que ésta sólo puede ser denegada por motivos de interés público, tasados, siendo la autorización acto reglado, obligado cuando no concurra un motivo de denegación.

Lo que en definitiva se plantea con estas observaciones es la aparente contradicción entre la calificación de dominio público de las aguas y la posibilidad de su cesión. En este sentido ha de resaltarse que el artículo 132.2 de la Constitución no impone el carácter demanial de las aguas, siendo esta consideración una opción del legislador de 1985 que, incluso en aquella Ley admite excepciones. Nos hallamos por tanto ante una declaración de dominio público de una categoría de bienes como opción posible para la Ley, y cuyo régimen en consecuencia compete fijar al legislador. En este sentido recuerda el Consejo como el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, señaló que “la inclusión de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos vinculados, en última

instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como por ejemplo, la que garantiza el artículo 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la “riqueza del país”, en cuanto que subordinada al interés general (artículo 128.1 de la Constitución)”.

En consecuencia concluye el Consejo que siendo la demanialización una mera opción del legislador que, con igual legitimidad, hubiera podido optar por la posibilidad de apropiación privada de las aguas, nada parece impedir, desde la perspectiva constitucional, que en la configuración del uso privado del bien de dominio público se module con mayor o menor intensidad la participación de la administración, por considerar que la opción elegida satisface de mejor manera la finalidad constitucional que ha llevado al propio legislador a establecer la publicación de las aguas. Desde esta perspectiva, y aun cuando el régimen que deriva del conjunto de la regulación contenida en la Ley, en su nueva redacción, pueda suscitar ciertas paradojas, ningún reproche de inconstitucionalidad cabe oponer en definitiva a la posibilidad de cesión de los derechos del uso del agua.

Se somete a estudio seguidamente los otros preceptos de la reforma legal cuya constitucionalidad aparece especialmente cuestionada en el expediente, por una parte el apartado 2 del nuevo artículo 61.bis, en cuanto establece los plazos para la concesión de la autorización administrativa de la cesión y el carácter positivo del silencio administrativo y el apartado 1 de la disposición adicional octava, en su nueva redacción.

Se señala así en los informes obrantes en el expediente que los intereses y valores que la Administración debe tutelar resultan de imposible salvaguardia dada la fugacidad de los plazos en que esta debe resolver y el carácter positivo del silencio que la Ley establece. Tal posición se funda sin embargo en el imposible cumplimiento por la Administración de sus facultades para “asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute” que es la finalidad que el Tribunal Constitucional atribuye a la declaración del agua como bien de dominio público en la sentencia citada. La brevedad de los plazos y el carácter positivo del silencio imponen a la Administración una especial diligencia para evitar que su inactividad contradiga la finalidad pública de su intervención. Pero del riesgo de que la falta de diligencia administrativa pueda suponer el incumplimiento de las finalidades de uso racional y socialmente aceptable del agua no puede derivarse que la opción del legislador al establecer el procedimiento de autorización sea contraria a la Constitución. Se concluye por ello señalando en el dictamen que de producirse un desentendimiento de la Administración de sus facultades tutoras, en la práctica se produciría el incum-

plimiento de la finalidad de defensa de los intereses públicos que el legislador le ha atribuido, pero en si misma la regulación contenida en la modificada Ley de Aguas puede fundarse en razones perfectamente legítimas, sin que por ello se desapodere a la Administración de sus facultades de intervención.

Se señala igualmente la posibilidad de que las cesiones de uso puedan vulnerar los derechos de terceros y con ello el artículo 105. c) de la Constitución que garantiza el derecho de audiencia a los interesados. Es cierto que la redacción de la nueva Ley de Aguas no contiene previsión alguna de audiencia a terceros interesados, contradictoriamente por cierto con la previsión del apartado 3 del artículo 61.bis que señala como una de las causas de denegación de la autorización la lesión a los derechos de terceros; nos hallaríamos, por tanto, ante una posible inconstitucionalidad por la omisión de una norma debida como consecuencia de una exigencia constitucional. Sin embargo, debe señalarse que, sin perjuicio de la exigencia de audiencia a los terceros titulares de derechos subjetivos que pudieran verse afectados por la cesión de derechos, la audiencia a los interesados legítimos parece tener un nivel mínimo de regulación con la existencia establecida en el apartado 2 del artículo 61.bis, de comunicación de los contratos de cesión a las Comunidades de Usuarios a las que pertenezcan el cedente y el cesionario.

Se señala igualmente en el dictamen que la escueta regulación legal no resuelve directamente la cuestión añadida sobre la posible quiebra de los principios de publicidad y concurrencia en el acceso a los caudales, dado que el sistema de atribución del derecho al uso privativo del dominio público de las aguas es el concesional basado en general en tales principios de concurrencia y publicidad. Sin embargo mediante la cesión es el concesionario quien resigna los caudales sin el sometimiento a dichos principios y sin que terceros interesados en los mismos puedan concurrir a su asignación; tal paradoja, no puede sin embargo llevar a una afirmación de inconstitucionalidad, por cuanto la opción del legislador de que, en parte, la asignación de recursos se haga por el juego del mercado es una de las opciones políticas, igualmente legítimas, aún cuando choquen con el riguroso sistema concesional, en el que se integra.

Se alude finalmente en el dictamen a otros posibles motivos de inconstitucionalidad que se recogen en el informe emitido por el Gabinete Jurídico, como son: la violación del principio de interdicción de la arbitrariedad recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, que se produciría por el juego de los brevísimos plazos con que cuenta el Organismo de cuenca para autorizar tales contratos (un mes, si las cesiones son entre miembros de la misma Comunidad de Usuarios y dos

meses en el resto de los casos) teniendo el silencio en ambos carácter positivo; la vulneración de la planificación hidrológica y, consiguientemente, del deber de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas que debe presidir en la elaboración de aquéllos, dado que los contratos de cesión de los derechos de uso del agua en un mercado no sometido, en la práctica, a un efectivo control de la Administración, pueden contradecir o no respetar las previsiones de los planes hidrológicos y, por consiguiente, la coordinación que para aprobarlos se estableció con las Comunidades Autónomas; y finalmente la vulneración del principio de solidaridad del sistema de cesiones que contempla la Ley, por cuanto el artículo 138.1 de la Constitución obliga al Estado a garantizar la realización efectiva de dicho principio, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español.

Con respecto a estos otros posibles motivos de inconstitucionalidad señala el Consejo que constituyen meras hipótesis vinculadas a una determinada interpretación de los efectos que pudieran resultar de la aplicación de los preceptos legales cuya constitucionalidad se cuestiona, razón por la cual difícilmente podrían conducir a tal declaración de inconstitucionalidad, por cuanto según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional “no resulta procedente la adopción de pronunciamientos preventivos referidos a posibles, y aún no producidas, aplicaciones de preceptos legales que no resultan necesariamente derivadas de las mismas” (entre otras Sentencias 77/1985 y 195/1996).

-Dictamen número 27/2000, de 18 de abril, solicitado por el Consejero de Agricultura y Medio Ambiente, sobre planteamiento de conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional en relación con la Orden de 20 de enero de 2000, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 1997, por la que se establece el procedimiento para la autorización de transferencias de derechos de replantación de viñedo entre distintas Comunidades Autónomas o en una denominación de origen que afecte a varias Comunidades Autónomas.

