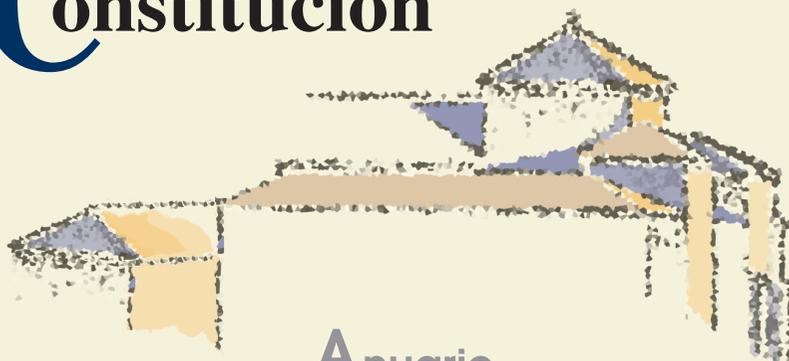




# Parlamento y Constitución



## Anuario

### SUMARIO

#### I. ESTUDIOS

**Francisco Fernández Segado**, *"La obsolescencia de la bipolaridad "modelo americano-modelo europeo-kelseniano" como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa"*

**Manuel Terol Becerra**, *"Reflexiones sobre la coordinación en la integración y la regla de la prevalencia"*

**Manuel Gerpe Landín y Joan Vintró Castells**, *"La delegación de funciones del Presidente de la Generalidad de Cataluña"*

**Ángel Carrasco Perera**, *"Sociedad de la información y protección del consumidor como títulos competenciales"*

**Javier García Fernández**, *"Derecho constitucional y entidades locales. Sistema de fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del derecho local"*

#### II. NOTAS

**Alberto Anguita Susi**, *"La descentralización del Estado social y la consolidación de los comisionados parlamentarios autonómicos"*

**F. Javier Díaz Revorio**, *"La situación de los medios de comunicación social en Castilla-La Mancha"*

**Ana Valero Heredia**, *"Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio, en el Caso de los Testigos de Jehová"*

#### III. CRÓNICAS

#### IV. SEMBLANZAS BIOGRÁFICAS



Año 2002

Nº 6

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

Anuario



**C** y **P**arlamento  
Constitución



# PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2002 Nº 6 —

## COLABORAN EN ESTE NÚMERO

**Alberto Anguita Susi**

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional  
(Universidad de Jaén)*

**Enrique Belda Pérez-Pedrero**

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

**Ángel Carrasco Perera**

*Catedrático de Derecho Civil  
(Universidad de Castilla-La Mancha)*

**F. Javier Díaz Revorio**

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

**Francisco Fernández Segado**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
(Universidad Complutense de Madrid)*

**Javier García Fernández**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
(Universidad de Alicante)*

**Manuel Gerpe Landín**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
(Universidad Autónoma de Barcelona)*

**Joaquina Guerrero Sanz**

*Letrada  
(Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha)*

**María Martín Sánchez**

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

**María Elena Rebato Peño**

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

**Manuel José Terol Becerra**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
(Universidad de Huelva)*

**Ana Valero Heredia**

*Becaria de Investigación del Departamento de Derecho  
Constitucional  
(Universidad de Valencia)*

**Tomás Vidal Marín**

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

**Joan Vintró Castells**

*Profesor de Derecho Constitucional  
(Universidad Central de Barcelona)*

---



# ÍNDICE

## I. ESTUDIOS

*Págs.*

Francisco Fernández Segado, “ <i>La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo-kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa</i> ”	9
Manuel Terol Becerra, “ <i>Reflexiones sobre la coordinación en la integración y la regla de la prevalencia</i> ”	75
Manuel Gerpe Landín y Joan Vintró Castells, “ <i>La delegación de funciones del Presidente de la Generalidad de Cataluña</i> ”	109
Ángel Carrasco Perera, “ <i>Sociedad de la información y protección del consumidor como títulos competenciales</i> ”	145
Javier García Fernández, “ <i>Derecho constitucional y entidades locales. Sistema de fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del derecho local</i> ”	205

## II. NOTAS

Alberto Anguita, “ <i>La descentralización del Estado social y la consolidación de los comisionados parlamentarios autonómicos</i> ”	243
F. Javier Díaz Revorio, “ <i>La situación de los medios de comunicación social en Castilla-La Mancha</i> ”	255
Ana Valero Heredia, “ <i>Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio, en el Caso de los Testigos de Jehová</i> ”	273

## III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2002)	
Tomás Vidal Marín: “ <i>Legislación de las Comunidades Autónomas</i> ”	311
Enrique Belda Pérez-Pedrero: “ <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas</i> ”	331
María Martín Sánchez: “ <i>Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha</i> ”	341
Joaquina Guerrero Sanz: “ <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha</i> ”	387
María Elena Rebato Peño: “ <i>Reseña de actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha</i> ”	409

## IV. SEMBLANZAS BIOGRÁFICAS

Enrique Belda Pérez Pedrero, “ <i>Antonio Cánovas del Castillo</i> ”	425
María Elena Rebato Peño, “ <i>Gaspar Melchor de Jovellanos</i> ”	431



---

---

# I. ESTUDIOS

---

---

## SUMARIO

- **Francisco Fernández Segado**, *“La obsolescencia de la bipolaridad ‘modelo americano-modelo europeo-kelseniano’ como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”*  
—
- **Manuel Terol Becerra**, *“Reflexiones sobre la coordinación en la integración y la regla de la prevalencia”*  
—
- **Manuel Gerpe Landín y Joan Vintró Castells**, *“La delegación de funciones del Presidente de la Generalidad de Cataluña”*  
—
- **Ángel Carrasco Perera**, *“Sociedad de la información y protección del consumidor como títulos competenciales”*  
—
- **Javier García Fernández**, *“Derecho constitucional y entidades locales. Sistema de fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del derecho local”*



LA OBSOLESCENCIA DE LA BIPOLARIDAD “MODELO AMERICANO-MODELO EUROPEO KELSENIANO” COMO CRITERIO ANALÍTICO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA

*Francisco Fernández Segado*

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO\*

1. *Introducción.*
2. *La última “ratio” de la bipolaridad: la concepción del “legislador negativo” y la reafirmación Kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley.*
3. *La obsolescencia de la clásica polaridad “sistema americano” versus “sistema europeo-kelseniano”:*
  - A) *La inicial bipolaridad de los dos sistemas y sus vías de relativización.*
  - B) *La absoluta superación de la contraposición bipolar.*
4. *La quiebra frontal de la concepción kelseniana del “legislador negativo”.*
5. *La mixtura e hibridación de los actuales sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad.*
6. *A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad.*

(\*) Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). 24 septiembre 2002.

## *1. Introducción*

Uno de los fenómenos más llamativos de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional. Aunque es lugar común retrotraer la preocupación por el diseño de mecanismos de defensa del orden constitucional al momento mismo (fines del siglo XVIII) en que dicho orden hace su acto de aparición, es lo cierto que la idea de la defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial a la historia de la humanidad, e incluso, en ella encontramos, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal sería el caso de los Eforos aspartenos o del Areópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (Nomoi) y los decretos ordinarios (Psefismata). Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana. En la Edad Media nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del derecho natural sobre el derecho positivo. Y la gran escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jacques Rousseau, sustentaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, la existencia, en definitiva, de límites frente al *ius cogens*, proveniente del mismo legislador<sup>1</sup>.

En este ámbito de inquietudes históricamente compartidas no ha de extrañar la conocida doctrina formulada por el Juez Edward Coke en el celeberrimo *Bonham's case* (1610), en defensa del *common law* y de su tradicional supremacía frente al Parlamento. Ciertamente, tras el triunfo de la *Glorious Revolution*, esta doctrina quedará relegada al olvido en Inglaterra, en donde se impondrá sin paliativos la doctrina de la soberanía parlamentaria. Sin embargo, el pensamiento del Juez Coke no será olvidado en las colonias inglesas de los territorios de América del Norte. La reivindicación del Juez Coke de la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del *common law*<sup>2</sup> frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento, será plenamente recepcionada en las Colonias, primero, y en el nuevo Estado independiente, más tarde. Y si los

1. Cfr. al efecto, Mauro Cappelletti: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1978 (ristampa inalterata), págs. 34-41.

2. El *common law*, cuya formación se inicia con la conquista de Inglaterra por los normandos en 1066 (*Comune Ley* en normando) vendrá a ser el derecho común a toda Inglaterra establecido por los conquistadores normandos, frente a las costumbres locales, y cuya elaboración se hallará a cargo de los tribunales reales, conocidos a partir del siglo XIII por el nombre de su sede, Tribunales de Westminster. Cfr. al efecto, René David: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Editorial Aguilar, Madrid, 1969, págs. 244-245.

jueces, en un primer momento, se habían encargado de velar por las Cartas coloniales, una suerte de normas constitucionales de las Colonias, aprobada la Constitución de 1787, a la que, como es sobradamente conocido, se dota de una cláusula de supremacía, no deberá extrañar que esos mismos jueces se encarguen ahora de velar por la primacía de la Constitución, que es tanto como velar por la salvaguarda de la libertad y de un conjunto de valores sobre los que se asentará la convivencia social y, por lo mismo, el gobierno de la colectividad, un “gobierno limitado” por la Constitución, un “*constitutional government*”, como la definió Wilson a principios del siglo XX<sup>3</sup>.

A la vista de lo expuesto, bien puede decirse que la idea de la justicia constitucional parece ser hija de la cultura del constitucionalista, esto es, de una concepción de la democracia que en cuanto sustentada en un conjunto de valores sociales presididos por la idea y el valor de la libertad, propicia un “gobierno limitado” por la Constitución, entendida como “*higher law*”.

Ahora bien, si se tiene en cuenta, como bien señala Baldassarre<sup>4</sup>, que la Constitución votada por el pueblo americano (“*We, the people...*”) no es otra cosa que el *pactum associationis vel subiectionis* del iusnaturalismo y iusnatural es asimismo el complejo armazón del sistema constitucional establecido: una forma de gobierno basada en el principio de *checks and balances*, dirigida a prevenir la tiranía de la mayoría y a evitar que los poderes de decisión política asumieran formas y contenidos arbitrarios, se puede llegar con Fix-Zamudio<sup>5</sup> a la conclusión de que el pensamiento contemporáneo sobre la defensa de las normas constitucionales es heredero de una larga y persistente tradición a través de los siglos, pues en el fondo no es sino un reflejo de la permanente lucha de los seres humanos por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior. Y esta idea ha tenido, y sigue teniendo, en nuestra época plena vigencia, como por lo demás corrobora la imbricación entre la justicia constitucional y la democracia, con su corolario de la incompatibilidad entre la primera y los regímenes dictatoriales<sup>6</sup>.

3. Woodrow Wilson: *Constitutional Government in the United States*, 1908.

4. Antonio Baldassarre: “Parlamento e Giustizia Costituzionale nel Diritto comparato”, texto mecanografiado, págs. 3-4.

5. Héctor Fix-Zamudio: “La Constitución y su defensa” (Ponencia general), en el colectivo, *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, 1984, págs. 11 y ss.; en concreto, pág.12.

6. Recuerda Cappelletti cómo, recepcionada la justicia constitucional en la República de Weimar, por la vía del modelo difuso, tras el famoso fallo del Reichsgericht (Tribunal Supremo), de 4 de noviembre de 1925, sustentado no en una precisa norma constitucional, sino en la intrínseca fuerza del principio de que, si en la jerarquía de las fuentes va primera la norma constitucional, ésta debe prevalecer

Desde esta perspectiva, la mundialización de la justicia constitucional, rasgo característico del último cuarto del siglo XX, adquiere su más plena comprensión si se pone en sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo hombre y de los derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de todo gobierno democrático y de cualquier convivencia social civilizada. Bien significativo es al respecto el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, como atestiguan, entre otros muchos casos, Alemania, Italia y Japón, tras la Segunda Guerra Mundial, los países de la Europa meridional (Grecia, Portugal y España), tras la caída de sus sistemas autoritarios de gobierno, gran número de países de América Latina, tras la desaparición de sus gobiernos militares, y los países de Europa oriental, tras la desaparición de los sistemas comunistas.

Esta expansión sin límites de la justicia constitucional, como no podía acontecer de otra forma, ha incidido de modo frontal sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema americano y el europeo-kelseniano, o si así se prefiere, el modelo de la *judicial review of legislation* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados en Italia y Alemania tras la segunda postguerra, en cuanto que estos sistemas partieron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo” en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a la misma se anudaran ciertas consecuencias jurídicas, y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la institucionalización del instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegitimidad constitucional, como se conoce en Italia.

La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva

sobre la norma ordinaria, la justicia constitucional desaparecerá de inmediato en la Alemania del Führer. Y otro tanto podrá afirmarse en la Austria del Anschluss y en la España de Franco. Mauro Cappelletti: “El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo”, en la obra del propio autor, *La Justicia Constitucional* (Estudios de Derecho Comparado), UNAM, México, 1987, pág. 193 y ss.; en concreto, pág. 197.

convergencia entre los elementos de los dos antaño tradicionales sistemas de control de constitucionalidad.

La resultante de todo ello ha sido la pérdida de gran parte de su utilidad analítica de la contraposición modelo americano versus modelo europeo-kelseniano. Como dice Rubio Llorente<sup>7</sup>, hablar hoy de un “sistema europeo” carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre alguno de ellos y el norteamericano.

En resumen, la justicia constitucional, en el nuevo siglo XXI, se nos presenta perfilada por una serie de situaciones peculiares que aunque encontrando su origen en épocas más o menos anteriores, han venido convergiendo y, a la par, acentuando sus rasgos: el proceso de progresiva e ininterrumpida convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional, la quiebra frontal del modelo kelseniano del “legislador negativo” con el subsiguiente rol creativo de los Tribunales Constitucionales y la enorme heterogeneidad y generalizada mixtura e hibridación de los actuales sistemas de justicia constitucional, han desencadenado la obsolescencia de la clásica bipolaridad “sistema americano - sistema europeo-kelseniano”, haciendo necesaria la búsqueda de una nueva tipología que nos ofrezca una mayor capacidad analítica de los sistemas de justicia constitucional.

La nueva tipología que proponemos, anticipémoslo ya, aunque sustentada en un conjunto de variables en su mayor parte dicotómicas, encaminadas a mostrar con un cierto grado de abstracción, que ha de propiciar a su vez una más amplia capacidad analítica, la heterogeneidad y complejidad de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos del poder, se ha de asentar en la diferenciación primaria entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que se llevaba a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primera modalidad de control presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de todo litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aún, de todo conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario del anterior.

7. Francisco Rubio Llorente: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en la obra colectiva, *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, págs. 1.411 y ss.; en particular, pág. 1.416.

## ***2. La última “ratio” de la bipolaridad: la concepción del “legislador negativo” y la reafirmación kelseniana del principio de sujeción de los jueces a la ley***

I. La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional, como es sobradamente conocido, tendrá lugar en la primera postguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la jurisdicción constitucional que nos ofrece, como bien se ha advertido<sup>8</sup>, una imagen contradictoria y polícroma, bien que, en sintonía con la tradición alemana, las competencias de tal jurisdicción se orienten fundamentalmente a los problemas dimanantes de la Estructura federal del Estado.

Por otro lado, la Constitución de la República Federal Austriaca, de 1º de octubre de 1920, diseñará un nuevo sistema de control de constitucionalidad, obra maestra de Kelsen, que diferirá del modelo americano no sólo en la atribución a un órgano *ad-hoc*, el Tribunal Constitucional, del control de constitucionalidad de las normas generales, sino en un conjunto de rasgos de incuestionable relevancia que tienen mucho que ver con la peculiar naturaleza de “legislador negativo” que Kelsen atribuirá al Tribunal Constitucional.

II. La Constitución de Weimar de 1919 iba a hacer suyo y a desarrollar el instituto de la *Staatsgerichtsbarkeit*, un instrumento de resolución procesal de conflictos entre aquellos órganos que concurren a la formación de la voluntad estatal, conflictos de naturaleza sustancialmente política.

La concepción de la jurisdicción constitucional como cauce de resolución de conflictos entre órganos supremos (*Organstreit*), que llega hasta nuestros días, a juicio de Volpe<sup>9</sup>, encontrará su concreción emblemática en el *Staatsgerichtshof*<sup>10</sup> previsto por el art. 108 de la Constitución de Weimar y desarrollado por una Ley de 9 de julio de 1921. Las competencias de este órgano girarán, efectivamente,

8. Helmut Simon: *La Jurisdicción Constitucional*, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996, págs 823 y ss.; en concreto, pág. 826.

9. Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia delle leggi (Studi sui modelli di giustizia costituzionale)*, Giuffrè, Milano, 1977, pág. 166.

10. Aunque Volpe tilda al *Staatsgerichtshof* de Tribunal Constitucional del Reich (op. cit., pág. 171), creemos más apropiado que hablar de Tribunal Constitucional, llamarlo “Tribunal Supremo de Justicia para el Reich”, como se hace en la obra de Boris Mirkin-Guetzevitch, *Las nuevas Constituciones del Mundo*, Editorial España, Madrid, 1931, pág. 79 (al traducir el art. 108 de la Constitución de Weimar).

en torno a la noción de conflicto o controversia constitucional entre órganos que participan en el proceso constitutivo de la formación de la voluntad estatal, con la adición, característica de un Estado de estructura federal, de entender asimismo de los conflictos que se suscitaban entre los poderes centrales y los poderes territoriales, así como (en virtud de la previsión del art. 19 de la Constitución weimariana) de los conflictos que no siendo de derecho privado se suscitaban entre diferentes Länder, e incluso, subsidiariamente, de los contenciosos constitucionales dentro de los propios Länder. Bien es verdad que en el ámbito interno de los órganos constitucionales del Reich, la competencia del St.G.H. se circunscribía, de acuerdo con el art. 59 de la Constitución, a conocer de las acusaciones que el Reichstag formulara contra el Presidente del Reich, su Canciller o los Ministros por violación culpable de la Constitución o de una ley del Reich. Ello explicaría que otros sectores de la doctrina<sup>11</sup> consideren que, en Weimar, los conflictos entre órganos del Reich permanecieron, conforme a la tradición, excluidos de cualquier jurisdicción constitucional.

Por otro lado, el control de compatibilidad de las normas de los Länder respecto del Derecho del Reich, contemplado por el párrafo segundo del art. 13 de la Constitución, que no precisaba, sin embargo, el órgano competente para llevar a cabo este control (se aludía tan sólo a que la competencia recaería en una jurisdicción suprema del Reich) ,sería encomendado por una Ley de 8 de abril de 1920 al Tribunal del Reich (*Reichsgericht*).

La Constitución de Weimar, por el contrario, omitió toda referencia al control de constitucionalidad material de la ley, lo que en modo alguno ha de entenderse en el sentido de que la cuestión fuera ignorada o suscitara indiferencia. Bien al contrario, a un intenso debate doctrinal en torno a los fundamentos de dicho control<sup>12</sup> se unió la que Sontheimer<sup>13</sup> denominara “batalla para el examen jurisdiccional de las leyes” (*der Kampf um das richterliche Prüfungsrecht*), contienda que se libró al hilo de la reivindicación jurisdiccional de llevar a cabo un control material de la ley que venía posibilitado por la determinación del párrafo primero del art. 109 de la Constitución, a cuyo tenor: “Todos los alemanes son iguales ante la ley”, en tanto en cuanto ese principio de igualdad no habla de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y primigeniamente, como

11. Helmut Simon: *La Jurisdicción Constitucional*, op. cit., pág. 827.

12. Cfr. a este respecto, Jean-Claude Béguin: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, París, 1982, en particular, págs. 16-21.

13. K. Sontheimer: *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, 1968, pág. 75. Cit. por Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia delle leggi*, op. cit., pág. 100.

un principio material que habla de vincular al propio legislador. Así lo expondría Erich Kaufmann, entre otros muchos, resumiendo la posición mayoritaria, en el III Congreso de la “*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*” (Asociación de Profesores alemanes de Derecho Público), celebrado en Münster el 29 y 30 de marzo de 1926<sup>14</sup>, al interpretar que el principio de igualdad constitucionalizado por el art. 109 imponía primariamente al legislador tratar de modo igual situaciones iguales en la realidad y de modo desigual situaciones diversas en la realidad, lo que obviamente convertía a dicho principio en un límite frente al posible arbitrio o discrecionalidad del legislador.

Si se nos permite el *excursus*, quizá convenga recordar que en la Alemania de fines del siglo XIX y primeros lustros del XX, habían arraigado algunos sectores doctrinales que defendían la peligrosa pretensión de reconocer a los jueces la facultad de inaplicar la ley en nombre de valores sustancialmente extraños al ordenamiento jurídico. Tal sería el caso de la “Escuela libre del Derecho” (*Freirechtswegung*), movimiento cuyo inicio se hace coincidir con la publicación, en 1885, de la obra de Oskar von Bülow, *Gesetz und Richteramt*. (La Ley y la Magistratura)<sup>15</sup>, o de la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*), deudora en el plano jurídico de la concepción romántica del “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*), que concibe al Derecho como una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo, y por ello mismo, más como un “ser” (*Sein*) que como un “deber ser” (*Sollen*), en cuanto que el Derecho no era sino la forma a través de la cual la “comunidad del pueblo” encauzaba de modo unitario su propia vida colectiva.

En este ámbito doctrinal, el Estado de Derecho pasó a concebirse como Estado sujeto al Derecho, que no a la Ley, circunstancia a la que se anudaba, como inexcusable consecuencia, la sustitución del principio de legalidad (*Gesetzsmässigkeit*) por el de juridicidad (*Rechtsmässigkeit*). El principio positivista de que el Derecho era el producto propio y exclusivo del legislador quedaba así absolutamente degradado y relativizado.

No debe extrañar por lo que acaba de exponerse que en el Congreso celebrado en Münster en 1926, ya referido, todos los teóricos de la “*Volksgemeinschaft*”

14. Entre otros conocidos defensores de la misma tesis habría que recordar a Heinrich Triepel quien, como recuerda Carro (en el prólogo a la obra de Triepel *Staatsrecht und Politik*, en su traducción española, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 19), no sólo defendió la necesaria vinculación del legislador al principio de igualdad, sino asimismo el reconocimiento de un derecho de control judicial de las normas bajo el prisma de los derechos fundamentales, todo ello en el mismo Congreso.

15. Cfr. al efecto, Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia...*, cit., págs. 22 y ss.

postularan el fin de la soberanía de la Ley. Como recuerda Volpe<sup>16</sup>, el principio de igualdad ante la Ley era sustituido por el principio de igualdad ante Dios. De esta forma, la vertiente material del principio de igualdad se instrumentalizó como un mecanismo de rango constitucional que propiciaba la transfusión a las normas legislativas del espíritu del pueblo, correspondiendo a los operadores jurídicos, y muy particularmente a los jueces, la tarea de decidir si las valoraciones realizadas por el legislador en relación con el principio de igualdad encontraban su correspondencia en la “naturaleza de las cosas” (*Natur der Sache*) y resultaban justas, en cuanto acordes a un orden superior de valores sentidos por la conciencia popular y que remitía a conceptos tan amplios e imprecisos como el bien o la verdad.

Poco tiempo antes del Congreso celebrado en Münster, el *Reichsgericht*, en una celeberrima Sentencia de su 5ª Cámara civil, de 4 de noviembre de 1925, se iba a plantear frontalmente la cuestión del control de constitucionalidad material de la Ley, resolviendo que la sumisión del Juez a la Ley no excluye que el propio Juez rechace la validez de una Ley del Reich o de algunas de sus disposiciones en la medida en que las mismas se opongan a otras disposiciones que han de considerarse preeminentes y que deben ser observadas por el Juez. En cuanto que la Constitución no contenía disposición alguna que privara al Juez de esta facultad, atribuyéndola a otro órgano, el *Reichsgericht*, en lo que ahora interesa, terminaba reconociendo el derecho y el deber del Juez de examinar la constitucionalidad de las leyes del Reich.

Quedaba reconocido de esta forma un derecho de control judicial que Schmitt<sup>17</sup> caracterizaría por los siguientes rasgos: es un control “accesorio” que constituye una “competencia ocasional” (expresión que entresacaría de Triepel), ejercitándose tan sólo de modo eventual, incidenter, en una sentencia judicial, y conforme a las posibilidades de cada Juez, es decir, en forma “difusa”, término que Schmitt propondría para designar el concepto opuesto al de derecho de control “concentrado” en una sola instancia.

**III.** La Constitución austriaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de la constitucionalidad que es deudor de la obra de Kelsen. El gran jurista de la Escuela de Viena se situaba en una dirección radicalmente antagónica a la sustentada por la teoría de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*). Su

16. Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia delle leggi*, op. cit., págs. 103-104.

17. Carl Schmitt: *La defensa de la Constitución*, traducc. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 52.

posición quedaría muy nítidamente expuesta en el Congreso de Münster al replicar a Kaufmann que él era positivista, siempre y pese a todo positivista. Kelsen sería muy claro al advertir de los peligros a que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo radical. Más aún, Kelsen, siempre en el Congreso de 1926, se refería a las tendencias doctrinales que rechazaban que el Juez hubiera de limitarse a aplicar la Ley a través de meras operaciones lógico-silogísticas, conectando tales tendencias con las posiciones hiperconservadoras, cuando no ajenas al marco democrático; y así, Kelsen vincula “la clara tendencia a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva” con “el cambio en la estructura política del órgano legislativo”; constata que “no se puede en ningún caso desconocer que los juristas que en el pasado enseñaban el principio de la más estrecha vinculación de los Jueces a la Ley, hoy prefieren conceder a los Jueces, remitiéndose al Derecho natural, una creciente libertad frente a las leyes”, y finalmente constata que “el orden judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos”<sup>18</sup>.

La preocupación que se manifiesta en las anteriores reflexiones de Kelsen serían compartidas pocos años más tarde por Heller, quien subrayaría lo emblemático del hecho de que la interpretación del principio de igualdad como límite y medio de control jurisdiccional frente a la libre capacidad de elección del poder legislativo fuese concebida y elaborada por los sectores conservadores y antidemocráticos de la doctrina jurídica alemana<sup>19</sup>.

De todo lo anteriormente expuesto parece desprenderse con relativa nitidez que al delinear su teoría de la “*Verfassungsgerichtsbarkeit*”, que presupone que el Tribunal Constitucional se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por intermedio de meras operaciones lógico-silogísticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en las teorías jurídicas de la “Escuela libre del Derecho” y de la “comunidad del pueblo” y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplios sectores jurídicos y judiciales de la Alemania de Weimar.

18. Cfr. al efecto, Adriano Giovannelli: “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, CEDAM, Padova, 1985, págs. 381 y ss.; en concreto, pág. 395.

19. Hermann Heller: *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, 1930. Cit. por Giuseppe Volpe: *L’ingiustizia...*, op. cit., pág. 102.

A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, Kelsen pretendía evitar el riesgo de un “gobierno de los jueces”, peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como revela la clásica obra de Lambert<sup>20</sup>, en cuanto que tal dirección se conectaba con posiciones mayoritariamente conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

El propio Kelsen admitiría de modo expreso<sup>21</sup> que aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución austriaca de 1920, los tribunales austriacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, limitándose, por el contrario, en lo que al control constitucional de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación, y una de las metas de la Constitución de 1920 fue la ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales era, a juicio del jurista de la Escuela de Viena, demasiado grande, y tal peligro, habría que añadir, no podía ser combatido en Austria, un país con un sistema jurídico de *civil-law*, por intermedio de la regla del *stare decisis*, característica de los países de *common law*.

Pero aún habría de añadirse algo más. El monopolio que el Tribunal Constitucional asume en relación con el control de constitucionalidad de las leyes y, por encima de ello, la peculiar naturaleza de “legislador negativo” con que Kelsen concibe tal órgano, no sólo pretende mostrar la complementariedad que respecto del Poder Legislativo estaba llamado a asumir el Tribunal Constitucional, sino que, más allá de ello, tal concepción revelaba bien a las claras que el modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento, sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los Jueces<sup>22</sup>. Como bien advierte Volpe<sup>23</sup>, la meditación “vienesá” de Kelsen se delinea sobre un fondo caracteri-

20. Edouard Lambert: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Giard, París, 1921.

21. Hans Kelsen: “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics*, vol. 4, mayo de 1942, núm. 2, págs. 183 y ss. Manejamos aquí la trad. española de Domingo García Belaunde, “El control de la constitucionalidad de las leyes”, en *Ius et Veritas* (Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú), Lima, junio de 1993, págs. 81 y ss.; en concreto, pág. 83.

22. En análogo sentido, Adriano Giovannelli: “Alcune considerazioni sul modello...”, op. cit., pág. 395.

23. Giuseppe Volpe: *L'ingiustizia delle leggi*, op. cit., pág. 138.

zado por la peculiar situación del periodo weimariano, connotada, en lo que ahora interesa, por la conflictividad entre el Parlamento y los jueces, esto es, entre el órgano de producción legislativa y quienes están llamados a la aplicación de las leyes. De ahí que la construcción normativista kelseniana esté regida por la finalidad de lograr superar el conflicto surgido entre los dos poderes, el legislativo y el judicial.

Al logro de tal fin se endereza, en primer término, la relativización que Kelsen va a hacer de la antaño absoluta contraposición entre los tres poderes, particularmente, entre el poder legislativo, de un lado, y el poder ejecutivo y judicial de otro, pues según el maestro vienés, la usual tricotomía se base en realidad en una dicotomía, dado que lo que se exprese en la distinción entre los tres poderes del Estado es la diferencia existente entre creación y aplicación del Derecho<sup>24</sup>. Y en segundo lugar, el diseño que Kelsen da a las funciones de creación y aplicación de la ley, funciones que no se encuentran coordinadas, sino sub y supraordinadas. Además, no es posible definir las líneas que separan estas funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del Derecho tiene sólo un carácter relativo, ya que en su mayoría los actos del Estado son al propio tiempo actos de creación y de aplicación del Derecho<sup>25</sup>. La unidad del orden jurídico, de este conjunto de normas jerarquizadas en distintos niveles<sup>26</sup>, vendrá constituida por el hecho de que la creación de una norma (la de grado más bajo) se encuentra determinada por otra (de grado superior), cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. De esta forma, lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico<sup>27</sup>.

En un orden así concebido, la unidad del ordenamiento exigirá la salvaguarda de la norma suprema, y la garantía de la Constitución vendrá dada por el conjunto de medidas técnicas encaminadas a asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, en el entendido de que la “regularidad” no será más que la relación de correspondencia de un grado inferior respecto de un grado superior del

24. Hans Kelsen: *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, págs. 268-269.

25. *Ibidem*, págs. 282-283.

26. Recordemos que en el tipo ideal del positivismo kelseniano los grados de la pirámide ordinal, en orden descendiente, son: la Constitución (*Verfassung*), la Ley (*Gesetz*), el reglamento (*Verordnung*), el acto administrativo (*Verwaltungsakt*), las sentencias judiciales (*richterliches Urteil*) y, por último, los actos coactivos (*Vollstreckungsakt*).