Con fecha 21 de marzo de 2000 el Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha formuló requerimiento de incompetencia dirigido al Presidente del Gobierno de la Nación, en relación con citada Orden de 20 de enero de 2000 por la que modifica la de 19 de junio de 1997 que establece el procedimiento para la autorización de transferencias de derechos de replantación de viñedo entre distintas Comunidades Autónomas o en una denominación de origen que afecte a varias Comunidades Autónomas. El contenido de tal modificación se circunscribe, por una parte, al establecimiento del plazo de dos meses para que la Comunidad Autónoma expida un documento acreditativo de la existencia de los

derechos de replantación que se pretenden transferir en el cual se precise la fecha del arranque de viñedos que ha generado dichos derechos; y por otra aparte, a la facultad que se atribuye a la Dirección General de Agricultura para autorizar las citadas transferencias, en el caso de que la Comunidad Autónoma no haya expedido dicha documentación en el plazo previsto, valorando a estos efectos los justificantes aportados por el solicitante de la transferencia de derechos.

El requerimiento en cuestión se funda en que la citada Orden, en cuanto fija a esta Comunidad Autónoma el plazo de dos meses para expedir el documento acreditativo de la existencia de los derechos de replantación de viñedo, y en cuanto suple por otros medios la falta de expedición de tal certificación autonómica, excede de la competencia reservada al Estado e invade el ámbito de las asumidas por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, vulnerado el artículo 148.1.1^a y 7^a de la Constitución en relación con los artículos 31.1.6^a, en conexión con el 31.2, 39.3 y 31.1.1^a de su Estatuto de Autonomía, preceptos que atribuyen a la Comunidad Autónoma la potestad legislativa, reglamentaria y la función ejecutiva en materia de agricultura, de acuerdo con la ordenación general de la economía, así como la competencia para la elaboración del procedimiento administrativo derivado de las especialidades de su organización propia en el ejercicio de su competencia exclusiva de organización, régimen y funcionamiento prevista en el citado artículo 31.1.1^a de su Estatuto de Autonomía.

Con carácter previo al examen de las causas en que se funda el requerimiento de incompetencia dirigido al Gobierno de la Nación, se analiza el contenido de la competencia exclusiva que en materia de agricultura ostenta la Junta de Comunidades así como los límites a los que la misma se halla sujeta habida cuenta de su configuración estatutaria. Así el principal límite a la competencia autonómica lo constituye la que ostenta el Estado sobre las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, ex artículo 149.1.13^a de la Constitución, lo cual significa que la Comunidad Autónoma está facultada para desarrollar una política agrícola propia a fin de dar satisfacción a sus intereses peculiares en la materia, pero sin olvidar, como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 95/1986, de 10 de julio que “aquella opción política ha de moverse dentro de las orientaciones e intervenciones básicas y de coordinación que el Estado disponga para el sector agrícola en cuanto componente esencial del sistema económico general”.

En el supuesto que nos ocupa, al amparo de la competencia estatal en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, fue dictado el Real Decreto 2658/1996, de 27 de diciembre, por el que se

regula el régimen de autorizaciones para su plantación, y del cual es desarrollo la Orden Ministerial objeto del requerimiento dirigido al Gobierno de la Nación. Dicho Real Decreto se dicta además, en el marco de la normativa comunitaria representada por el Reglamento (CEE) 822/1987 del Consejo, así como el Reglamento (CEE) 3302/90 de la Comisión, que exigen el sometimiento a autorización de las transferencias de derechos de replantación y la determinación por cada Estado miembro de las condiciones específicas en las que dichas transferencias resultan posibles.

En concreto, la Comisión de las Comunidades Europeas, mediante el Reglamento 3302/90, impuso un mandato dirigido al os Estados miembros para que a través de las autoridades competentes se garantice el control de las transferencias de derechos de replantación, mediante el ejercicio de las correspondientes funciones ejecutivas; se trata, según expresa su artículo 2, de la emisión de un certificado individual para cada solicitud de transferencia, acreditativo de la existencia del derecho objeto de la solicitud, basándose para ello en el seguimiento de todos los derechos de replantación de la explotación del cedente. Nos encontramos por tanto ante una función netamente ejecutiva consistente en el ejercicio de la facultad certificante de la que ha de derivar un acto administrativo acreditativo de un hecho o de una situación jurídica, que no incide sobre su contenido, ante lo cual no cabe duda alguna que es a la Comunidad Autónoma a quien corresponde su emisión.

La anterior conclusión se refuerza atendiendo al hecho de que tal certificación ha de emitirse en función de los datos que consten en el registro vitícola creado por el Reglamento (CEE) 2392/1986. Si bien hasta la fecha se carece de una regulación específica a nivel interno que contemple la organización del registro y los diferentes procedimientos registrales a tramitar por dicha unidad, lo cierto es que ostentando la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha competencia exclusiva en materia de agricultura, sólo a ella le corresponde la titularidad de tal registro, cuyo único parámetro de control le viene dado por el cumplimiento de las funciones que le asigna la normativa comunitaria. En definitiva ostentando la Comunidad Autónoma la titularidad del registro vitícola ella es la única competente para emitir el certificado que exige la normativa comunitaria, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, incluso en casos en los que el Estado, en virtud de sus competencias normativas pueda establecer y regular el régimen jurídico de un Registro unitario, señalando que “a diferencia de la ordenación o regulación del registro, que es actividad normativa, no sólo la inscripción sino toda la llevanza del registro, constituye actuación estrictamente ejecutiva” (Sentencia 236/1991, de 12 de diciembre).

La Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y alimentación de 20 de enero de 2000, objeto del requerimiento de incompetencia dirigido al Gobierno de la Nación, permite prescindir del citado certificado al disponer que “en el caso de que la Comunidad Autónoma afectada no haya expedido la citada documentación en el plazo previsto, la Dirección General de Agricultura decidirá acerca de la autorización de transferencia, valorando los justificantes aportados por el solicitante de la transferencia de derechos”. Con esta previsión la Orden Ministerial está obviando la potestad certificante de la Comunidad Autónoma, y supliendo los efectos que se deberían derivar del ejercicio de tal potestad por la propia voluntad del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación manifestada sólo en base a los justificantes que pueda aportar el interesado. Concluye por ello el Consejo señalando que tal desconocimiento por parte de las autoridades estatales de la potestad certificante de la Comunidad Autónoma, conlleva una injustificada exclusión de sus potestades de ejecución derivadas de la competencia exclusiva que ostenta en materia de agricultura, según dispone el artículo 31.1.6ª de su Estatuto de Autonomía, configurándose así una evidente invasión competencial.