27. Hans Kelsen: *Teoría General...*, op. cit., pág. 128.

ordenamiento jurídico<sup>28</sup>. De esta forma, la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes podrán concebirse como auténticas garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales. Al entender Kelsen que la anulación de una ley no puede consistir en su mera desaplicación en el caso concreto, como acontece en la *judicial review* norteamericana –“annuler une loi, dirá Kelsen<sup>29</sup>, c’est poser une norme générale–, por cuanto la anulación tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, estará convirtiendo al Tribunal Constitucional en un órgano del poder legislativo, en un “legislador negativo”, llamado ciertamente a colaborar, por decirlo quizá impropriamente, con dicho poder, al venir a reafirmar tal órgano el principio de sujeción de los Jueces a la ley sin fisura alguna, lo que, ciertamente, suponía un refuerzo del órgano parlamentario frente al poder judicial.

De esta caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” derivarán las más acusadas diferencias entre el modelo europeo-kelseniano y el modelo norteamericano.

En todo caso, no conviene olvidar que las divergencias a que a continuación nos vamos a referir, como creemos se desprende de todo lo expuesto, dimanarían de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última y más profunda *ratio* de la bipolaridad entre ambos modelos. Volpe<sup>30</sup> lo expone con claridad meridiana. El sistema norteamericano halla su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del poder judicial (el denominado “gobierno de los jueces”) sobre los restantes poderes, particularmente sobre el poder legislativo; constituye un acto de confianza en los Jueces, no encuadrados en una carrera burocrática y, por lo menos a nivel de los Estados, de elección popular en su mayor parte, a la par que de desconfianza en el legislador. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, por contra, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminada a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico en favor del control jurisdiccional de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de Derecho.

28. Hans Kelsen: “La garantie juridictionnelle de la Constitution” (La Justice constitutionnelle), en *Revue du Droit Public et de la Science politique*, tome quarante-cinquième, 1928, págs. 197 y ss.; en concreto, pág. 200.

29. *Ibidem*, pág. 244.

30. Giuseppe Volpe: *Lingiustizia delle leggi*, op. cit., pág. 157 y ss.

Kelsen, en algún momento<sup>31</sup>, parecerá apuntar a los inconvenientes prácticos que en un sistema de *civil-law* como el austriaco hubiera supuesto la introducción de un modelo “difuso” como el norteamericano, al carecer de técnicas tales como el principio del *stare decisis* sin dejar de reconocer tales obstáculos, lo cierto es que ellos no serán la causa determinante de la opción kelseniana en favor de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, sino razones ya expuestas de mucho más calado y entidad.

### **3. La obsolescencia de la clásica polaridad “sistema americano” versus “sistema europeo-kelseniano”**

En una caracterización bien conocida, el gran procesalista italiano Piero Calamandrei<sup>32</sup> vino a connotar por una serie de binomios contrapuestos a los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad o (según la expresión italiana) de la legitimidad de las leyes: el sistema judicial o difuso y el sistema autónomo o concentrado.

El sistema difuso era caracterizado como “incidental” (sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), “especial” (la declaración de inconstitucionalidad conduce tan sólo a negar la aplicación de la ley al caso concreto) y “declarativo” (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente y, por tanto, con efectos *ex-tunc*) y obviamente presupone que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial, como dice Calamandrei) puedan ejercerlo. El sistema concentrado, además de ser ejercido tan sólo por “un único y especial órgano constitucional”, es caracterizado como “principal” (el control se propone como tema separado y principal de la petición, cuestionando directamente la legitimidad de la ley en general, sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial), “general” (la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley “*erga omnes*”, haciéndole perder para siempre su eficacia normativa general) y “constitutivo” (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia “*ex-nunc*”, que vele para el futuro pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional o ilegítima).

31. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado...*, op. cit., págs. 84-85.

32. Piero Calamandrei: “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Estudios sobre el Proceso Civil), traducc. de Santiago Sentís Melendo, vol. III, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, págs. 21 y ss.; en concreto, págs. 32-33.

En definitiva, mientras la *judicial review of Legislation* vendría caracterizada por las notas de un control difuso, incidental, especial y declarativo, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, en su concepción originaria, lo sería por las de un control concentrado, principal, general y constitutivo.

Las notas de estos binomios contrapuestos o bipolares, o algunas de ellas por lo menos, bien pronto serían relativizadas o moduladas (en algún caso, como el carácter “especial” del sistema difuso, desde el mismo nacimiento de la *judicial review of Legislation*). No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda postguerra, aunque a partir de este momento el proceso de relativización de los citados binomios se acentuará de modo muy significativo. En efecto, ya la muy importante reforma constitucional austriaca de 1929 (la *Zweite Bundesverfassungsnovelle*, de 7 de diciembre de 1929) abrirá, dentro del modelo kelseniano, el proceso de relativización a que venimos aludiendo. En todo caso, la diferente intensidad de este proceso, según se trate del período de entreguerras o del subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial, nos ha conducido a diferenciar en nuestra exposición dos etapas o momentos diferentes.

#### **A) La inicial bipolaridad de los dos sistemas y sus vías de relativización.**

I. El primero de los rasgos diferenciales atañe al órgano legitimado para llevar a cabo el control. Es sobradamente sabido que en el sistema norteamericano todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias o litigios suscitados ante ellos. Se trata, pues, de una jurisdicción difusa que, sin embargo, y conviene ya matizarlo, no da lugar a una jurisprudencia dispersa o contradictoria, pues la fuerza vinculante del precedente actúa como correctivo del sistema. Recordemos el efecto que la base de todo el Derecho de creación judicial, conocida como la “regla del precedente” (*the rule of precedent*), está fundamentada en la obligación del Juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales, o normas elaboradas por los jueces con anterioridad (*stare decisis et quia non movere*).

En el sistema austriaco-kelseniano, un órgano *ad hoc* es encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad. Esta centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales se justificaría por Kelsen, primigeniamente, como ya se expuso con anterioridad, en base a la consideración de que la inaplicación en el caso concreto por los Jueces, propia del sistema norteamericano, se traducía en la ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley era constitucional, lo que entrañaba un gran peligro

para la autoridad de la Constitución<sup>33</sup>. Este peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales, resultaba acentuado en Austria, cuyo sistema jurídico, en cuanto ubicado en los moldes propios de los sistemas romano-germánicos, desconocía el principio del *stare decisis*. Y así, en Austria, las decisiones del más alto Tribunal, el *Oberster Gerichtshof*, en relación a la constitucionalidad de una ley o un reglamento, carecían de fuerza obligatoria sobre los tribunales o jueces de inferior jerarquía. El Tribunal Constitucional austriaco asumirá, pues, el monopolio del control de constitucionalidad, aunque ya explicamos que por otras razones de mucho mayor calado que la que se acaba de apuntar.

Este monopolio, aunque formalmente no se vea alterado, sufrirá un embate considerable con la reforma constitucional austriaca de 1929. Ya el texto de 1920 (art. 89.2) habilitaba a los tribunales, en el caso de que les surgieran dudas acerca de la ilegalidad de un reglamento que hubieran de aplicar, para suspender el procedimiento y requerir al Tribunal Constitucional su anulación por un vicio de ilegalidad. Sin embargo, el planteamiento de esta cuestión se circunscribía a los reglamentos, no abarcando a las leyes. La reforma constitucional de 1929, dando una nueva redacción al art. 140 de la Constitución, ampliaba la legitimación para recurrir las leyes ante el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), por vicios de inconstitucionalidad, al Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) y al Tribunal de Justicia Administrativa (*Verwaltungs-gerichtshof*). Cualquier parte de una controversia de la que estuviera conociendo uno de esos dos altos órganos jurisdiccionales podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable en el caso concreto, si bien la cuestión se planteaba por decisión exclusiva del alto órgano jurisdiccional de que se tratara<sup>34</sup>.

El origen de esta reforma se ha visto<sup>35</sup> en la facultad de la que dispuso el VfGH, desde su diseño inicial en 1920, de proceder de oficio al control de constitucionalidad de una ley o de un reglamento, cuando debiera de aplicarlas en otro caso distinto pendiente de su conocimiento. Sin embargo, a nuestro entender, no puede olvidarse aquí la nítida posición de Kelsen, favorable a la fórmula acuñada constitucionalmente en 1929, como modo de introducir una suerte de muy atenuada *actio popularis*. Recordemos que Kelsen, en 1928, admitía<sup>36</sup> que

33. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 83.

34. Las partes, diría Kelsen (en *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 88), no tenían derecho e exigir tal proceso. Era exclusivamente el interés público protegido por los tribunales y no el interés privado de las partes, lo que era decisivo desde el punto de vista procesal.

35. Theo Öhlinger: "La giurisdizione costituzionale in Austria", en *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre 1982, págs. 535 y ss.; en concreto, pág. 542.

36. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 245.

la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad, consistía ciertamente en la previsión de una *actio popularis*, de acuerdo con la cual el VfGH habría de proceder al control a instancias de cualquiera. “C’est incontestablement de cette façon que l’intérêt politique qu’il y a à l’élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale”. A partir de tal reconocimiento, Kelsen considera no recomendable esta solución porque la misma entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias, “et le risque d’un insupportable encombrement des règles”<sup>37</sup>. Sin embargo, casi de inmediato, el jurista vienés se manifestaba proclive a un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la *actio popularis*, a cuyo efecto postulaba que se permitiera a las partes de un proceso judicial o administrativo provocar tal control de constitucionalidad frente a actos de autoridades públicas (resoluciones judiciales o actos administrativos) cuando entendieren que tales actos, aun siendo inmediatamente regulares, se hubieren realizado en ejecución de una norma irregular (ley inconstitucional o reglamento ilegal). Se trataría, en definitiva, como reconoce Kelsen<sup>38</sup>, no de un derecho a recurrir abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional. Kelsen, en resumen, postulaba un año antes de la reforma constitucional de 1929 la cuestión de inconstitucionalidad como cauce indirecto de apertura de la legitimación para instar la intervención del VfGH a los ciudadanos, a los particulares.

La reforma constitucional de 1929 no rompía formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del VfGH, pero, de hecho, ese monopolio se convertía en un monopolio de rechazo por cuanto, de alguna manera, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios legitimados para plantear la que venimos llamando (al margen de la Ley constitucional federal de reforma del año 1929, que en la nueva redacción que daba al art. 140.1 de la Constitución, se limitaba a hablar de “la demanda” del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia Administrativa) cuestión de inconstitucionalidad, antes de decidir el planteamiento de la demanda, debían lógicamente llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar su decisión final. Como bien señala

37. En análogo sentido, Charles Eisenmann, uno de los más fieles seguidores y discípulos de Kelsen, de modo rotundo, consideraba que la prohibición de la vía directa a los particulares constituía una necesidad práctica casi absoluta. Charles Eisenmann: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, (primera edición de 1928), Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, París, 1986, pág. 188.

38. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 246.

Rubio Llorente<sup>39</sup>, la cuestión de inconstitucionalidad implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el Juez o Tribunal que la suscita, y otro, definitivo y coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. Es por ello mismo por lo que se suele afirmar, allí donde existe la cuestión de inconstitucionalidad, que el Tribunal Constitucional sólo dispone de un monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austriaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

Aunque referido a un momento histórico distinto del que estamos ahora mismo contemplando, quizá no sea inoportuno recordar que en 1975, una nueva reforma constitucional vino a legitimar para desencadenar el control del VfGH a todos los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, lo que encerraba una notable relevancia en aquellos supuestos en que no estaba previsto un recurso ante el Tribunal Supremo. Si se advierte que siempre es posible un recurso contra una sentencia dictada en primera instancia, se puede comprender que la reforma de 1975, como indica Öhlinger<sup>40</sup>, abrió posibilidades prácticamente ilimitadas de control sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de su aplicación. En términos análogos, la citada reforma habilitó también a las Salas independientes de lo contencioso-administrativo para recurrir al VfGH. Innecesario es decir que requisito inexcusable para que los referidos órganos jurisdiccionales, ordinarios y contencioso-administrativos, pudieran acudir al VfGH era la prejudicialidad de la norma impugnada, esto es, que el órgano jurisdiccional recurrente hubiera de aplicar la norma en cuestión para la decisión de una *litis* de la que estuviera conociendo.

II. La variante organizativa que separa ambos sistemas, y a la que acabamos de referirnos, esto es, la centralización kelseniana del control de constitucionalidad en un órgano especial, *ad-hoc*, el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), establecido por la Constitución austriaca, iba a esconder, como ha significado García de Enterría<sup>41</sup>, y por nuestra parte ya destacamos en un momento precedente, una profunda significación por encima de su simple apariencia práctica.

En efecto, para Kelsen<sup>42</sup>, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional,

39. Francisco Rubio Llorente: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 588.

40. Theo Öhlinger: *La giurisdizione costituzionale in Austria*, op.cit., pág. 543.

41. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 57.

42. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 224.

aún cuando tenga –por la independencia de sus miembros– la organización de un Tribunal. A partir de la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa que Kelsen considera determinante, y que consiste en que mientras esta última crea normas jurídicas generales, la primera no crea sino normas individuales, el gran maestro de la Escuela de Viena se interroga acerca del significado de la anulación de la ley decidida por el Tribunal Constitucional. Ya vimos en un momento anterior cómo la decisión del Tribunal de anular una ley tiene el mismo carácter que una ley abrogativa de otra norma legal. Es un acto de legislación negativa<sup>43</sup>.

En la caracterización del Tribunal como “legislador negativo”, no se ha de ver, como advierte Giovannelli<sup>44</sup>, una acentuación del carácter político de la función desempeñada por el Juez constitucional, sino más bien el intento kelseniano de asimilarla a la función legislativa, con vistas, muy particularmente, al otorgamiento de efectos *erga omnes* al pronunciamiento del Juez constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial.

El rechazo a la caracterización como función judicial de la función de control de constitucionalidad se consolida aún más si se advierte que el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho particular, limitándose a pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad lógica entre un enunciado normativo legal y la norma constitucional, esto es, entre dos normas abstractamente formuladas, al margen de su concreta aplicación.

En coherencia con tal planteamiento, Kelsen sostendrá la validez de la ley hasta tanto la misma no haya sido considerada contraria a la Constitución por el propio Tribunal Constitucional. La resolución de este órgano proclive a anular será efectiva, en principio, sólo *ex nunc*, es decir, no tendrá fuerza retroactiva. Como razonaría Kelsen<sup>45</sup>, esta fuerza retroactiva difícilmente podría ser justificada, no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo, sino especialmente porque la decisión concernía a un acto del legislador, y éste también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control judicial. En definitiva, mientras el Juez cons-

43. Aplicando la constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales, dirá Kelsen en otro momento (en *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931; trad. de Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 36-37), el Tribunal Constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de “legislador negativo”.

44. Adriano Giovannelli: *Alcune considerazioni sul modello...*, op. cit., págs. 388-389.

45. Hans Kelsen: “El control de la constitucionalidad de las leyes”, op. cit., pág. 84.

titucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo, tenía que ser respetada. De todo ello se infería, como es obvio, la naturaleza constitutiva de las sentencias del Tribunal Constitucional.

El carácter legislativo de la función atribuida al Tribunal Constitucional aparece reforzado por el hecho de que tras la anulación de una norma, y a fin de evitar las indeseadas consecuencias que, en ocasiones, pueden desencadenar los vacíos jurídicos subsiguientes a tal anulación<sup>46</sup>, Kelsen postula la conveniencia de facultar al Tribunal Constitucional para establecer –conjuntamente con la resolución que anula la norma general– que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, correspondiendo al citado órgano la decisión de los casos en que se puede hacer uso de esta facultad de restablecimiento del anterior *état de droit*<sup>47</sup>.

A esta concepción kelseniana respondería la cláusula del artº.140 de la Constitución austriaca (en la actualidad, art. 140.6) a tenor de la cual: “Si una ley fuese anulada por el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad, entrarán de nuevo en vigor el día en que empiece a producir efectos la anulación, si la sentencia no estableciese otra cosa, todas las disposiciones que hubiesen sido derogadas por la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

En la publicación de la anulación de la ley se mencionarán también si entran de nuevo en vigor disposiciones legislativas y cuáles<sup>48</sup>. Con esta previsión, introducida por vez primera (dentro del art. 140.3) por la reforma constitucional de diciembre de 1929, la decisión del Tribunal Constitucional por la que no sólo se anulaba una ley sino que también una norma legal anterior era restaurada, como el propio maestro de la Escuela de Viena habría de reconocer<sup>49</sup>, no era tan sólo un acto negativo de legislación, sino también uno positivo.

En definitiva, de la posibilidad de que en ciertos supuestos al Juez constitucional le correspondiera ejercitar un rol legislativo no meramente negativo, podría entresacarse la idea de que al Tribunal Constitucional no le estaba atribuida tan sólo la tarea de verificar un juicio de contraste en abstracto entre la

46. “Il résulte de l’annulation pour ainsi dire une sphère vide de droit. Une matière qui était jusqu’alors réglée cesse de l’être; des obligations juridiques disparaissent; la liberté juridique leur succède”. Hans Kelsen: “La garantie juridictionnelle...”, op. cit., pág. 243.

47. *Ibidem*, págs. 243-244.

48. Artículo 140.6 de la Constitución Federal de Austria, según el texto de la edición preparada por Germán Gómez Orfanel, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, CEC, Madrid, 1996.

49. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad...*, pág. 90.

Constitución y la ley, del que, en su caso, y por contradicción con la Norma suprema, había de derivar la anulación de la norma legal, sino que, potencialmente al menos, también le correspondía la tarea de elegir entre los diversos grados de constitucionalidad, actuando positivamente con vistas a alcanzar aquella situación menos incompatible con el interés requerido por la defensa de la Constitución<sup>50</sup>.

En resumen, las reflexiones que preceden muestran, creemos que con cierta nitidez de percepción, cómo a la caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” se anudan consecuencias jurídicas de extraordinaria relevancia, determinantes, en último término, de la peculiar bipolaridad entre el modelo kelseniano y el norte-americano.

III. Retornando a las diferencias que enfrentan a los dos sistemas de control de constitucionalidad, cabe recordar que una segunda contraposición atañe, según Calamandrei<sup>51</sup>, a la legitimación de quien puede proponer o instar el control, rasgo que se conecta a su vez a la vía de impugnación.

En el sistema de la *judicial review of Legislation*, la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa. La presunta inconstitucionalidad sólo puede hacerse valer como cuestión incidental de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el Juez competente por quien es parte en una controversia concreta. El control tiene, pues, carácter incidental o, como otros sectores doctrinales sostienen, quizá con mayor impropiedad, el control se lleva a cabo a través de la vía procesal de la excepción de inconstitucionalidad.

En el sistema kelseniano, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se inicia mediante la presentación de una acción o recurso de inconstitucionalidad. Nos hallamos, pues, ante un procedimiento de impugnación directa, en vía principal. La impugnación no se vincula a la existencia de una litis facilitándose de esta forma la anulación de leyes inconstitucionales que, sin embargo, pueden no suscitar controversia, si bien, por lo general, dentro de un determinado plazo. En este sistema, la legitimación para instar el control cambió mucho en función de cada ordenamiento. En cualquier caso, ya tuvimos oportunidad de referirnos a cómo Kelsen, en un plano ideal, consideró que la *actio popularis* era la fórmula

50. En análogo sentido, Adriano Giovannelli: *Alcune considerazioni sul modello...*, op. cit., pág. 390.

51. Piero Calamandrei: *Instituciones...*, op. cit., vol. III, págs. 32-33.

idónea, bien que, en el plano de la realidad, la rechazara por los peligros insitos a la misma, decantándose por la vía indirecta de permitir a los particulares que fueren partes de un procedimiento judicial o administrativo que instaran el desencadenamiento del control de constitucionalidad por intermedio del órgano jurisdiccional o administrativo llamado a conocer del procedimiento<sup>52</sup>. Como ya expusimos, la opción kelseniana no sería constitucionalmente recepcionada sino hasta la reforma de 1929, pero tal opción entrañaba un importantísimo elemento de aproximación al modelo norteamericano.

Al margen de ello, ya circunscribiéndose al marco del Estado federal, Kelsen se decantaba por la legitimación del Gobierno federal y de los Gobiernos de los Estados miembros para combatir, respectivamente, los actos jurídicos de los entes territoriales y de la Federación<sup>53</sup>.

En el ya varias veces mencionado artículo publicado en 1942, en el que el maestro vienés establece una comparación del control de constitucionalidad en Austria y Norteamérica, Kelsen sostuvo<sup>54</sup> que la mayor diferencia entre ambos sistemas radicaba en el procedimiento a cuyo través una ley podía ser declarada inconstitucional por el órgano competente, subrayando el rasgo de que, en principio, en el sistema norteamericano, sólo la violación del interés de un particular podía desencadenar el procedimiento de control constitucional. Ello significaba, de alguna forma, la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las leyes entraña, y que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

Ciertamente, el control en el sistema norteamericano siempre se ha vinculado a la previa existencia de una controversia. Como recuerda Hughes<sup>55</sup>, la *Supreme Court* ha rechazado las insinuaciones del Congreso para que opinase sobre cuestiones constitucionales cuando no tenía que decidir un “caso” o una “controversia” reales. En tal sentido se pronunciaría, por ejemplo, en 1911 en el *Caso Muskrat vs. United States*. Sin embargo, como el mismo Kelsen recono-

52. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., págs. 245-246.

53. *Ibidem*, pág. 247.

54. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 87.

55. En el Caso a que alude Hughes (*Muskrat vs. U.S.*), el Tribunal Supremo decidió que el Congreso no se hallaba facultado para aprobar una Ley que atribuía competencia al Tribunal de Reclamaciones (*Court of Claims*) y, en apelación, al Tribunal Supremo, para decidir sobre la validez de las leyes del Congreso relativas a asuntos de los indios, sin un “caso” o “controversia”, únicos asuntos a los que, según la Constitución, se extiende el poder judicial. Charles Evans Hughes: *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2ª ed. española, FCE, México, 1971, pág. 54.

ciera<sup>56</sup>, una Ley de 24 de agosto de 1937 “para proveer la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, en apelación directa al Tribunal Supremo y la regulación de la expedición de *injuncti*ons en algunos casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos”, vino a reconocer el interés público en el control jurisdiccional de las leyes federales. Esta Ley concedió al Gobierno el derecho de recurrir ante el Tribunal Supremo una sentencia por la que una ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al Gobierno federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares, convirtiéndose en una de las partes a efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Esta Ley vino, pues, a relativizar de alguna manera la diferencia advertida por Kelsen.

Pero más allá de esta relativización, lo que hemos de significar es que el elemento diferencial a que alude Kelsen, que sólo la violación del interés de un particular pueda desencadenar el control en el sistema americano, o lo que es lo mismo, que el control siempre se lleve a cabo con ocasión de la aplicación de la ley, como ya hemos advertido con anterioridad, no sólo está presente, como propuesta doctrinal, en el mismo pensamiento kelseniano, sino que, constitucionalmente, hace acto de aparición en la reforma constitucional austriaca de 1929, aún cuando dentro de los límites a los que ya nos referimos.

Una y otra circunstancia no conducen sino a relativizar la que Kelsen consideró como más relevante diferencia entre los dos sistemas de control de constitucionalidad.

IV. La última y doble diferencia atañe a la extensión y naturaleza de los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En el modelo norteamericano, en sentido estricto, el Juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a la inaplicación de la ley que considera contraria a la Constitución (sentencia declarativa). En sintonía con ello, los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (*inter partes*), o control especial, como lo tilda Calamandrei.

Sin embargo, la extensión de los efectos de la sentencia estimatoria ha de ser matizada en el sistema americano, tal y como de algún modo ya se señaló más

56. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., pág. 87.

atrás. Aunque formalmente los efectos se circunscriben a las partes de la *litis*, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar esta circunstancia. Como ya se señalara, en virtud de esta regla, los Tribunales deben seguir sus propios precedentes jurisprudenciales y, lo que aún importa más, se hallan vinculados por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores. De esta forma, la existencia de un Tribunal Supremo único, como a diferencia de otros países como Alemania, acontece en Estados Unidos, y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los Tribunales jerárquicamente superiores, otorga al sistema, en el punto que nos ocupa, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, terminando, indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley, bien diferente a la de una mera desaplicación de la ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos la ley sea nuevamente aplicada. Como afirma Cappelletti<sup>57</sup>, ciertamente, si una ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta. En definitiva, la inaplicación, en la realidad, se transforma en anulación de la ley contraria a la Constitución, anulación, dirá una vez más Cappelletti<sup>58</sup>, “définitive, incontestable, et qui vaudra pour toute espèce à venir”.

En cuanto al sistema kelseniano, la impugnación en vía directa o principal conduce a la cancelación definitiva de la ley o del precepto o preceptos considerados contrarios a la Constitución. Esta eficacia *erga omnes* opera en el sistema austriaco-kelseniano con efectos *ex nunc*, respetando en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional (sentencia constitutiva), tal y como ya tuvimos oportunidad de exponer, si bien, anticipémoslo ya, ello no ha sido así en otros sistemas, como el alemán, italiano o español, en que el control también se concentra en un Tribunal Constitucional.

Por lo demás, hoy, algunos Tribunales Constitucionales disponen de una cierta autosuficiencia llegado el caso de modular los efectos temporales de sus fallos. Sin embargo, conviene recordar que ya el propio Kelsen<sup>59</sup>, a fin de evitar los inconvenientes dimanantes del vacío jurídico desencadenado por la anula-

57. Mauro Cappelletti: “Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé”, en la obra de recopilación de artículos del propio autor, *Le pouvoir des juges*, Economica-Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, París, 1990, págs. 179 y ss.; en concreto, págs. 202-203.

58. *Ibidem*, pág. 203.

59. Hans Kelsen: *La garantie juridictionnelle...*, op. cit., pág. 243.

ción de una norma, defendería la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto plazo contado a partir de la publicación de la sentencia de anulación. En coherencia con este planteamiento, el art. 140.3 de la Constitución austriaca habilitó al Tribunal Constitucional para prever una prórroga para la entrada en vigor de los efectos de la sentencia de anulación, prórroga que no podía exceder de seis meses, que en la reforma de 1929 se amplió a un año (según el actual art. 140.5 de la Constitución vigente en Austria, tal prórroga puede alcanzar los dieciocho meses), y cuya razón de ser, como reconoció Kelsen<sup>60</sup>, era permitir al Parlamento reemplazar la ley cuestionada por una nueva conforme a la Constitución, antes de que la anulación fuera efectiva.

Si recapitulamos sobre lo que se acaba de exponer, la conclusión nos parece clara: ya desde el primer momento de funcionamiento del modelo kelseniano, pese a las profundas divergencias ideológicas que lo separan del americano, a las que ya aludimos, existen elementos que van a reducir el antagonismo de cada binomio; los apreciamos en el modelo kelseniano, pero también en el americano. Tras la “*Novelle*” (la reforma constitucional austriaca de 1929), Cappelletti cree<sup>61</sup> que el sistema austriaco-kelseniano presenta ya un carácter híbrido, opinión que compartimos y que nos conduce a la conclusión de que el proceso de hibridación de ambos sistemas es anterior al constitucionalismo de la segunda postguerra, bien que con el mismo se acentúe notabilísimamente.

## **B) La absoluta superación de la contraposición bipolar.**

I. La virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso. Más aún, como creemos se desprende de lo hasta aquí expuesto, incluso desde una perspectiva histórica resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad “sistema difuso/sistema concentrado” o, con más rigor, *judicial review of Legislation/Verfassungsgerichtsbarkeit*, fue más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta superación de algunos de sus rasgos más característicos.

Una opinión doctrinal absolutamente extendida en nuestros días ha venido poniendo de relieve, ya desde tiempo atrás, la existencia de una clara tendencia

60. Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad...* op. cit., pág. 84.

61. Mauro Cappelletti: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, settima ristampa, Giuffrè, Milano, 1978, pág. 95.

convergente de ambos modelos. Este es el caso de Cappelletti<sup>62</sup>, para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno sólo. Está probado ya ampliamente, señala el mismo autor en otro lugar<sup>63</sup>, que ciertos contrastes de fondo que en un tiempo se consideraron abismales, entre el *civil law* y el *common law*, han llegado a ser en realidad bastante menos radicales; así, también un atento análisis de la evolución de los dos grandes modelos de control de constitucionalidad demuestra una tendencia evolutiva netamente encaminada en el sentido de una atenuación progresiva, recíproca y convergente de la contraposición.

II. En el sistema americano, la *Supreme Court* presenta una configuración cada vez más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional. Por la vía del *writ of certiorari*, la *Supreme Court* se ha venido limitando progresivamente a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, cuestiones constitucionales.

Conviene recordar que el notable aumento del número de casos de que había de conocer el Tribunal Supremo norteamericano a fines del siglo XIX motivó las quejas de los magistrados por la sobrecarga de trabajo, impeditiva de un desarrollo efectivo de su función. Dos Leyes del Congreso trataron de solventar el problema. La primera, la Ley del Tribunal de Apelación de 1891, concedió por primera vez a la *Supreme Court* jurisdicción discrecional sobre una elevada proporción de casos. La segunda, la Ley Judicial de 1925, dispuso que la mayoría de los casos llegaran al Tribunal en forma de peticiones de revisión, que el Tribunal podía rechazar, en vez de en forma de apelaciones vinculantes. La consecuencia de todo ello sería una considerable ampliación de la capacidad del Tribunal para decidir la admisión a trámite.

Una nueva reforma llevada a cabo en 1988 ha eliminado, de facto, la jurisdicción de apelación, de naturaleza obligatoria, respecto de los tribunales federales. En definitiva, la revisión no constituye una cuestión de Derecho, sino de discreción judicial, y únicamente es concedida por el Tribunal cuando existan razones especiales e importantes para ello, lo que le permite una elección *ad libi-*

62. Mauro Cappelletti: "Judicial Review on Comparative Perspective", en *California Law Review*, vol. 58, núm. 5, octubre 1970, pág. 1.017 y ss. Manejamos la traducción francesa, "Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé", op. cit., pág. 213.

63. Mauro Cappelletti: "El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo", publicado en la obra recopilatoria de trabajos del propio autor, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, UNAM, México, 1987, pág. 195 y ss.; en concreto, pág. 206.

*tum* y enteramente discrecional, circunstancia que ha posibilitado que la *Supreme Court* se convierta en “el árbitro efectivo de la forma de gobierno federal”<sup>64</sup>, acentuándose por todo ello su rol como órgano político.

Hace cincuenta años, afirmaba Baum en 1981<sup>65</sup>, la mayor proporción de los casos presentados ante el Tribunal Supremo eran de naturaleza civil. A partir de entonces, los casos penales fueron en aumento. En la actualidad, los casos de naturaleza constitucional dominan la agenda de este Tribunal, y la mayor parte de ellos suscitan temas de libertades civiles.

A la vista de la evolución de la *Supreme Court* y de su situación actual, se ha podido constatar por amplios sectores de la doctrina<sup>66</sup> que es grande la proximidad de este órgano con los Tribunales Constitucionales, bien que no haya faltado alguna cualificada opinión doctrinal divergente<sup>67</sup>.