El segundo aspecto que se cuestiona a la Orden ministerial es el establecimiento de un plazo de dos meses a contar desde la fecha de solicitud de la transferencia de derechos de replantación, para que la Comunidad Autónoma expida el documento acreditativo de la existencia de los derechos de replantación. En este punto considera el Consejo que el establecimiento de tal plazo vienen a constituir una forma primero de interferir y luego de obviar (una vez transcurrido el mismo) el ejercicio de la competencia autonómica. La fijación de dicho plazo incide en un procedimiento que es propio de la Comunidad Autónoma, el relativo a la expedición de la certificación, íntimamente vinculado el ejercicio de su competencia sustantiva en materia de agricultura, por lo que ostentado la Comunidad Autónoma la titularidad del registro vitícola, y en consecuencia la competencia ejecutiva para emitir los correspondientes certificados acreditativos de la existencia de derechos de replantación, resulta claro que sólo a ella le corresponde la fijación de un plazo para resolver tal procedimiento, debiendo acudir en defecto de tal regulación al plazo general de duración de los procedimientos administrativos que con carácter supletorio fija el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en la modificación efectuada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

En definitiva, concluye el dictamen que la fijación por parte de la Orden Ministerial del plazo de dos meses para resolver un procedimiento que es propio de la Comunidad Autónoma vinculado en este caso al ejercicio de su competencia exclusiva en materia de agricultura ex artículo 31.1.6ª de su Estatuto de

Autonomía, y en conexión con ella a la competencia que igualmente le reconoce el artículo 39.2 del Estatuto de Autonomía para elaborar, en el ejercicio de la competencia de organización, régimen y funcionamiento prevista igualmente en el artículo 31.1.1ª y, de acuerdo con la legislación del Estado, el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de su organización propia, supone una vulneración de tales competencias autonómicas que ni siquiera haya respaldo, como se pretende justificar en el Preámbulo de la Orden Ministerial cuestionada, en las modificaciones introducidas en la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

-Dictamen número 64/2000, de 12 de septiembre, solicitado por la Consejera de Industria y Trabajo, sobre la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 43 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

Se somete a consulta la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad en relación con el artículo 43 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios. Dicho precepto se encuadra dentro del Título IV del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, que regula una serie de medidas liberalizadoras que afectan a materias diferentes. En concreto el precepto en cuestión es el único que compone el Capítulo V, dedicado al Comercio Interior, y su título es el de “Horarios Comerciales”, precepto que tiene el carácter de legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.1ª y 13ª de la Constitución según expresa la Disposición final segunda del citado Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio.

Dicho artículo supone una reproducción casi total del contenido de los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la ordenación del comercio minorista, si bien hay ciertos aspectos que son objeto de modificación por el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, y que en consecuencia habría que entender derogados en cuanto se opongan a éste. Tales aspectos son los siguientes:

-En el apartado uno se amplía el plazo mínimo a partir del cual el Gobierno y las Comunidades Autónomas decidirán conjuntamente y para su respectivo territorio la libertad absoluta de horarios, pasando del 1 de enero del 2001 al 1 de enero del 2005 (artículo 3, párrafo primero de la Ley Orgánica 2/1996).

-En el apartado uno, regla dos, se amplía de 72 a 90 horas el horario global mínimo en el que los comercios podrán desarrollar su actividad durante el con-

junto de días laborables de la semana (artículo 3, regla segunda de la Ley Orgánica 2/1996).

-En el apartado uno, regla dos, segundo párrafo, se amplía el número mínimo de domingos o festivos en que los comercios podrán permanecer abiertos al público pasando de ocho días al año a: nueve en el 2001, diez en el 2002, once en el 2003 y doce en el 2004 (artículo 3, regla segunda, segundo párrafo de la Ley Orgánica 2/1996).

-Se establece en el apartado uno, regla tres, segundo párrafo, la plena libertad horaria para los establecimientos de venta de reducida dimensión distintos de los regulados en los apartados anteriores, que dispongan de una superficie útil para la exposición y venta al público inferior a 300 metros cuadrados, excluidos los que pertenezcan a grupos de distribución y operen bajo el mismo nombre comercial de aquéllos. Esta previsión no aparece contemplada en ningún precepto de la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero.

Al objeto de proceder al examen del precepto cuya constitucionalidad se cuestiona, y puesto que en el escrito de consulta no se aduce ningún motivo de inconstitucionalidad en concreto, su estudio se estructura en el dictamen en tres aspectos: en primer lugar se examina si en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, concurren los requisitos exigidos por el artículo 86 de la Constitución, particularmente el relativo a la “extraordinaria y urgente necesidad”; en segundo lugar si desde un punto de vista constitucional puede aceptarse la modificación que dicho texto legal efectúa en su artículo 43 de la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación del comercio minorista; y en tercer lugar se analiza la constitucionalidad de la regulación que establece el citado artículo 43 sobre los horarios comerciales a fin de determinar si su contenido supone una invasión de las competencias que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ostenta en materia de comercio interior en virtud de lo dispuesto en el artículo 31.1.11^a, de su Estatuto de Autonomía.

-Por lo que respecta al presupuesto fáctico que legitima constitucionalmente la utilización de la figura del Real Decreto-Ley, esto es la existencia de una necesidad que, requiriendo el tratamiento a nivel de ley, revista los caracteres de extraordinaria y urgente, recuerda el Consejo que el Tribunal Constitucional desde sus primeras Sentencias señaló que “ en principio, y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de Decreto-ley” (Sentencia

29/1982, de 31 de mayo, Fundamento jurídico 3º). Ahora bien, este margen de discrecionalidad no autoriza al Gobierno para introducir cualquier género de disposiciones en un Decreto-Ley, y en concreto, continúa la misma sentencia: “ni aquéllas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente”, por ello afirma el Alto Tribunal que en tales supuestos sería posible un doble control de la actividad del gobierno: de un lado, parlamentario, pues si el Decreto-Ley se utiliza fuera de las previsiones del artículo 86 de la Constitución, quebrando con ello los supuestos del orden constitucional, corresponderá al Congreso de los Diputados, por la vía del artículo 86.2, velar por que ello no sea así; y por otro lado, y sin perjuicio del anterior, jurídico, por el Tribunal Constitucional que “podrá en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como un caso de extraordinaria y urgente necesidad” (Fundamento jurídico 3º).

De acuerdo con esta perspectiva de la doctrina del Tribunal Constitucional y con la justificación que el propio Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, realiza de la concurrencia de la “necesaria y urgente necesidad” que habilita para ser dictado, se enjuicia en el dictamen la concurrencia de dicho presupuesto habilitante. Y así se señala que donde existen menos riesgos de interferencia en el juicio político que corresponde al ejecutivo y al legislativo es en la valoración de la urgencia de acuerdo con diversas posturas doctrinales que han tenido reflejo en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional al afirmar el rechazo a las disposiciones incluidas en un Decreto Ley “que por su estructura misma independientemente de su contenido, no modifican de forma instantánea la situación jurídica existente”, o que “no puede considerarse urgente, a los efectos de la habilitación para dictar un Decreto-Ley cuando la necesidad pueda atenderse mediante el recurso al procedimiento legislativo de urgencia” (Sentencia 28/1982).