Pero aún hay algo más. La apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la

64. Lawrence Baum: *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, pág. 152.

65. *Ibidem*, pág. 148.

66. Este es el caso, entre la doctrina española, de Rubio Llorente, para quien la *Supreme Court* es, en razón de la selección de los asuntos que ella misma hace, un Tribunal Constitucional (Francisco Rubio Llorente: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en el colectivo, *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, pág. 1.411 y ss.; en concreto, pág. 1.416). Y en el mismo sentido, entre otros muchos, se manifiesta Lucio Pegoraro, a cuyo juicio, “negli ultimi anni, la Corte suprema s’è trasformata ... in una vera e propria corte costituzionale, e cioè in un organo dotato di competenze specializzate” (Lucio Pegoraro: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, pág. 21).

67. Es el caso de Cappelletti (en *Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé*, op. cit., págs. 205-206), para quien, bien es verdad que en 1970, el Tribunal Supremo norteamericano y, entre otros, su análogo japonés en la Constitución de 1947, se hallan lejos de equivaler a los Tribunales Constitucionales europeos, en tanto la competencia de estos órganos no se limita a cuestiones constitucionales. Más aún, la mayor parte de los asuntos de que conoce la *Supreme Court* lo es a través de la vía procesal de los recursos y no por intermedio de un procedimiento especial. Tampoco, siempre según Cappelletti, para las cuestiones constitucionales se sigue un procedimiento especial. A juicio del citado autor, considerar que los *writs* tales como el *habeas corpus* o el *certiorari* constituyen la base del sistema de control de constitucionalidad es un error fundamental. De todo ello el autor italiano deduce que el Tribunal Supremo norteamericano no se sitúa en el mismo nivel que los Tribunales Constitucionales, aproximándose por el contrario a los Tribunales Supremos que coronan la estructura del Poder Judicial, tales como el *Oberster Gerichtshof* austriaco, el *Bundesgerichtshof* alemán o la *Corte di Cassazione* italiana. No obstante esta posición tan, a simple vista, rotunda, Cappelletti, de modo un tanto contradictorio, en el mismo trabajo (pág. 211), afirma que la *Supreme Court*, por la vía del *writ of certiorari*, se limita cada vez más a ejercer su control tan sólo en las cuestiones más relevantes, que, por lo general, son de naturaleza constitucional, aproximándose así, de hecho, a los Tribunales Constitucionales europeos.

impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la Supreme Court, conducen, según Rubio<sup>68</sup>, a que este “Tribunal Constitucional” adopte modos y formas propios de la “*Verfassungsgerichtsbarkeit*”.

III. En Europa, como bien ha destacado Pizzorusso<sup>69</sup>, una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda postguerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austriaco-kelseniano) mediante el empleo del instituto procesal conocido en Italia como la *pregiudizialità*, esto es, mediante la facultad que en varios sistemas se concede a los órganos jurisdiccionales ordinarios, no de decidir las cuestiones constitucionales autónomamente, pero sí de elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución, que hayan de aplicar en una *litis* concreta de la que estén conociendo, situación que, como ya indicamos, se halla vigente (por lo menos en relación a los órganos jurisdiccionales supremos) desde la *Verfassungsnovelle* austriaca de 1929.

La facultad que se atribuye, en algunos países, a los jueces ordinarios, de plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma aplicable a una controversia de la que estén conociendo (“de cuya validez dependa el fallo”, se dice en el art. 163 de la Constitución española) viene a imbricar a los órganos jurisdiccionales en el control de la constitucionalidad por cuanto a ellos corresponde llevar a cabo el primer análisis acerca de la constitucionalidad de la norma en cuestión. Como dice Cappelletti<sup>70</sup>, la cuestión de inconstitucionalidad ha venido a hacer partícipes del proceso de control de constitucionalidad de las leyes a todos los jueces, en cuanto que la cuestión implica una decisión preliminar del propio juez ordinario acerca de la razonabilidad de la duda de inconstitucionalidad de la ley a aplicar en la *litis*, introduciendo de esta forma un elemento difuso en un sistema de control concentrado.

Pero aún hay algo más. La cuestión de inconstitucionalidad viene a entrañar la introducción de un elemento incidental en un sistema concentrado, caracteri-

68. Francisco Rubio Llorente: *Tendencias actuales...*, op. cit., pág. 1.416.

69. Alessandro Pizzorusso: “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre 1982, págs. 521 y ss.; en concreto, pág. 522.

70. Mauro Cappelletti: “El control de la constitucionalidad de las leyes: su expansión mundial y legitimidad democrática”, en *Ius et Praxis*, núm. 24, Lima, diciembre 1994, págs. 184 y ss.; en particular, pág. 189.

zado por el carácter principal del control. Como ha destacado Pizzorusso<sup>71</sup>, ello es importante porque va a atribuir carácter “concreto” al control realizado por los Tribunales Constitucionales cuando conocen de cuestiones de inconstitucionalidad. Bien es verdad que este carácter “concreto” (contrapuesto al carácter “abstracto” del recurso de inconstitucionalidad) sólo puede admitirse en un sentido impropio que se vincula con el planteamiento de la cuestión. La abstracción significa que el proceso de constitucionalidad surge al margen de un caso judicial. La concreción deriva de la relación de prejudicialidad, correspondiente a la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad, que se establece entre los dos juicios en base a que mientras en uno tal norma constituye el objeto del control de constitucionalidad, en el otro es tal norma la que ha de ser aplicada en orden a la resolución del caso, lo que vincula la decisión del Tribunal Constitucional a un concreto caso en cuyo ámbito la norma controlada había de encontrar aplicación. Esta concreción en el planteamiento de la cuestión convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal, no obstante lo cual, como señala Jiménez Campo<sup>72</sup>, ese planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión sobre el propio juicio constitucional, pues en la determinación del sentido de los enunciados normativos puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso sobre el que posteriormente se ha de pronunciar el juez *a quo*.

La presencia de elementos difusos en los sistemas de control concentrado se acentúa aún más si se advierte que en algunos países, como es el caso de Alemania, son los jueces ordinarios los que pueden controlar la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, y que en otros varios, a esos mismos órganos jurisdiccionales corresponde, por la vía del control de legalidad, controlar la constitucionalidad de las normas infralegales.

IV. El sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas de *common law*; ello no obstante, en los sistemas de la familia romano-germánica, como los denomina David<sup>73</sup>, la *judicial review of Legislation* ha ejercido asimismo una fuerte sugestión, lo que se ha traducido en una cierta transposición, en el *modus operandi* de los Tribunales Constitucionales europeos, de técnicas jurí-

71. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi di giustizia costituzionale...*, pág. 525.

72. Javier Jiménez Campo: “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en el colectivo *La Jurisdicción Constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 1979-1994)*, Tribunal Constitucional-CEC, Madrid, 1995, págs. 71 y ss.; en concreto, págs. 77-78.

73. René David: *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7ª ed., Dalloz, Paris, 1978.

dicas, y aún más, de actitudes mentales que en cierta medida recuerdan a la *Supreme Court*, que ha sabido forjarse a lo largo de su dilatada historia los instrumentos idóneos en orden a la asunción de un rol verdaderamente creativo, incluso frente a la resistencia del legislador.

A este respecto, sin ánimo de entrar ahora en una cuestión a la que nos referiremos más adelante (la superación del rol kelseniano del “legislador negativo”), si quisiéramos aludir al notabilísimo enriquecimiento de los fallos de los Tribunales Constitucionales, que ya no se limitan a ejercer un rol puramente negativo, sino que han asumido en plenitud la función propia de un legislador positivo, mediante el recurso a técnicas jurídicas muy dispares, propias de la *judicial review*, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposiciones y normas: éstas serían la resultante de un proceso hermenéutico de la disposición que puede conducir a extraer varias normas de una sola disposición, mientras que las disposiciones constituirían la expresión formalizada de la voluntad del órgano del que emana un determinado acto jurídico; dicho de otro modo, y siguiendo el concepto kelseniano, la norma sería el significado de un acto, lo que revela meridianamente que, a la inversa de la disposición, la norma no es una cosa, sino un sentido. A partir de esta diferenciación, los Tribunales Constitucionales han disociado en bastantes ocasiones inconstitucionalidad y nulidad.

En relación a Italia, Zagrebelsky<sup>74</sup> ha constatado la notable aproximación entre el modo de funcionamiento de la *Corte Costituzionale* y el que caracteriza a los sistemas de control difuso, primigeniamente el que rige en los Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo no lleva a cabo un control de la ley con abstracción de su necesidad de aplicación, sino que, a través de una valoración de la conformidad entre fuentes de diverso grado, “si rivolge alla enucleazione della regola da adottare per la risoluzione della controversia in modo costituzionalmente legittimo”. En este modo de proceder, Zagrebelsky encuentra la última *ratio* que ha conducido a la *Corte Costituzionale* a admitir una declaración de inconstitucionalidad tan sólo de la norma (no de la disposición de la que aquélla proviene), y a la frecuente utilización de este instrumento.

V. Un nuevo elemento de convergencia entre ambos sistemas puede apreciarse en la disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica en virtud de la regla del *stare decisis* y la eficacia de los efectos erga omnes de las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Ello ha

74. Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 152-153.

sido posible porque el contenido de muchos de los pronunciamientos de estos últimos órganos ha sido básicamente interpretativo.

El *horror vacui* del Juez constitucional se ha traducido en la voluntad de éste de compaginar la provocación de una suerte de big bang de los valores constitucionales, facilitando su penetración en todas las ramas del ordenamiento jurídico, con el soslayamiento de la creación simultánea de agujeros negros en el ordenamiento jurídico<sup>75</sup>. Ello ha conducido a las sentencias interpretativas, que, como subraya Crisafulli<sup>76</sup>, “sono nate da un, esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche”. Y esa exigencia práctica es, precisamente, la de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento. Si a ello se añade la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos (en íntima relación con la exigencia práctica anterior), que a su vez casa a la perfección con el de seguridad jurídica, y el hecho de que algunos Tribunales Constitucionales han utilizado este tipo de sentencias para tratar de dar una doble interacción interpretativa a las normas constitucionales y a las legislativas, ensamblándolas de modo dinámico<sup>77</sup>, se puede comprender la gran expansión que este tipo de sentencias ha tenido. Ellas han terminado, en la práctica, por dar lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes a como sucede en el modelo americano<sup>78</sup>.

VI. El acercamiento entre los dos grandes sistemas tradicionales de control de la constitucionalidad que propicia, muy particularmente, el instituto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad no sólo hace posible encontrar una más amplia unidad entre los dos modelos históricos, sino que, como bien advierte Pizzorusso<sup>79</sup>, es revelador de que entre ellos es el sistema americano el que se

75. Thierry di Manno: *Le juge constitutionnel et la technique des décisions ‘interprétatives’ en France et en Italie*, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, París, 1997, pág. 74.

76. Vezio Crisafulli: “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXI, 1976, fasc. 10, págs. 1694 y ss.; en particular, pág. 1.703.

77. Silvestri, refiriéndose a la Corte Costituzionale, recuerda que con este tipo de sentencias se ha propiciado una doble interacción hermenéutica: de la norma constitucional sobre la disposición legislativa y de la evolución de las condiciones socio-culturales (reflejadas, aunque sólo sea en parte, en la legislación) sobre las mismas disposiciones constitucionales. Gaetano Silvestri: “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, en el colectivo, *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore...*, op. cit., pág. 755 y ss.; en concreto, pág. 757.

78. Pizzorusso (en *I sistemi di giustizia costituzionale...*, op. cit. pág. 527) vincula la progresiva menor relevancia diferencial entre los dos clásicos sistemas de la eficacia erga omnes de las sentencias estimatorias —y en Alemania, también de las de rechazo— a la vinculación de la sentencia al hecho con respecto al cual se suscita la cuestión de inconstitucionalidad, circunstancia que tiende a conferir siempre mayor importancia al carácter interpretativo de la sentencia, logrando que su eficacia como precedente sobrepase en importancia a su eficacia de cosa juzgada.

79. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi di giustizia...*, op. cit., pág. 527.

reafirma con una posición verdaderamente central, no entrañando el modelo concentrado más que modificaciones estructurales respecto de aquél.

Esta centralidad del sistema americano no es casual, sino que responde a unas concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia haya sido el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial periodo histórico, lo que explicará el diseño por los constituyentes de ambos países de la segunda postguerra de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes encaminado a precaverse frente a una hipotética legislación arbitraria y vulneradora de los derechos y libertades.

Ello irá unido a una concepción de la Constitución muy próxima a la norteamericana, esto es, a una visión que la concibe, como la visionara Corwin en un trabajo clásico<sup>80</sup>, como *the Higher Law*, como la Ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la Ley, pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de la norma contraria a la constitucional.

Esta eficacia normativa superior de la Constitución no podrá explicarse, como advertiera Bachof<sup>81</sup>, más que por la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución; por un orden de valores que vincula directamente a los tres poderes del Estado, tal como se manifiesta expresamente en la regulación de los derechos fundamentales, por un orden de valores que las Constituciones vienen a considerar anterior a ellas mismas, en cuanto que, además, no ha sido creado por ellas, que se limitan a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en estos valores.

A partir de estas premisas: la concepción de la Constitución como “ley superior”, el carácter “limitado” del gobierno, esto es, de los poderes constituidos, genialmente expuesto por Hamilton en el artículo LXXVIII de *El Federalista*<sup>82</sup>, y que Marshall tomaría como punto central de apoyo de su celeberrima Sentencia<sup>83</sup>,

80. Edward S. Corwin: “The ‘Higher Law’ background of American Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, XLII, 1928-1929, pág. 149 y ss., y 365 y ss.

81. Otto Bachof: *Grundgesetz und Richtermacht*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959. Manejamos el texto de la traducc. española, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 39-40.

82. Hamilton, Madison y Jay: *El Federalista*, FCE, 1ª reimpr. de la segunda edición española, México, 1974, págs. 330-336.

83. C. Herman Pritchett: *The American Constitution*, McGraw-Hill, New York, 1959. Manejamos la traducción española, *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, pág.191.

y en perfecta sintonía con todo ello, el diseño de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes, los constituyentes germanos e italianos pondrán la vista tanto en el modelo de la *judicial review of Legislation* como en el que diseñara la Constitución austriaca de 1920, que había proyectado su influencia sobre el constitucionalismo de entreguerras.

Zagrebel'sky<sup>84</sup> ha recordado cómo en Italia el atractivo ejercido por el modelo del Tribunal Supremo norteamericano era casi un lugar común del antifascismo liberal y democrático, siendo tal modelo referencia obligada y reiterada en las discusiones constituyentes sobre el sistema de justicia constitucional a adoptar. Sin embargo, lo cierto es que tanto en Italia como en Alemania pareció optarse por el modelo austriaco-kelseniano, opción, como ha señalado García de Enterría<sup>85</sup>, que fue tributaria de la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia, pero que, precisamente por ello, se circunscribirá, en lo esencial, a la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. El propio autor<sup>86</sup> sostiene, de modo rotundo, que no se acoge el modelo kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción. Desde luego, en la *Bonner Grundgesetz*, no deja de ser significativo que el Tribunal Constitucional encabece la lista de órganos integrantes del Poder Judicial, en la norma de apertura (art. 92) del Capítulo IX, dedicado a la Jurisdicción (*Die Rechtsprechung*)<sup>87</sup>.

La estructura por la que finalmente se opta: una jurisdicción concentrada, no dejará de tener consecuencias procesales importantes, como el diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una ley, que si bien son el trasunto de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo”, lo cierto es que, en algún caso, como los efectos *erga omnes*, vienen exigidos por la necesidad de articular el monopolio de rechazo que tiene el Tribunal Constitucional y su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

Esta visión creemos que, en lo sustancial, es suscribible, bien que, como veremos más adelante, la concepción kelseniana del legislador negativo, ha opera-

84. Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale*, op. cit., pág. 321.

85. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 133-134.

86. *Ibidem*, pág. 134.

87. Recordemos que en la Constitución austriaca de 1920 el Tribunal Constitucional era objeto de regulación en el Título VI, relativo a las “garantías de la Constitución y de la Administración”, mientras la jurisdicción era objeto de una sección dentro del Título III, relativo al Ejecutivo federal.

do como una auténtica “idea-fuerza” que ha impregnado durante mucho tiempo la idea que de los Tribunales Constitucionales se ha tenido; pese a su relativización, los rescoldos de tal idea aún siguen ejerciendo una cierta acción calorífica.

VII. Esta concepción constitucional tan próxima a la norteamericana: una Constitución concebida como *higher law* cuya fortaleza última se encuentra en un conjunto de valores superiores a los que se encadena una declaración de derechos, en un conjunto normativo al que se sujetan todos los poderes del Estado, incluyendo el poder legislativo, explica también el nuevo rol que los órganos del poder judicial van a asumir en el marco constitucional. Ciertamente, a diferencia del sistema americano, la sujeción a la ley sigue siendo un principio indiscutible, pues a los jueces alemanes o italianos (después de 1956, año en que iniciaría su andadura la Corte Costituzionale) no les cabe inaplicar una ley cuando la consideren contraria a la Constitución, pero ello no obsta a que el rol constitucional de los jueces se vea notabilísimamente potenciado.

La magistratura, dirá Heyde<sup>88</sup> en relación a la República Federal Alemana, va a gozar de una posición de excelencia en el Estado libre de Derecho que ha querido la Ley Fundamental. Y en sintonía con ello, frente a los criterios exclusivamente formales del art. 103 de la Constitución de Weimar<sup>89</sup>, el art. 92 de la *Grundgesetz*, norma de apertura del Capítulo dedicado a la Jurisdicción<sup>90</sup>, contiene un plus de garantías constitucionales del poder judicial, lo que ha conducido a una opinión doctrinal y jurisprudencial (del Tribunal Constitucional) casi unánime en torno a que la *Grundgesetz* parte de un concepto material de jurisdicción. Ello va a tener mucho que ver con la cláusula de protección jurisdiccional del art. 19.4 GG, a tenor de cuyo inciso primero, “si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales”. Los órganos del poder judicial se convierten de esta forma en los garantes de los derechos, o por lo menos en los garantes ordinarios, pues a ellos se sumará, primero por las previsiones legales y desde 1968 por la determinación de la propia *Grundgesetz*, el Tribunal Constitucional, por intermedio del instituto procesal de la *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional.

88. Wolfgang Heyde: “La Jurisdicción”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., págs. 767 y ss.; en concreto, págs. 769 y 772.

89. El art. 103 de la Constitución de 1919 se limita a decir que: “La justicia se ejerce por el Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) y por los Tribunales de los Länder”.

90. De acuerdo con el art. 92 de la *Grundgesetz*: “El poder judicial se confía a los jueces, siendo ejercido por el Tribunal Constitucional, por los tribunales federales ordinarios previstos en esta Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder”.

También en Italia el cambio de circunstancias se traducirá en una nueva visión del poder judicial. A ella se refiere Mortati<sup>91</sup>, que la sustenta, de un lado, en la naturaleza sustantiva de la interpretación judicial resultante del elemento de creatividad en ella implicado, y de otro, en la inexcusable sujeción al control de legalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales de todos los actos de los poderes públicos, aun cuando el propio autor precise que esta expansión de las intervenciones del poder judicial ni ha alterado de modo sustancial la naturaleza de su función: la conservación del orden jurídico establecido, ni ha conducido a un “Estado de jurisdicción”. Quizá con una mayor introspección, Martines<sup>92</sup> significará que aunque no existe una función de dirección política (un *indirizzo politico*) por parte de los jueces (o de la magistratura), sí puede hablarse de los jueces como operadores políticos (*operatori politici*), en cuanto institucionalmente llamados a incidir sobre la realidad social, en el bien entendido de que esta cualidad de “operador político” tiene como última razón de ser la exclusión de la función jurisdiccional de la simple tarea *di mecánico formulatore di sillogismi giudiziari* que la filosofía positivista venía atribuyendo a los jueces, no queriendo en modo alguno significar la conversión del poder judicial en un instrumento activo del proceso político.

En definitiva, el constitucionalismo de la segunda postguerra va a revitalizar el poder judicial, convirtiéndolo en una de las piezas esenciales del Estado de Derecho. La sujeción de los jueces a la ley no impedirá que a ellos se encomiende, con carácter ordinario, la tutela de los derechos, que puedan aplicar la Constitución como norma limitadora de la actuación de los poderes públicos y que, aún estándoles vedada la inaplicación de aquellas normas legales que, con ocasión de su aplicación en una litis, interpreten contradictorias con la Norma suprema, puedan, sin embargo, tras el pertinente juicio de constitucionalidad realizado por ellos mismos, paralizar el litigio antes de dictar sentencia y plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que, de este modo, pierde el monopolio del control de constitucionalidad, residiéndose en él tan sólo un monopolio de rechazo, como ya tuvimos oportunidad de destacar.

Insistiendo en una idea reiteradamente expuesta, pero que nos parece clave para la comprensión de este proceso de convergencia de ambos sistemas de control de constitucionalidad, en el trasfondo del trascendental cambio de posición

91. Costantino Mortati: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, 9ª ed., CEDAM, Padova, 1976, págs. 1248-1250.

92. Temistocle Martines: *Diritto Costituzionale*, 8ª ed., Giuffré, Milano, 1994, pág. 522.

del constituyente de la segunda postguerra, cambio que se expandirá por doquier en las décadas sucesivas, frente, por ejemplo, a la postura del constituyente austriaco en los años veinte, hay que situar los hechos que tanto en Alemania como en Italia convertirán al legislador en el más peligroso enemigo del ordenamiento constitucional de los derechos, propiciando, en una clara aproximación al modelo anglosajón, el fortalecimiento del rol constitucional de los jueces.

VIII. Llegados aquí, pueden comprenderse con mayor facilidad si cabe los procesos de convergencia que se han venido produciendo en el último medio siglo entre los antaño dos contrapuestos sistemas de justicia constitucional. Tales procesos han propiciado que un cierto sector de la doctrina<sup>93</sup> visualice una especie de tercer modelo, una suerte de *tertium genus*, que compendiaría rasgos del sistema americano y del kelseniano, encerrando una mixtura de fórmulas o mecanismos procesales cuyo denominador común consistiría en que el control de constitucionalidad permanece en manos de un órgano centralizado, ubicándose el elemento “de difusión” en la fase introductoria del proceso, que no en la decisoria<sup>94</sup>.

Sin embargo, ni siguiera la identificación de este *tertium genus* agotaría la clasificación de los muy dispares sistemas de control que los ordenamientos nos muestran. Prueba de ello es que la misma doctrina<sup>95</sup> avanza la existencia de un *quartum genus* que abarcaría países tales como Portugal, Grecia y algunos latinoamericanos en los que, básicamente, puede decirse que coexiste el control difuso con el control concentrado, si es que se puede seguir tomando como punto de referencia esta bipolaridad.

Desde luego, si los constituyentes y legisladores diseñaran los respectivos sistemas de justicia constitucional con la finalidad de alcanzar el máximo posible de armonía y de racionalidad, no cabe duda, como señala Pizzorusso<sup>96</sup>, de que habrían de proceder a combinar fórmulas de uno y otro de los dos tradicionales modelos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los ordenamientos positivos en la materia son fruto de la estratificación de textos normativos, de orientaciones políticas, de la propia evolución histórica, de influencias culturales, en fin, de un dispar conjunto de variables difícilmente reconducibles a cri-

93. Este es el caso, por ejemplo, de Lucio Pegoraro: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, pág. 27.

94. El propio Pegoraro (Ibidem, pág. 30) entiende que el ordenamiento italiano configura un sistema que puede ser considerado como “mixto” desde diferentes perspectivas.

95. Lucio Pegoraro: *Lineamenti...*, op. cit., págs. 39-45.

96. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi...*, op. cit., págs. 530-531.

terios racionales unívocos. De ahí las dificultades diríamos que insuperables de dar vida a un *tertium genus* constituido por la suma o hibridación de dos modelos bipolares<sup>97</sup>.

Por otro lado, las transformaciones experimentadas por los otrora clásicos modelos de control de constitucionalidad, su progresiva convergencia, la galopante hibridación y mixtura de fórmulas procesales, de las que nos ofrecen buena muestra no sólo algunos países europeo-occidentales, sino aún más ciertos países latinoamericanos y algunos otros de Europa oriental, son otras tantas razones que explican la pérdida de utilidad analítica de la tradicional contraposición antinómica entre el sistema americano de la *judicial review of Legislation* y el sistema europeo-kelseniano de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

#### ***4. La quiebra frontal de la concepción kelseniana del “legislador negativo”***

I. Uno de los rasgos de mayor relieve que emerge de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda postguerra consiste en la demostración de la aptitud de los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales en su cotejo o análisis de las normas vigentes sujetas a su control para desarrollar un rol normativo no sólo negativo, en la estela kelseniana, sino también positivo. Ello representa una notabilísima novedad por cuanto, como recuerda Pizzorusso<sup>98</sup>, ni en el sistema americano (en donde los pronunciamientos judiciales constituyen precedentes susceptibles de asumir una cierta eficacia persuasiva en virtud de la regla *stare decisis*, pudiendo en cuanto tales asumir el carácter de fuente, bien que sólo en la misma medida en que pudiera asumir tal carácter cualquier decisión jurisprudencial conformadora del *common law*), ni menos aún en el austriaco-kelseniano, las decisiones de los jueces constituían fuentes del derecho en este sentido.

Esta apreciación, aunque sustancialmente suscribible, quizá debiera matizarse recordando el hecho de que la *judicial review of Legislation* es realizada por un juez de *common law* que dispone de todo el poder y de toda la libertad de interpretación creadora que se encuentra en el ámbito del *judge-made-law*.

97. En análogo sentido se manifiesta Giancarlo Rolla, en “El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero-abril 1998, pág. 137 y ss.; en concreto, pág. 177.

98. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi...*, op. cit., pág. 522.

Desde luego, es en el modelo de control concentrado en un Tribunal Constitucional donde una más notable novedad supone la asunción por el Juez constitucional del rol propio de un legislador positivo.

En su diseño de un modelo de justicia constitucional, como ya se expuso, Kelsen trató de limitar la intervención del Tribunal Constitucional a una función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, expulsando del ordenamiento aquellas normas que dicho órgano considerara contrarias a la Constitución, que de esta forma, como ha dicho García de Enterría<sup>99</sup>, viene a operar en el modelo kelseniano como un simple parámetro de un quitaesenciado proceso nomofiláctico. Al impedir que el Tribunal enjuicie supuestos de hecho y casos o controversias concretas, manteniendo su juicio en el plano de la pura abstracción, Kelsen estará dando coherencia a ese rol peculiar, complementario del Parlamento, de “legislador negativo”, que ha de asumir el Tribunal Constitucional. Asimismo, al evitar que el Tribunal conozca de *cases and controversias*, estará impidiendo que dicho órgano haya de entrar en la apreciación de hechos e intereses y, de resultas de ello, en la valoración y pasión inseparables de la decisión de tales casos concretos y, por ende, pueda llegar a un enjuiciamiento sustentado más en el terreno de la oportunidad que en el de la normatividad, invadiendo de esta forma funciones propias del legislador.

Sin embargo, ya hemos tenido oportunidad de exponer cómo algunos aspectos del propio diseño kelseniano entrañarían una cierta relativización de ese rol meramente negativo que teóricamente había de asumir el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, su facultad de decidir la reviviscencia de normas derogadas por las leyes declaradas inconstitucionales, que, como en relación a Italia considera Zagrebelsky<sup>100</sup>, no debiera ser tarea de un Tribunal Constitucional, sino, más bien, de todos los operadores jurídicos, particularmente de los órganos jurisdiccionales ordinarios, no obstante lo cual, también en Italia, al igual que en Austria, de la *Corte Costituzionale* han emanado decisiones restauradoras (*ripristinatorie*) a través de las cuales se ha pretendido dar vigor a normas legislativas anteriores que habían sido derogadas por las ulteriormente consideradas contrarias a la Constitución.

En la raíz de esta problemática se encontrarían, como advierte algún sector de la doctrina<sup>101</sup>, las mismas exigencias, embrionariamente advertidas por el pro-

99. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma...*, op. cit., pág. 61.

100. Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia...*, op. cit., pág. 160.

101. Adriano Giovannelli: *Alcune considerazioni...*, op. cit., pág. 391.

pio Kelsen, que, intentando superar la rígida alternativa entre sentencias estimatorias y sentencias de rechazo, conducirían de hecho a los Tribunales Constitucionales contemporáneos a forjar un conjunto de dúctiles y sofisticados instrumentos jurídicos a cuyo través han logrado desempeñar un rol no meramente negativo, sino también una función en cierto sentido creadora, positiva, aunque se trate, como dijera Crisafulli<sup>102</sup>, “*di una legislazione a rime obbligate*”, pues el Tribunal no inventa algo, sino que extiende, explicita o especifica cualquier cosa que, si bien en estado latente, ya se hallaba comprendida en el sistema normativo en vigor.

En definitiva, la teoría del legislador negativo, pese a responder a una lógica indiscutible, no dejó de presentar ya en la propia teoría kelseniana algún punto de relativización, si es que no de inflexión.

**II.** Hoy, no cabe la más mínima duda de la superación de la concepción kelseniana del “legislador negativo”, a lo que ha coadyuvado decisivamente, tal y como ya dijimos, esa nueva concepción de los Tribunales Constitucionales como auténticas jurisdicciones más que como legisladores negativos.

Por lo demás, estos órganos, lejos de circunscribir su función a la mera anulación de normas, desempeñan una función positiva que, como ya tiempo atrás advirtiera Calamandrei<sup>103</sup>, se manifiesta en una doble vertiente: por medio de una acción de estímulo frente al legislador y mediante una cooperación activa al indirizzo político. En efecto, aunque la función de la *Corte Costituzionale* (aunque ello, como regla general, es predicable respecto de otros muchos Tribunales Constitucionales) es, esencialmente, una función de anulación, de depuración del ordenamiento jurídico de aquellas normas contrarias a la Constitución, la Corte, según ya en los años cincuenta, muy poco después de su entrada en funcionamiento, exponía Calamandrei, puede ejercer una *azione stimolatrice* que puede manifestarse tanto frente a la inactividad del legislador (así, mediante la anulación por vicios de inconstitucionalidad de las normas preconstitucionales, la Corte, al crear vacíos normativos, situaba al legislador en la tesitura urgente de rellenar tales vacíos), como frente a su discrecionalidad (y ello, pese a la previsión del art. 28 de la Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87, por la que se aprueban normas sobre la constitución y el funcionamiento de la Corte, que excluye

102. Vezio Crisafulli: *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, op. cit., pág. 1.707.

103. Piero Calamandrei: “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I, pág. 7 y ss. Recogido en la obra del propio autor, *Studi sul processo civile*, vol. 6º, CEDAM, Padova, 1957, págs. 210 y ss.; en concreto, págs. 254-258.

toda fiscalización sobre el uso de los poderes discrecionales del Parlamento), a fin de, en este supuesto específico, controlar si tal poder discrecional ha sido ejercido según la finalidad constitucionalmente requerida, censurando como violación constitucional todo exceso del poder legislativo<sup>104</sup>.