Teniendo en cuenta dicha doctrina estima el Consejo que el análisis del contenido normativo del artículo 43 analizado, no muestra, sino más bien desmiente, la existencia de urgencia que justifique su aprobación mediante Decreto-Ley por las siguientes razones:

-El apartado uno del precepto difiere al año 2005 el establecimiento de la libertad de horarios prevista por la Ley Orgánica 2/1996, para no antes de enero de 2001. Norma de estructura tan simple resultaba fácilmente aprobable por los

procedimientos legislativos ordinarios, tanto por aplicación del trámite de urgencia como por el procedimiento de lectura única en sede parlamentaria.

-Los siguientes párrafos de este apartado uno requieren, excepto parcialmente el apartado 3, la mediación de normas propias de las Comunidades Autónomas lo que supone un tipo de norma que por su estructura misma no modifica de manera instantánea la situación jurídica existente, e incluso algunas de sus normas difieren a años sucesivos su aplicación siendo sólo norma modificativa del derecho vigente y de eficacia inmediata a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, la determinación de la libertad de apertura para los establecimientos de superficie útil para la exposición y venta de público inferior a 300 metros cuadrados.

En definitiva, la modificación establecida por el citado Real Decreto-Ley no opera de modo inmediato sino que, en virtud, en ocasiones de sus propias previsiones y en otras por su estructura, tendrán eficacia en lapsos temporales que no justifican el uso del Decreto-ley entendido, tal y como ha interpretado el Tribunal Constitucional, como “una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigente una rápida respuesta”. Concluye por ello el Consejo, que no existiendo el presupuesto habilitante para la aprobación mediante Real Decreto-Ley, debe considerarse inconstitucional el citado artículo 43.

-Se analiza a continuación en el dictamen la legitimidad desde un punto de vista constitucional de la modificación que el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, efectúa en su artículo 43 de la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero. Para ello se advierte que de la lectura de los preceptos de la citada Ley Orgánica 2/1996, puede distinguirse por una parte el artículo 1 que transfiere a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por la vía del artículo 150.2 de la Constitución, la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de comercio interior, y que por tanto tendría tal carácter de ley orgánica por exigirlo así el citado precepto constitucional, y por otra parte el resto del articulado, y en concreto el artículo 3 que ahora es objeto de modificación por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, que regula una serie de reglas de derecho temporal que actúan como límites al ejercicio de la competencia legislativa de las Comunidades autónomas en materia de horarios comerciales, y que por tanto no es materia reservada a la Ley orgánica pudiendo por tanto ser perfectamente regulada por Ley ordinaria.

Estima por ello el Consejo que no puede sostenerse que el contenido del artículo 3 de la Ley orgánica 2/1996 tenga carácter material de ley orgánica aun cuando formalmente lo sea al igual que el resto de los preceptos de dicha Ley.

Por ello, y si bien se ha señalado que es el legislador el que debe señalar qué preceptos tienen carácter orgánico y cuáles, por el contrario tienen valor de ley ordinario, pudiendo el Tribunal Constitucional, en defecto de esta especificación, corregir al legislador al conocer de un posible recurso de inconstitucionalidad, lo cierto es que de acuerdo también con la doctrina de dicho Alto Tribunal las materias correspondientes a la Ley orgánica han de ser objeto de una interpretación restrictiva: “[...] las reservas de ley orgánica son únicamente aquellas expresamente establecidas por la Constitución en sus arts. 81.1 y conexos, y que tales reservas sólo resultan de carácter material y no formal, de manera que la normación de las materias ajenas a las mismas no goza definitivamente de la fuerza pasiva inherente a dicha clase de leyes aunque se incluya en ellas [...]. Dada la configuración excepcional de las Leyes Orgánicas por el constituyente y la necesidad de su expresa previsión constitucional, la determinación de las materias que les han sido reservadas no puede ser objeto de interpretación extensiva, al tiempo que, por lo mismo, el contenido preciso de esas materias debe recibir una interpretación restrictiva”. (Sentencias 160/1987, fundamento jurídico 2º y 224/1993, de 1 de julio, fundamento jurídico 2º).

En definitiva, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no puede afirmarse que el artículo 3 de la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, tenga carácter material de Ley orgánica, por lo que se afirma en el dictamen la legitimidad desde un punto de vista constitucional de la modificación que de dicho precepto se efectúa por el artículo 43 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio.

-Se analizan finalmente en el dictamen los títulos competenciales invocados por el Estado para dictar el precepto objeto de examen y en particular el 149.1.13ª que atribuye a aquél competencia exclusiva sobre las “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

A estos efectos se recuerda que el Tribunal Constitucional estableció en la Sentencia 225/1993, con amplia controversia en su propio seno, la legitimidad de la intervención estatal, con base en el artículo 149.1.13 de la Constitución, para establecer con carácter general y uniforme en todo el territorio nacional, la libertad total de horario de los establecimientos comerciales que preveía el artículo 5.1 del Real Decreto-Ley 2/1985. El Tribunal Constitucional aceptó en aquella Sentencia que la finalidad de potenciar la demanda interna en un momento de desaceleración de la economía internacional y el efecto de reestructuración del mercado nacional de la distribución que producía la medida liberalizadora justificaban el carácter básico del citado artículo 5.1 de dicho Real

Decreto-Ley 2/1985 por la necesidad de aplicarse a todo el territorio estatal, considerando que para conseguir objetivos de la política económica nacional se precisaba una actuación unitaria en el conjunto del territorio del Estado.

Entiende el Consejo, sin embargo, que tal doctrina no resulta aplicable a las normas contenidas en el artículo 43 del Real Decreto-Ley 6/2000. Este no sólo no establece un mecanismo uniforme en la totalidad del territorio nacional por razones de la ordenación general de la economía, sino que permite una diversidad de regímenes de horarios y días de apertura, desde la absoluta libertad (y ello a pesar de aplazar aparentemente la libertad de horarios hasta el 2.005), en ausencia de regulación autonómica, a una regulación que imponga restricciones diversas hasta los límites mínimos que señala el propio Real Decreto-Ley. Aparecen así con carácter igualmente básico sistemas muy diversos del régimen de apertura y horarios en los establecimientos comerciales, por lo que difícilmente puede estimarse que la finalidad perseguida por la norma sea la de establecer las bases de la ordenación general de la economía. El mínimo común normativo que supone la competencia estatal para establecer las bases desaparece en la pluralidad de regímenes que son posibles en aplicación de la norma estatal.

Por otra parte y como ha señalado el Tribunal constitucional “la ordenación general de la economía que corresponde al Estado no puede extenderse de manera excesiva hasta enmarcar en él cualquier acción de naturaleza económica si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general “ (Sentencia 76/1991). Si ya resultó dudoso para buena parte del Tribunal Constitucional que el establecimiento de un régimen de total libertad de horarios y días de apertura de los establecimientos comerciales supusiera la incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general para considerarlo básico, mucho más puede decirse de las medidas contenidas en la norma sometida a dictamen, por lo que se concluye que el artículo 43 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio resulta contrario a la Constitución por vulnerar el artículo 31.1.11^a del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

El presente dictamen contó con el voto particular discrepante del Consejero D. Ángel Ortega Benayas, el cual mantiene, en primer lugar, que el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, reúne los requisitos exigidos por el artículo 86 de la Constitución siendo por tanto su utilización en el presente caso constitucionalmente adecuada, y en segundo lugar, que lo dispuesto en el Capítulo V del Título IV de dicho Real Decreto-Ley, tiene el carácter de legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.13^a de la Constitución.

-Dictamen número 67/2000, de 18 de septiembre, solicitado por el Consejero de Obras Públicas, sobre la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario y Transportes.

Se somete a consulta la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario y Transportes, y en concreto en lo que se refiere a la nueva redacción del punto 2 del artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y al nuevo apartado 3 del artículo 16, del mismo texto legal.

En el dictamen se someten a estudio las siguientes cuestiones: en primer lugar, si la modificación operada de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, mediante la figura del Decreto-ley puede considerarse o no constitucional, por su posible afectación al derecho de propiedad consagrado en el artículo 33 de la Constitución; y en segundo lugar, la adecuación del artículo 1. uno del citado Real Decreto-Ley al orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta los títulos que el Estado invoca para aprobar la norma cuestionada, en concreto el artículo 149.1 en sus apartados 1ª, 13ª y 18ª de la Constitución.

-Respecto de la primera cuestión apuntada, y tras hacer un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la prohibición de que mediante la figura del Decreto-Ley se pueda “afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general” (artículo 86.1 de la Constitución) en el dictamen se llega a la conclusión de que el Tribunal Constitucional no ha establecido un criterio definido para considerar cuándo el Decreto-Ley afecta o no a los “derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”, por lo tanto y ante el criterio central de dicha jurisprudencia que prohíbe el Decreto-Ley la regulación de los aspectos esenciales, sustantivos, constitucionalmente relevantes, que proporcionan la imagen característica que la comunidad jurídica tiene de un derecho o de un deber (Sentencia 111/1983), se hace obligado penetrar caso por caso en la definición y configuración constitucional de cada derecho o deber afectado y en el grado de afectación del mismo.

En el supuesto objeto de dictamen, el derecho de propiedad, incluido en la Sección 2ª del Capítulo 2º del título I, aparece regulado en el artículo 33, donde,

primeramente, se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, y en su apartado 2º, supedita la delimitación de su contenido a la función social de estos derechos de acuerdo con las leyes. Y aun cuando la Ley 6/1998, de 13 de abril, tiene por objeto, según su artículo 1, “definir el contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional”, la modificación operada en aquélla por el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, no supone una regulación general del derecho de propiedad, ni puede considerarse que, según términos ya utilizados, normativice los aspectos esenciales o sustantivos del derecho de propiedad tal y como se configura constitucionalmente.

En definitiva, entiende el Consejo que no puede convertirse en inconstitucional la elección de la vía del Decreto-Ley para modificar la Ley 6/1998 citada, por cuanto no afecta a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución.

-Respecto al examen de los títulos competenciales invocados por el Estado para aprobar la norma cuestionada, se analiza en primer término el artículo 149.1.1ª de la Constitución que atribuye al Estado competencia para establecer la regulación “de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos”, llegándose a la conclusión de que la norma estatal va más allá de las posibilidades atribuidas al Estado por dicho precepto, por cuanto al concretar los supuestos de suelo no urbanizable viene a determinar, de modo negativo un concreto modelo urbanístico y territorial, ya que, después de la modificación operada por el Real Decreto-Ley, las normas de planeamiento no pueden sino constatar la existencia del suelo urbano y del suelo no urbanizable, por concurrir en él alguno de los valores recogidos en los dos apartados del artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, siendo el restante suelo urbanizables. No permite tal regulación que las Comunidades Autónomas establezcan criterios propios sobre el modelo de desarrollo urbanístico, configurándose así, frente a la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la Sentencia 61/1997, un modelo urbanístico por el Estado que carece de título competencial para ello, e impidiendo, por lo mismo, que las Comunidades Autónomas puedan fijar un modelo propio de desarrollo urbano.

No obstante hecha esta primera afirmación, considera el Consejo necesario, analizar si en virtud de los demás títulos competenciales que el Estado invoca, la norma analizada puede haber sido dictada por éste legítimamente.

Así y por lo que respecta a la competencia estatal para dictar las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (artículo 149.1.13ª de la Constitución), su estudio parte de la finalidad de las medidas que contempla el Real Decreto-Ley, expresada en su Exposición de Motivos y que persigue la adopción de medidas económicas mediante la liberalización del sector inmobiliario “a fin de corregir las rigideces advertidas en el mercado como consecuencia del fuerte crecimiento de la demanda y la incidencia en los productos inmobiliarios del precio del suelo, condicionada a su vez por la escasez de suelo urbanizable”.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al citado título competencial, señala el Consejo que dicho alto Tribunal ha entendido que el establecimiento de medidas de liberalización o desregularización para el cumplimiento de objetivos de política económica general puede estar amparado por dicho título, “aunque ello implique la consiguiente restricción de las competencias normativas asumidas por las Comunidades Autónomas” cuando tal medida, necesaria para conseguir objetivos de política económica nacional requiera una actuación unitaria en el conjunto del territorio del Estado (Sentencia 2257/1993). Ante dicha doctrina concluye el dictamen señalando que en supuestos como el que ahora es objeto de consulta, resulta dudosa la posibilidad de entender adecuado a dicho orden constitucional la medida adoptada por el Estado, dado que la misma supone vaciar de contenido subsectores materiales que pertenecen a la competencia de las Comunidades Autónomas, pero es lo cierto que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional producidos hasta el momento parecen avalar la tesis de que el Estado se haya legitimado para adoptar medidas que con finalidades de política económica general puedan, por suponer una desregularización de un sector económico, privar a las Comunidades Autónomas de las competencias normativas que ostentaban en la materia.

-Se examina finalmente el nuevo apartado 3 del artículo 16 de la Ley 6/1998, de 13 de abril que introduce el Real Decreto-Ley 4/2000, a cuyo tenor: “En todo caso, los instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo que sean elaborados por las Administraciones Públicas a las que no compete su aprobación, o por los particulares, quedarán aprobados definitivamente por el transcurso del plazo de seis meses, o del que, en su caso, se establezca como máximo por la legislación autonómica para su aprobación definitiva, contados desde su presentación, siempre que se hubiera efectuado el trámite de información pública, que podrá efectuarse por iniciativa de quien promueva el planeamiento”.

En concreto se examina la inconstitucionalidad del citado precepto teniendo en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, estableció en su fundamento jurídico 25 d) lo siguiente: “ha de observarse que si los preceptos por los que se regula, en el T.R.L.S., el silencio administrativo positivo, en cuanto modalidad de aprobación definitiva de los planes urbanísticos –arts. 114.3 y concordantes- no ostentan, en la terminología de la Ley, carácter básico, ni tampoco de “aplicación plena”, no resulta coherente que se asigne carácter básico al aspecto instrumental de qué entes públicos ostentan la facultad de publicar el plan aprobado mediante la técnica jurídico-administrativa del acto presunto. Es ésta una decisión que se incardina en la regulación del régimen de elaboración y aprobación de los Planes, materia propia de la competencia que, como exclusiva, atribuyen en materia de ordenación del territorio y urbanismo, el artículo 148.1.3 y los correspondientes Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas”.