Por otro lado, según el propio procesalista italiano<sup>105</sup>, las decisiones de la Corte Costituzionale no tendrán sólo el efecto aparentemente negativo, expreso en su parte dispositiva, de anular la ley contraria a la Constitución; a la par, tendrán un significado positivo de cooperación activa al *indirizzo* político por las consideraciones que el Tribunal efectúa en los fundamentos jurídicos de sus sentencias.

La doctrina es absolutamente concordante al respecto. Modugno<sup>106</sup> considera al efecto que la Corte italiana desempeña no tanto una función sustitutiva de la legislación parlamentaria cuanto más bien colateral, que se manifiesta en la formación de los criterios inspiradores de las iniciativas legislativas necesarias para colmar las eventuales lagunas subsiguientes a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad o para, más ampliamente, desarrollar operativamente los principios contenidos en las sentencias, incluso en las de rechazo. La conclusión es, pues, que la Corte asume una función que técnicamente puede ser caracterizada como de impulso y de iniciativa calificada<sup>107</sup>.

Las reflexiones que preceden son perfectamente proyectables al Tribunal Constitucional español. A título de ejemplo muy puntual, pero que ha encontrado otras muchas manifestaciones análogas, podríamos recordar cómo el Tribunal, en su Sentencia 35/1983, de 11 de mayo, estableció las pautas o líneas maestras del derecho de rectificación, que muy poco tiempo después haría suyas el legislador a través de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

104. El control de constitucionalidad, afirma Modugno, ha sobrepasado los inciertos límites entre la legitimidad (o constitucionalidad) y la oportunidad de una ley, a lo que ha coadyuvado notablemente el control en sede constitucional del respeto del principio de igualdad, entendido no sólo en una perspectiva amplia, sino en el sentido de un principio general de racionalidad, lo que ha abierto una vía para un control de oportunidad en sede constitucional del conjunto de la legislación. Franco Modugno: *Corte Costituzionale e potere legislativo*, en Paolo Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, pág. 19 y ss.; en concreto, págs. 47-48.

105. Piero Calamandrei: *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, op. cit., pág. 258.

106. Franco Modugno: *Corte Costituzionale e potere legislativo*, op. cit., págs. 54-55.

107. *Ibidem*, pág. 63.

Zagrebelsky, en una posición próxima a las expuestas, ha visualizado el rol normativo de la *Corte Costituzionale* en un doble sentido: en el de producción inmediata de reglas jurídicas no legislativas (la *Corte-legislatore*) y en el de participación en el proceso legislativo (la *Corte-co-legislatore*). En sintonía con esta doble función se sitúan dos tipos de instrumentos operativos: las *sentenze-legge*, esto es, aquellas sentencias a cuyo través, con distinta intensidad innovadora, la Corte crea ella misma Derecho, al tratarse de decisiones, como se suele decir, autoaplicativas, esto es, decisiones que para alcanzar su fin no necesitan de la intermediación de otros sujetos normativos, y las *sentenze-indirizzo*, esto es, aquellas sentencias que en forma y con eficacia diversa, sin crear *per se* nuevo Derecho, persiguen poner en marcha a los órganos legislativos, orientando a la par sus decisiones<sup>108</sup>.

Zagrebelsky se ha mostrado, sin embargo, muy crítico con las sentencias manipuladoras (*sentenze manipolatrici*), categoría en la que se habrían de ubicar todas aquellas decisiones estimativas que modifican el alcance normativo de un determinado texto, y muy particularmente, dentro de ellas, de aquellas decisiones que pretenden operar positivamente, innovando el ordenamiento a través de la introducción de normas diferentes a las expresas en un texto normativo o a las que pueden entresacarse del mismo (*sentenze aggiuntive e sostitutive*).

La Corte recurre a este tipo de sentencias cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que, constitucionalmente, debería tener, en cuyo caso el Tribunal declara inconstitucional la disposición “en la parte en la que no prevé algo”. Tras ello, la Corte, mediante la interpretación, crea una norma, por adición o sustitución. Estas decisiones son consideradas por el mismo autor<sup>109</sup> inadmisibles y no sólo por el hecho de que entrañan “una *funzione sostanzialmente paralegislativa*”, sustitutiva de la función parlamentaria y extraña a las funciones propias de un Tribunal Constitucional, sino, asimismo, porque la concreción vinculante de la norma que debe sustituir a la declarada inconstitucional es una operación, y coincidimos en ello, que debe corresponder más que al Tribunal Constitucional, al conjunto de los operadores jurídicos, particularmente a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

108. Gustavo Zagrebelsky: “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en Paolo Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo...*, op. cit., pág. 103 y ss.; en particular, págs. 103-105.

109. Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale*, op. cit., págs. 158-159.

El rol normativo a que acabamos de referirnos no es ni mucho menos exclusivo de la Corte Costituzionale italiana, aunque sea tal órgano el que quizá en mayor medida lo haya desarrollado. La doctrina científica de distintos países suele coincidir en esta apreciación.

En Austria, el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH) dispone de algunas facultades reconducibles al ámbito del legislador. Así, la fijación de un plazo para la entrada en vigor de la sentencia de anulación de una ley inconstitucional, como señala Ohlinger<sup>110</sup>, y por nuestra parte tuvimos ya oportunidad de indicar, le lleva a desarrollar la función de un legislador *ad interim*.

También en Alemania, la técnica de la interpretación conforme a la Ley Fundamental (*Die verfassungskonforme Auslegung*) interfiere, en medida mayor que la declaración de nulidad, la libertad del legislador, en cuanto tiene efectos *erga omnes*, lo que se traduce en que la ley, en el futuro, habrá de ser interpretada en el sentido fijado por el Tribunal Constitucional y no como hubiera querido el legislador. Y aunque el art. 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz Über das Bundesverfassungsgericht. BVerfGG*), texto actualizado de 11 de agosto de 1993, atribuye a las sentencias en materia de control normativo “fuerza de ley” (*Gesetzkraft*), lo que, como advierte Schlaich<sup>111</sup>, favorece el equívoco de que el control normativo desemboque en una especie de legislación negativa, lo cierto es que, como el propio autor admite, más bien debería hablarse de “legislación positiva” cuando una ley viene reformulada de modo conforme a la Constitución o cuando el BVerfG adopta previsiones que disciplinan las consecuencias jurídicas de sus fallos, pero que, en realidad, lo que vienen es a sustituir a la ley declarada nula. De modo más rotundo, Béguin<sup>112</sup> cree que la interpretación conforme aparece comúnmente como una operación de rectificación normativa que ha de permitir borrar las rebabas de la producción normativa sin necesidad de remitir la ley al taller. Y en un análisis de carácter global, el propio autor llega a la conclusión<sup>113</sup> de que la interpretación que el BVerfG efectúa de la Constitución contribuye a desarrollar el derecho programado por la Bonner Grundgesetz, propiciando una colaboración con el legislador con vistas a optimizar la normatividad constitucional.

110. Theo Ohlinger: *La giurisdizione costituzionale in Austria*, op. cit., pág. 547.

111. Klaus Schlaich: “Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, en *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre 1982, pág. 557 y ss.; en concreto, pág. 582.

112. Jean Claude Béguin: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, París, 1982, pág. 207.

113. *Ibidem*, pág. 295.

También en Francia las llamadas “declaraciones de conformidad bajo reserva”, en las que el *Conseil Constitutionnel*, más que anular una disposición legislativa, lo que hace es declarar que la misma es conforme bajo la reserva de respetar un determinado número de exigencias, que precisa en los fundamentos de su decisión, se han multiplicado notablemente, lo que no ha dejado de suscitar, al igual que en otros países, la acusación al Conseil de invadir la esfera reservada al Parlamento, bien que esta técnica, al operar en el marco de un control preventivo, como es el modelo vigente en Francia, permite al Poder legislativo volver a analizar la ley a fin de corregirla en consonancia con las indicaciones del Juez constitucional.

De cuanto se ha expuesto se desprende cómo la caracterización kelseniana del Tribunal Constitucional, en países con sistemas de control no coincidentes y en base a circunstancias bien dispares, ha sido objeto de fuertes embates que han propiciado su relativización, su desnaturalización si se quiere, aunque no, desde luego, el eclipse total de su influjo y proyección.

La virtualidad de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo” ha sido tan grande, ha impactado tanto, que ni la ambigüedad de la expresión, ni el notabilísimo influjo de la recepción del concepto norteamericano de Constitución en el constitucionalismo europeo de la segunda postguerra, con lo que ello, como ya vimos, supuso para la figura del Tribunal Constitucional, ni tan siquiera el escepticismo que la realidad o experiencia práctica puede arrojar sobre su validez, han logrado, aún hoy, desvirtuar por completo el sentido limitador de la máxima, como bien se ha advertido en relación a España<sup>114</sup>. Bien es verdad que quizá en España esta concepción haya tenido, y en alguna medida siga teniendo, un mayor peso específico que en otros países europeos por mor tanto de los estrictos márgenes de maniobrabilidad que al Tribunal ofrece su Ley reguladora, como por la propia actitud que ha orientado la actuación del “intérprete supremo de la Constitución”: la autorrestricción, la aconsejable *self-restraint* o, como dijera Tomás y Valiente<sup>115</sup>, la prudencia, que se ha traducido en que la conciencia del límite siempre haya estado viva, aunque la percepción de su dibujo no siempre haya sido clara.

114. Javier Jiménez Campo: “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en Eliseo Aja (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, págs. 171 y ss.; en concreto, págs. 181-182.

115. Francisco Tomás y Valiente: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1993, pág. 97. Aunque, a juicio de este mismo autor, otra actitud permanente del Tribunal haya sido la de no eludir problemas, es lo cierto que quien fuera su presidente reconoce que nunca se quiso incurrir en activismo judicial.

**III.** A modo de recapitulación, puede comenzar señalándose que la enorme fortaleza de la concepción kelseniana del Tribunal como legislador negativo, verdadera idea-fuerza de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que encuentra su razón de ser no sólo en la sólida y racional construcción del maestro vienés, sino en la evolución del constitucionalismo europeo posterior a la Revolución Francesa y en el propio pensamiento liberal decimonónico, asentado en la sacralización de la ley, no ha perdido del todo su virtualidad, reflejándose, por lo general, en las normaciones constitucionales y legislativas de estos órganos llamados a centralizar el control de la constitucionalidad y a monopolizar, al menos, el rechazo de la norma legal cuando la consideren afectada por un vicio de inconstitucionalidad.

Esta función negativa, de mera anulación, no ha de entenderse, como es lógico, en el sentido de que las decisiones del Tribunal en ningún caso innovan el ordenamiento, pues de más está decir que la anulación de una norma y su subsiguiente expulsión del ámbito ordinamental es obvio que produce una alteración, una innovación en dicho ordenamiento, pero dicha modificación responde a la misma esencia de la anulación por lo que en modo alguno subvierte la naturaleza puramente negativa de la intervención del Tribunal.

La gran novedad del último medio siglo reside en la progresivamente mayor asunción por los Tribunales Constitucionales de funciones que, desbordando los estrictos límites del legislador negativo, caen de lleno en las funciones creadoras de Derecho propias de un legislador positivo.

El horror a los vacíos normativos, el principio de conservación de la norma en coherencia con el principio de seguridad jurídica, la conveniencia de evitar problemas mayores de los que se traten de atajar con las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, con la subsiguiente búsqueda de fórmulas más flexibles que la pura dicotomía validez/nulidad<sup>116</sup>, la multiplicación del número de leyes, de lo que constituye buena muestra el fenómeno de las *leggine italiane*, la nueva naturaleza objetiva de los derechos, que exige su interpretación como un orden objetivo de valores, la extraordinaria relevancia que ha asumido el principio de igualdad en su doble vertiente formal y material, y, bien que desde luego

116. Como afirma Modugno, la estricta alternativa *accoglimento/rigetto* dispuesta en el diseño constituyente italiano, no fue sino fruto de la ingenuidad (quizá también, diríamos nosotros, del influjo de esa idea-fuerza del “legislador negativo”), pues las sentencias interpretativas, en su variada tipología, representan una respuesta realista y siempre flexible frente a los requerimientos de un diseño abstracto y rígido. Franco Modugno: *Corte Costituzionale e potere legislativo*, op. cit., pág. 48.

sin ánimo exhaustivo, un conjunto de razones estructurales que tienen bastante que ver con las nuevas exigencias del Estado social y democrático de Derecho de nuestro tiempo, y entre ellas, con los problemas redistributivos del Estado social, respecto a los cuales, como afirma Weber<sup>117</sup> en relación al Tribunal Constitucional Federal alemán (si bien su reflexión, a nuestro juicio, puede proyectarse a otros órganos análogos), este órgano siempre debe incidir con carácter correctivo, tanto en el reconocimiento de prestaciones como en su recorte, son otras tantas razones que explican esta función positiva que hoy vienen asumiendo con toda naturalidad los Tribunales Constitucionales, que, como advirtiera hace ya bastantes lustros Crisafulli, en ocasiones, parecen transformarse de jueces en legisladores<sup>118</sup>, lo que no sólo se vislumbra por la creación de normas llamadas a integrar la disciplina declarada inconstitucional, sino que también se trasluce en la formación y aplicación de orientaciones, latentes en la fundamentación de sus sentencias, que propician un *indirizzo* político o, como dice Pizzorusso<sup>119</sup>, el nacimiento de una *policy* que les es característica.

En definitiva, el quebrantamiento profundo de la concepción kelseniana del legislador negativo, bien que los rescoldos de esta idea–fuerza aún sigan activos y humeantes, no puede dejar de incidir en el proceso de degradación de las diferencias antitéticas que antaño contraponían a los dos tradicionales sistemas de control de constitucionalidad.

### ***5. La mixtura e hibridación de los actuales sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad.***

1. La opción de los constituyentes de la inmediata segunda postguerra en favor de un modelo de Constitución que sigue de cerca los pasos de la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se derivaron en relación con el control de constitucionalidad, a las que ya nos referimos, iba a propiciar una hibridación del modelo kelseniano, que en lo sustancial seguirá presutando su estructura centralizada, con el control difuso, hibridación que encuentra su más significada manifestación en la introducción de las que en Italia se

117. Albrecht Weber: “Alemania”, en Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador*, op. cit., págs. 53 y ss.; en concreto, pág. 84.

118. Vezio Crisafulli: *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, op. cit., pág. 1.704.

119. Alessandro Pizzorusso: “Le contrôle de la Cour Constitutionnel sur l’usage par le législateur de son pouvoir d’appréciation discrétionnaire”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, II, 1986, pág. 35 y ss.; en concreto, pág. 50.

conocen como *questioni di legittimitá costituzionale*<sup>120</sup>, que, como señala Silvestri<sup>121</sup>, introducirán una variante destinada a tener relevantes consecuencias sobre el núcleo esencial de la jurisdicción constitucional.

Ciertamente, ya la *Novelle* austriaca de 1929 había introducido este instituto, pero, como ya indicáramos, con sensibles diferencias, tanto en lo que a los órganos legitimados atañe (sólo los dos órganos jurisdiccionales supremos), como en lo que se refiere a su razón de ser (aproximar la legitimación a una *actio popularis* siquiera fuera indirectamente, en sintonía con el ya expuesto pensamiento kelseniano).

A partir de ese primer momento constituyente que sigue al fin de la Segunda Guerra Mundial, la multiplicidad de variantes no ha hecho más que crecer y con ellas se ha ido acentuando ese proceso de mixtura e hibridación. Como dice Pegoraro<sup>122</sup>, “*a seguito della impetuosa espansione del costituzionalismo e della forma di Stato liberal democratica, i modi di fare giustizia costituzionale si sono ancor piú mescolati e complicati*”.