A la vista de dicha doctrina estima el Consejo que la regulación introducida por el Real Decreto-Ley cuestionado, por constituir normativa de procedimiento especial en materia de urbanismo (y no de procedimiento común, que sería competencia exclusiva del Estado, ex artículo 149.1.18ª de la Constitución), invade las competencias exclusivas que sobre ordenación del territorio y urbanismo tiene la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en virtud del artículo 31.1.2º de su Estatuto de Autonomía, puesto que el Estado sólo tiene competencia exclusiva para regular un procedimiento genérico pero no para establecer procedimientos especiales por razón de la materia cuando no se tiene atribuida competencia alguna sobre dicha materia.

El presente dictamen contó con el voto particular discrepante del Consejero D. José Sanroma Aldea, en el cual si bien se admite que el Estado pueda, desde su título competencial del artículo 149.1.13ª incidir, condicionándola, en la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de Ordenación del Territorio y vivienda, en el supuesto concreto no sólo se condiciona la competencia autonómica sino que se priva de ella, por lo que la conclusión obligada es un pronunciamiento en el sentido de considerar inconstitucional el apartado 1 del artículo 1 del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, por vulnerar el artículo 31.1.2ª del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO PÚBLICO DE LA
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
(De 1 de octubre de 1999 a 30 de septiembre de 2000)

M^a Elena Rebato Peño
Profesor Ayudante de la Universidad
de Castilla-La Mancha

SUMARIO

- 1.- *IV Jornadas de Derecho Constitucional: Los derechos políticos y de participación política*
- 2.- *IV Jornadas sobre Órganos Institucionales de Castilla-La Mancha: El Gobierno Autónomo*
- 3.- *El Tribunal Constitucional y las Fuentes del Derecho*
- 4.- *Otras actividades de Derecho Público*
 1. *IV Jornadas sobre Derecho del Medio Ambiente*
 2. *X Seminario de Estudios Autonómicos*
 3. *III Jornadas sobre Derecho Financiero*

1.- IV Jornadas de Derecho Constitucional: Los derechos políticos y de participación política

Un año más, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real ha acogido la cuarta edición del ciclo anual de Jornadas de Derecho Constitucional, que en esta ocasión estaban dedicadas al análisis de los derechos políticos y de participación política.

Dichas Jornadas, organizadas por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha y dirigidas por el Prof. Dr. D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de esta Universidad, estaban dirigidas principalmente a estudiantes, licenciados y diplomados de Derecho, Administración y Dirección de Empresa, Relaciones Laborales, Gestión y Administración Pública y Trabajo Social, así como por el carácter de los temas a tratar, a directivos de partidos políticos, sindicatos y asociaciones en general.

Tal y como es habitual, estas Jornadas se desarrollaron a lo largo de dos días (23 y 24 de noviembre de 1999), en los que se expusieron seis ponencias que trataron los temas de los derechos de participación política, consagrados en el artículo 23 de la Constitución Española, tanto en su vertiente activa como pasiva y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el derecho de acceso a los cargos públicos representativos; el estatuto y funciones de los cargos públicos representativos; el derecho de acceso a la función pública así como el derecho de asociación regulado en el artículo 22 de nuestra Norma Fundamental.

La sesión de mañana del primer día, fue abierta por D. Luis López Guerra, ex-vicepresidente del Tribunal Constitucional, vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid. Su ponencia abarcó los distintos aspectos que engloba el derecho de participación, remontándose a los orígenes de la misma, a la Teoría del contrato social de Rosseau, que abordó el problema de cómo convertir la voluntad del poder en un poder general. “La libertad –afirmó el ponente– comprende también la participación en las decisiones de la comunidad y mediante tal participación, el ciudadano, sujeto a la voluntad de poder, es, sin embargo autor de esa voluntad”. Cerró su conferencia haciendo referencia a otros ámbitos del derecho como quiénes son los sujetos titulares y cómo se desarrolla el proceso electoral.

El derecho de participación política, núcleo central de estas Jornadas, tiene su instrumento principal en el derecho de sufragio activo y pasivo. A la segunda de

estas vertientes y en concreto al derecho de acceso a los cargos públicos representativos dedicó su ponencia D. Ramón Punset Blanco, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, quien definió cuáles son los cargos públicos representativos a los que hace referencia la Constitución.

En la sesión de tarde del primer día se completó el estudio de los cargos públicos iniciado por la mañana, haciéndose referencia por D. Javier García Roca, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, al estatuto y funciones del cargo público representativo y especialmente al tema candente en estos momentos de si es posible el predicar el mandato imperativo respecto de la relación entre representante y partido político; tema en el que el ponente manifestó que esa coincidencia sería negar el sentido histórico de esta institución, que tendría su origen en la relación de dependencia entre representante y representado en el parlamentarismo medieval.

El segundo día de las Jornadas se dedicó a abordar el estudio del derecho de sufragio pasivo, *ex.* artículo 23.2, en su vertiente de acceso a cargos y funciones públicas, por D. Manuel Pulido Quecedo, letrado del Parlamento de Navarra y a comparar el sistema español de derechos políticos con el sistema comparado a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; conferencia ésta última realizada por D. Alejandro Saíz Arnaiz, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco.

Cerró estas Jornadas, el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Madrid, D. Juan José Solozabal Echavarría, quien en su ponencia realizó un esquema general del derecho fundamental de asociación, haciendo especial hincapié en la tendencia que se está generalizando en Europa de rebajar la edad de los titulares del Derecho de Asociación, sobre todo en el tema de la libertad religiosa.

Las ponencias mencionadas se completaron con cuatro comunicaciones que corrieron a cargo de miembros de esta Universidad. Así participaron: el Prof. Dr. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor titular y los Profesores ayudantes; Dr. Tomás Vidal Marín y Dr. Enrique Belda Pérez-Pedrero y D^a M^a Elena Rebato Peño.

2.- IV Jornadas sobre Órganos Institucionales de Castilla-La Mancha: El Gobierno Autónomo

Organizadas por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha y dirigidas por el Prof. Dr. D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de esta Universidad, tuvieron lugar durante los días 15 y 16 de marzo del presente año en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, las IV Jornadas sobre Órganos Institucionales de Castilla-La Mancha, que en esta edición abordaron el tema del Gobierno Autónomo.

Tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 152.1 de nuestra Norma Fundamental, el Ejecutivo de las Comunidades Autónomas estará integrado por el Presidente, elegido por la Asamblea de entre sus miembros y nombrado por el Rey, y por un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas, dirigido por aquél.

Pues bien, durante dos días se debatieron y expusieron los aspectos más importantes de los gobiernos autonómicos, haciendo una especial referencia al sistema de gobierno de nuestra Comunidad Autónoma y a las dos figuras mencionadas supra: El Consejo de Gobierno y el Presidente autonómico.

Inició estas Jornadas, el vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial y Catedrático de Derecho Constitucional D. Luis López Guerra, con una ponencia general sobre la consideración estatutaria de los Gobiernos Regionales.

Al estudio del Consejo de Gobierno, sus funciones y el estatuto de sus miembros, estuvieron dedicadas las ponencias de la Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Jaime I de Castellón, D^a Rosario García Mahamud, y del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares, D. Joan Oliver Araujo. Ambos ponentes desarrollaron los aspectos generales del Consejo de Gobierno, señalando a continuación las peculiaridades existentes entre los Consejeros de unas y otras Comunidades Autónomas.

El segundo día de las Jornadas se inició con la ponencia del Profesor titular de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Francisco Javier Díaz Revorio, quien trató el tema de las relaciones entre el Gobierno y Parlamento en las Comunidades Autónomas; en especial, el caso de Castilla-La Mancha, que no es ajena, al igual que en el ámbito nacional, al modelo parlamentario en torno al que se han articulado las relaciones entre la Asamblea Legislativa y el Gobierno.

Obviamente no podía dejarse en el olvido la principal figura del Gobierno autonómico: el Presidente. El Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, D. Juan Fernando López Aguilar, dedicó su ponencia a analizar las relaciones entre esta figura y el Consejo de Gobierno, cuyos miembros son nombrados y separados libremente por aquel.

Al igual que en años anteriores, en las mencionadas Jornadas se alternaron las ponencias a cargo de Profesores y Catedráticos de Derecho Constitucional con los coloquios y mesas redondas que sucedieron a las mismas.

Como conclusión, las palabras del Director de las Jornadas, el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Eduardo Espín Templado, quien afirmó el carácter homogéneo que presentan las autonomías, al configurarse todas ellas de manera muy semejante, en torno a unos sistemas de gobierno de carácter parlamentario, donde la primacía de los Presidentes se encuentra muy marcada.

Completaron las mencionadas ponencias tres comunicaciones a cargo de profesores de los Profesores Ayudantes de esta Universidad; Dr. Tomás Vidal Marín, Dr. Enrique Belda Pérez-Pedrero y D^a M^a Elena Rebató Peño.

3.- El Tribunal Constitucional y las Fuentes del Derecho

Una mínima reseña requiere al menos la Jornada de un día celebrada en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, el miércoles 17 de noviembre de 1999.

Dicha Jornada, organizada por el Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Sociales y dirigida por el Prof. Dr. D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de esta Universidad, se dedicó especialmente a la posición del Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y su relación con el sistema de fuentes.

La primera ponencia de la mañana corrió a cargo del catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos I, de Madrid, D. Pedro José González-Trevijano Sánchez, que analizó la posición del Tribunal Constitucional en el ordenamiento constitucional desde su carácter de órgano jurisdiccional que actúa de acuerdo con procesos jurisdiccionales y que decide sobre la base de sentencias como cualquier Tribunal, pero que al mismo tiempo desempeña la labor de supremo intérprete de la Constitución; lo que permite al Tribunal una labor

permanente de reconstrucción, en el sentido marcado por los preceptos constitucionales, de la unidad del ordenamiento jurídico.

La Jornada se cerró con una ponencia de tarde, realizada por el Dr. D. Fernando Herrero Tejedor, Consejero de Estado, que trató de la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sistema de fuentes, sobre todo a raíz de la declaración de la Constitución como *norma normarum* directamente aplicable por encima y frente a la ley.

Al igual que en otras Jornadas dichas ponencias fueron complementadas por los debates y mesas redondas posteriores a las mismas, donde se debatieron los aspectos más destacables.

4.- Otras actividades de Derecho Público¹

Sin ánimo de ser exhaustivos, debemos hacer una mención de algunas de las actividades desarrolladas por las Áreas de Derecho Administrativo y Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Castilla-La Mancha.

4.1. IV Jornadas sobre Derecho del Medio Ambiente.

Durante los días 10 y 11 del mes de abril del pasado año se desarrollaron en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real las IV Jornadas de Derecho del Medio Ambiente.

Dichas Jornadas, organizadas por el Área de Derecho Administrativo de Castilla-La Mancha y dirigidas por el Catedrático de Derecho Administrativo de esta Universidad, D. Luis Ortega Álvarez, fueron muestra del cada vez mayor estudio e interés por el no hace tantos años desconocido Derecho del Medio Ambiente.

En ellas se desarrollaron temas como las conclusiones del GEO-2000, el control comunitario del ambiente atmosférico, la aplicación en España de la Directiva del IPPC, el Programa Nacional de Residuos de Envases o el riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental por catedráticos y profesores de Derecho Administrativo.

1. Agradecemos a los Departamentos de Derecho Financiero y Tributario y de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha los datos aportados para la elaboración de esta reseña.

Sin embargo, haciendo gala del carácter interdisciplinario que el Derecho Administrativo posee, también se incluyeron en estas jornadas aspectos financieros y tributarios del medio ambiente, penales y civiles, tratados por profesores de esas disciplinas.

4.2. X Seminario de Estudios Autonómicos.

Los días, 4, 5 y 6 del mes de abril, se desarrolló en Toledo un clásico en lo que a Jornadas se refiere; la décima edición del Seminario de Estudios Autonómicos, dirigido por D. Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho Administrativo de la UCLM.

En esta ocasión, y a diferencia de la edición anterior, no se trató un único tema en estas Jornadas, sino distintos aspectos relevantes para el Derecho Administrativo del momento.

Así, se trataron los temas de Descentralización y Autonomía; Televisiónes Locales; Organización Administrativa Autonómica; Administración Local y Potestad Sancionadora, por los siguientes Catedráticos de Derecho Administrativo; D. Alejandro Nieto; D^a Carmen Chinchilla; D. Juan Santamaría; D^a Elisenda Malaret; D. Manuel Rebollo; D. Jesús Leguina y D. Luciano Parejo Alfonso.

También participaron D. Ángel Carrasco, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM y D. Pablo Santolaya, Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

4.2. III Jornadas de Derecho Financiero.

Durante los días 29 de febrero y 1 de marzo del presente año, se celebraron en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, las terceras Jornadas de Derecho Financiero, que abordaron distintos aspectos del ámbito tributario y financiero; como la fiscalidad española en el ámbito europeo; el principio de seguridad jurídica en el Derecho Tributario y distintos aspectos del nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entre otros.

Dichas Jornadas, dirigidas por D. Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de esta Universidad, contaron con la participación de los siguientes Catedráticos de Derecho Financiero y Tributario; D. José Luis Pérez de Ayala; D. José Manuel Tejerizo y D. Perfecto Yebra.

Tal y como viene siendo habitual en estas Jornadas, la visión académica dada por los Catedráticos mencionados, se vio complementada con las ponencias realizadas por importantes cargos de la Administración Tributaria, a saber; Ilmo. Sr. D. Enrique Giménez-Reyna, Director General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda y D^a Paloma Morales Fernández, Delegada de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Ciudad Real.

V. SEMBLANZAS BIOGRÁFICAS

SUMARIO

- *María Elena Rebato Peño, “Carlos Ruiz del Castillo y Catalán de Ocón”*

CARLOS RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN

(1896-1984)

M^a Elena Rebato Peño

*Profesor Ayudante de la Universidad
de Castilla-La Mancha*

Su obra es esencial para el conocimiento y significado del concepto de Derecho Político del siglo XIX. Sin embargo, no fue únicamente en este ámbito del Derecho donde su obra adquiere mayor relevancia, sino que también destacará su figura en el campo de la Administración Local, no en vano dirigirá el Instituto de Estudios de Administración Local, desde su fundación en 1940 hasta 1966, y en el ámbito de la Filosofía Jurídica y de las Ciencias Sociales.

Había nacido en San Sebastián, el 1 de abril de 1896 y ya en 1920 es un joven profesor del Instituto Católico Complutense, con un premio extraordinario de licenciatura (1917) y doctor en Derecho. En 1921 obtendrá la Cátedra, por oposición directa, de “Derecho Político Español Comparado con el extranjero” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, que ostentará desde 1921 hasta 1942, siendo Rector de la misma en los años 1939 a 1942.

Durante estos años su actividad investigadora no cesa, no en vano su maestro Salvador Minguijón dirá de él “(...) que nada hace ligeramente, superficialmente, para salir del paso. No reserva sus fuerzas (...)” y tras publicar en 1921, su primera gran obra *La espontaneidad en el Derecho*, que es declarada por el Real Consejo de Instrucción Pública, obra de mérito en la carrera del autor, es pensionado primero por la Universidad de Santiago de Compostela para realizar estancias científicas en la Facultad de Derecho de Toulouse, con el decano M. Hauriou, de cuya gran obra *Principios de Derecho público y Constitucional*, realizará Ruiz del Castillo, una traducción y estudio preliminar en la Facultad de París.

Tras la publicación de algunas otras obras como *El Concepto jurídico-social de la propiedad y sus limitaciones* (1927); *El conflicto entre el comunismo y la reforma social* (1928) o *El socialismo como sistema de reforma social* (1930), vuelve a realizar nuevas estancias de investigación en las Facultades de Derecho de Milán, Roma, Bolonia y Estrasburgo.

Desde 1933 a 1936 desempeña el puesto de vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales por elección de las Facultades de Derecho y cesó, como era preceptivo, en el desempeño activo de la enseñanza, si bien continuó en la Cátedra, hasta el comienzo de la Guerra Civil en 1936, a la que se reincorpora en 1938, al pasar a la zona nacional.

Será en el periodo de descanso docente, que no investigador cuando escribe su obra insigne para todos los estudiosos del Derecho Político, su *Derecho Político* (1934), ampliado a Manual en 1939. En esta obra aparece su Definición de Derecho Político, pese a que tal y como el propio autor subraya “Definir es peligroso. Pero hay peligros necesarios. En la Ciencia como en la Vida, eludirlos equivale a traicionar una misión”. Así pues el Derecho Político, según Ruiz del Castillo, queda definido como: “Derecho público fundamental en cuanto estudia la organización y funcionamiento del Estado concebido como comunidad organizada por un poder propio, que realiza un orden total temporal mediante el desarrollo de los caracteres específicos del ser humano en una fase determinada de la vida histórica.”

Con la creación del Instituto de Estudios de la Administración Local y su nombramiento como director en 1940, Carlos Ruiz del Castillo, inicia una etapa de cinco años en la que su obra es fundamentalmente municipalista, abarcando principalmente dos vertientes; la de la función pública en general y la local en particular. No en vano el propio autor afirmaba que “Nunca debe perderse de vista que en el Régimen local está la raíz misma de la vida nacional (...) De este modo queda explicado que lo más local sea también lo más universal”. De este periodo son entre otras, las obras *Las Cortes y la Vida local* (1943); y *La inserción de la vida local en el Estado* (1943).

En lo que respecta a la doctrina sobre la función pública, nuestro autor entiende que para el estudio de la misma es necesaria una previa referencia a la doctrina de los valores que conforma la vida de las culturas e instituciones, *Técnica y Moral en la Función Pública desde el punto de vista de una Filosofía de la Cultura*, (1943) y para que los funcionarios públicos fuesen como desempeñasen la labor que les correspondía, un servicio dedicado a la comunidad, a lo colectivo “(...) mediante una superación del egoísmo(...)” la educación era fundamental, “una síntesis de valores”, para cuya captación el mejor instrumento era la Escuela Profesional, *Coordinación de los Centros de Estudios Locales*, (1945).

Pero a Ruiz del Castillo, le obsesiona de manera especial la formación inte-

gral de los funcionarios que han de servir en las Corporaciones Locales y por ello inserta en el Instituto de Estudios de Administración Local, una Escuela de Funcionarios Locales. Así, en 1958, escribe *La Escuela de funcionarios y la formación intelectual y moral de los de Administración Local*.

No olvidó tampoco hacer referencia a la Provincia que para él representaba “la demarcación política y sede administrativa de intereses propios (...) y la representativa de los peculiares intereses provinciales”. Ni tampoco el Municipio “que es a la vez un todo y una parte del todo mayor. Por eso puede soldarse vitalmente al Estado. Realiza fines propios, pero coopera a los fines generales de un modo implicado en la naturaleza de su estructura orgánica”.

Tras este periodo de estudios locales, y sin abandonar jamás su dedicación al Instituto de Estudios de la Administración Local, vuelve de nuevo al ámbito de la sociología jurídica y así escribe *Crisis y Porvenir de la idea de Nación* (1945).

Un año después ingresa como académico numerario, en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, cuyo discurso de ingreso (1947) versó sobre el tema: “Lo vivo y lo muerte en la idea liberal”.

Su actividad se multiplica. Es miembro de numerosas asociaciones e institutos: Presidente de la Sección Española de la Asociación Internacional de Ciencia Política (UNESCO); Miembro de la Comisión Nacional de la Unión Latina, de la Asociación “Francisco de Vitoria”, del “Institut des Sciences Administratives” de Rumanía; del “Institut International de Sociologie” de Roma; de la Real Sociedad Económica de Amigos del País; del Instituto Nacional de Estadística, etc.

Recibe también numerosas condecoraciones: Medalla de Plata de Madrid, 1945; la Gran Cruz del Mérito Civil, 1951; la de Alfonso X el Sabio, 1959; la de San Raimundo de Peñafort, 1968; Comendador de la Corona de Italia, 1942 y la Medalla Internacional de la Ciudad de Louisville de Norteamérica, 1965.

Tal y como dijimos *supra*, su incansable actividad hace que sea casi imposible reproducir todas sus actividades y sus obras. No obstante podemos destacar algunas no mencionadas hasta el momento: *El derecho de asociación* (1934); *De la vida política* (1926); *Elementos y exigencias del bien común* (1950); *Situación y rumbos del nuevo Derecho Constitucional* (1952); *La personalidad humana en su aspecto jurídico* (1955); y un gran número de artículos, que no podemos citar aquí, publicados en *El Consultor de los Ayuntamientos*, en la *Revista de Estudios de la Vida Local*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*.

Hasta su muerte el 30 de enero de 1984, cuando ostentaba el cargo de Vicepresidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, destacó su talante abierto y dialogante, sin caer en radicalismos, pese a su incursión en la política que para él era “fundamentalmente, espíritu de negociación, y no de ruptura”.

Dep. Legal: TO-858-1998
ISSN: 1139-0026
Edita: Cortes de Castilla-La Mancha
Diseño: JER, Ediciones
Impresión: Estudios Gráficos Europeos