No pretendemos ahora llevar a cabo un análisis casuístico de la realidad actual de los sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo, sino tan sólo bosquejar, en un muy somero recorrido, algunos de los rasgos característicos de esos sistemas, con la finalidad fundamental de mostrar cómo esos sistemas acogen rasgos propios de uno y otro modelo histórico, entremezclándolos a veces confusamente, dificultando con ello, de modo casi insuperable, todo intento de sistematización que siga teniendo como referente la tipología tradicional.

**II.** Un buen número de sistemas de justicia constitucional en Europa occidental corrobora la precedente reflexión. Sólo en Francia nos encontramos con un control de constitucionalidad homogéneamente diseñado, pues se trata de un control de la ley que se lleva a cabo al margen de su aplicación, con carácter preventivo y monopolizado por el *Conseil Constitutionnel*, bien que este órgano

120. Además ya de la Constitución de 1947, la Ley constitucional de 9 de febrero de 1948, núm. 1, “*norme sui giudizi di legittimitá costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte Costituzionale*, aprobada por la propia Asamblea Constituyente el 31 de enero de 1948, ya contemplaba este instituto en su art. 1º.

121. Gaetano Silvestri: “La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo”, en *Storia d'Italia*, Annali, vol. 14, Einaudi, Torino, 1998, pág. 941 y ss.; en concreto, pág. 969.

122. Lucio Pegoraro: “La circolazione, la recezione e l'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale”. Trabajo a publicar en el nº 6 del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Manejamos el texto original italiano mecanografiado, pág. 2.

esté todavía lejos de poder ser asimilado a un Tribunal Constitucional. El modelo francés, tributario de la propia tradición histórica gala, conformado al margen del modelo kelseniano y, por supuesto, del norteamericano, no entremezcla por ello mismo elementos de los dos clásicos sistemas de control.

No puede afirmarse lo mismo de otros muchos países europeo-occidentales. En Austria, Alemania, Italia, España y Bélgica coexiste un control de la ley, al margen de su aplicación, con un control que se realiza con ocasión de su aplicación en una litis concreta, que desencadena el juez que conoce de la misma y que ha de resolver la controversia concreta, siendo éste, en algún supuesto (como es el caso de Italia), el procedimiento con gran diferencia más relevante de control de constitucionalidad.

Este control con ocasión de la aplicación de la ley se manifiesta asimismo, en Austria, Alemania y España, por intermedio de aquellos recursos (el *Beschwerde* austriaco o recurso por infracción de derechos constitucionalmente garantizados, contra resoluciones administrativas; el *Verfassungsbeschwerde* alemán o recurso de queja constitucional que cualquier persona puede presentar ante el BVerfG, invocando que ha sido lesionada por la autoridad en uno de sus derechos fundamentales, y el recurso de amparo español, que protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de derechos y libertades tutelados por esta vía, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos) especialmente diseñados para hacer frente a la violación de derechos constitucionales (en Alemania y España, no frente a la violación de cualquier derecho, sino tan sólo de los constitucionalmente garantizados por esta vía; en Austria, cuando la esfera jurídica de un ciudadano se vea inmediata y actualmente afectada por aplicación de un decreto o tratado ilegales o de una ley inconstitucional).

En Grecia, hasta el golpe militar de 1967, tuvo un sistema inspirado en el modelo norteamericano, aunque no propiamente difuso, pues la posible inaplicación de una ley por razón de su inconstitucionalidad quedaba circunscrita al Consejo de Estado y al Tribunal de Casación.

La Constitución griega de 1975 habilita a todos los tribunales para inaplicar las leyes cuyo contenido interpreten que contraría la Constitución; así se infiere de la previsión de su art. 67.2, cuando dispone que en ningún caso serán obligados los jueces a atenerse a normas tendentes a la abolición de la Constitución; ello significa que los tribunales administrativos con el Consejo de Estado al fren-

te, los tribunales ordinarios, cuya más alta instancia es el Tribunal de Casación, el Tribunal de Cuentas y cualesquiera otros tribunales pueden verificar un control de constitucionalidad, promoviendo incluso de oficio tal control con ocasión de un proceso administrativo, civil o penal.

El diseño griego venía a romper, según Favoreu<sup>123</sup>, el principio de que la justicia constitucional no se divide, pues aún siendo difusa se enmarca en el seno de un aparato jurisdiccional único rematado por un solo Tribunal Supremo. Sin embargo, lo cierto es que tampoco en Grecia podría sostenerse que se produce tal división por cuanto el art. 100 de su Constitución instituye un Tribunal Especial Superior cuyas atribuciones, como de nuevo afirma Favoreu<sup>124</sup>, semejan extrañamente las de un Tribunal Constitucional, al que se le atribuye (art.100.1, e/) el enjuiciamiento de los procesos que versen sobre la inconstitucionalidad de fondo o material o sobre el sentido de las disposiciones de una ley formal, en el supuesto de que sobre tales disposiciones, el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o el Tribunal de Cuentas hubiesen pronunciado resoluciones contradictorias. Podría afirmarse, a la vista de esta opción, que en defecto de la unidad interpretativa a la que conduce la regla del *stare decisis*, en Grecia, un país de *civil-law*, se recurre a este peculiar órgano que es el Tribunal Especial Superior, que a la vista de su composición y, en especial, de sus funciones, se nos presenta básicamente como una suerte de tribunal arbitral llamado a dilucidar, en lo que ahora interesa, los conflictos interpretativos suscitados entre los más elevados órganos jurisdiccionales. En definitiva, como bien se ha señalado<sup>125</sup>, más que ante una jurisdicción constitucional de tipo europeo, nos encontramos ante un tribunal de conflictos.

En Portugal, ya desde la Constitución republicana de 1911, fruto de la Revolución de 1910, que acabó con la Monarquía, arraigó el sistema norteamericano de la *judicial review*, quizá por el influjo de la Constitución brasileña de 1691, que introdujo la forma republicana y federal en el Brasil y que asimismo recepcionó la *judicial review*. Lo cierto es que, como señala Bon<sup>126</sup>, la Constitución de 1911 no sólo propiciará la introducción del modelo americano

123. Louis Favoreu: “Reflexiones sobre algunos problemas planteados por la justicia constitucional”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 3-4, abril-agosto 1988, pág. 47 y ss.; en concreto, pág. 50.

124. *Ibidem*.

125. Pierre Bon: ‘Présentation générale’, en la obra colectiva, *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Economica, París, 1989, págs. 19 y ss.; en concreto, pág. 24.

126. *Ibidem*, pág. 31.

por primera vez en Europa, sino que convertirá a Portugal en el primer país europeo, en dotarse de mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, omisión hecha de Suiza, donde, pese a que, como advierte Cappelletti<sup>127</sup>, pueden encontrarse ciertas analogías con el modelo americano, que se relativizan notablemente si se recuerda la existencia desde la Constitución de 1874 de un recurso de Derecho público (*Staatsrechtliche Beschwerde*) que cualquier ciudadano podía interponer ante el Tribunal Federal por violación de derechos constitucionales<sup>128</sup>, lo cierto es que una limitación tradicional del sistema suizo de control de constitucionalidad ha sido la de excluir del mismo a las leyes federales, circunscribiéndolo, pues, a las leyes cantonales<sup>129</sup>.

El control difuso se mantendría en Portugal incluso en la Constitución salazarista de 1933 y, por supuesto, también en la hoy vigente de 1976, objeto de varias reformas, una de ellas la muy relevante, en lo que a la justicia constitucional se refiere, de 1982.

La vigente Constitución, en la tradición histórica del país, contempla el control difuso al disponer en su art. 207 que los tribunales no podrán aplicar a los hechos sometidos a su enjuiciamiento, normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios en ella consignados. Sin embargo, a la par, la Constitución crea un Tribunal Constitucional (tras su reforma de 1982), cuyas resoluciones, de acuerdo con el art. 20 de la Ley 26/1982, de 15 de noviembre, sobre organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional, prevalecen sobre las de los demás tribunales o sobre las de cualquier otra autoridad. Canotilho<sup>130</sup> ha caracterizado globalmente el sistema portugués de control de constitucionalidad como un *sistema misto complexo* en el que, además, todos los tribunales, sin excepción, son órganos de la justicia constitucional.

127. Mauro Cappelletti: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 7ª reimpr., Giuffrè, Milano, pág. 54.

128. Conviene recordar que ya la Constitución de 1848 introdujo un recurso jurisdiccional para la protección de los derechos constitucionales del individuo, algo propugnado por distintos autores (Pellegrino Rossi entre ellos) desde lustros antes, si bien canalizó el recurso por intermedio de la Asamblea Federal, que era el órgano que había de remitir al Tribunal Federal la acusación de la violación. Cfr. al efecto, Mauro Cappelletti: *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, trad. de Héctor Fix Zamudio, Imprenta Universitaria, México, 1961, págs. 17-18.

129. En el Derecho suizo, se consagró una suerte de poder/deber general de los jueces de inaplicar las leyes cantonales que interpretaran contrarias a la Constitución federal, como consecuencia implícita en el principio *Bundesrecht bricht Kantonaes Recht*.

130. José Joaquim Gomes Canotilho: *Direito Constitucional e Teoría da Constituição*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pág. 907.

La amplitud de funciones del Tribunal Constitucional es, por lo demás, muy notable por cuanto tal órgano lleva a cabo un control tanto en vía preventiva como sucesiva, tanto por causa de acción como de omisión. Asimismo, y como cauce de articulación entre el control difuso y el que se reside en el Tribunal Constitucional, el art. 280 de la Constitución prevé un recurso ante este último contra las decisiones de los tribunales: a) que rehúsen la aplicación de cualquier norma con fundamento en su inconstitucionalidad, y b) que apliquen la norma cuya inconstitucionalidad haya sido invocada durante el proceso.

Nos hemos detenido mayormente en Grecia y Portugal porque quizá estos dos países ejemplifiquen más que ningún otro la mixtura y entremezcla de elementos de uno y otro de los dos modelos históricos.

**III.** Esta hibridación se manifiesta profusamente en las nuevas democracias de Europa oriental, que aunque no han mostrado particular interés por el sistema difuso, optando por el contrario por una estructura centralizada de control, que se atribuye a un Tribunal Constitucional, con patente influencia en algunos casos de los sistemas alemán y austriaco, del modelo francés en algún otro, e incluso, a juicio de Mazza<sup>131</sup>, del sistema griego, es lo cierto que también han incorporado mecanismos que, en sintonía con los sistemas que sobre ellos han influido, propician hablar de esa mixtura e hibridación.

Por referirnos tan sólo a algunos de esos países, recordaremos que Polonia, las Repúblicas checa y eslovaca, Hungría, Rumania, Bulgaria y Rusia, han creado un Tribunal Constitucional. Sin embargo, en todos estos países está presente un elemento difuso, pues todos ellos han recepcionado el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad. Cualquier juez puede, normalmente a instancia de las partes de una litis de la que está conociendo, bien que en Rumania, como advierte Vasilescu<sup>132</sup>, con frecuencia, la excepción de inconstitucionalidad sea planteada de oficio o incluso por el procurador, cuando haya tomado parte en el proceso *a quo*, plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Las excepciones las encontramos en Bulgaria, donde sólo el Tribunal de Casación y el Tribunal Administrativo Supremo están habilitados para, en el curso de un proceso que se siga ante ellos, constatada la contradicción entre la ley que han de aplicar y la Constitución, suspender el procedimiento y plantear la cuestión ante

131. Mauro Mazza: *La Giustizia Costituzionale in Europa Orientale*, CEDAM, Padova, 1999, pág. 425.

132. Florin Bucur Vasilescu: "La Justice Constitutionnelle en Roumanie", en Marc Verdussen (dir.), *La Justice Constitutionnelle en Europe Centrale*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1997, págs. 121 y ss., en concreto, pág. 144.

el Tribunal Constitucional, fórmula que recuerda la de la *Novelle* austriaca de 1929, y en Polonia, donde con anterioridad a la Constitución de 1997, en sintonía con el modelo austriaco, sólo el Tribunal Supremo, el Supremo Tribunal Administrativo y los órganos jurisdiccionales de apelación, podían plantear una cuestión de inconstitucionalidad. La Constitución de 2 de abril de 1997, de la República de Polonia, ha introducido importantes modificaciones en lo que atañe a la jurisdicción constitucional<sup>133</sup>; en lo que ahora nos ocupa, ha legitimado para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad a todos los tribunales, incluidos los de primera instancia.

Otra particularidad a destacar en relación a la cuestión de inconstitucionalidad la encontramos en Rumanía, donde el art. 23.3 de la Ley nº. 47, de 18 de mayo de 1992, sobre la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional<sup>134</sup>, excluye del control por esa vía incidental las disposiciones cuya constitucionalidad haya sido establecida de acuerdo con el art. 145.1 de la Constitución de 1991, que a su vez consagra una fórmula que presupone sujetar los fallos de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional a un acuerdo adoptado por la mayoría cualificada de los parlamentarios de ambas Cámaras. En efecto, constatada la inconstitucionalidad de una ley, en un control preventivo, o de un reglamento parlamentario, y tras el oportuno reexamen por las Cámaras, si la ley fuera adoptada en iguales términos por una mayoría, al menos, de dos tercios de los miembros de cada Cámara, la objeción de inconstitucionalidad queda rechazada, convirtiéndose en obligatoria la promulgación de la ley, y no pudiendo, como antes se dijo, ser cuestionada tal norma por la vía incidental.

Las modalidades de control son, en este área de países, bien diversas. Así, atendiendo al momento en que el control se lleva a cabo y refiriéndonos al control de la ley (no de su aplicación), en Rumanía, que según Fromont<sup>135</sup> ha adoptado el sistema francés, lo que es perfectamente válido respecto del control de las leyes, en cuanto que ha de llevarse a cabo con anterioridad a su promulgación, tratándose por tanto de un control preventivo, aunque no lo es respecto de los reglamentos parlamentarios, cuyo control puede ser preventivo o sucesivo. En definitiva, en Rumanía, sin duda por influjo francés, el control de la Ley es preventivo, aunque no preceptivo.

133. Cfr. al respecto, Leszek Lech Garlicki: “La Justice Constitutionnelle en Pologne”, en Marc Verdussen (dir.), *La Justice Constitutionnelle en Europe Centrale*, op. cit., págs. 87 y ss.; en particular, págs. 117-120.

134. Puede verse el texto de esta Ley en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, IX, 1993, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, París, 1995, pág. 724 y ss.

135. Michel Fromont: *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, París, 1996, págs. 25 y 70.

En las Repúblicas checa y eslovaca, por el contrario, sólo tiene cabida el control sucesivo o *a posteriori*. Así, en la República checa, refiriéndose al control de los tratados internacionales, Klíma<sup>136</sup> señala que debe presuponerse que en el momento previo a la ratificación, el Parlamento deberá examinar las eventuales contradicciones entre el tratado y las leyes constitucionales. Sólo si tal contradicción surgiera más tarde, correspondería resolver al Tribunal Constitucional, a título de cuestión preliminar.

En Polonia y Hungría coexisten el control preventivo y el sucesivo. En el primer país, desde la reforma constitucional de 1989, al Presidente de la República le cabe la facultad, antes de sancionar una ley, de requerir al Tribunal Constitucional que examine su constitucionalidad. Asimismo, vetada una ley aprobada por la Dieta, por el Presidente, y rechazado tal veto presidencial por una mayoría de dos tercios de los votos de la Dieta, el conflicto entre legislativo y ejecutivo es resuelto por el Tribunal Constitucional. La nueva Constitución polaca de 1997 ha mantenido el control *a priori* de las leyes, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, tal y como acontecía precedentemente. También en Hungría cabe un control previo sobre los proyectos de ley, el Reglamento de la Asamblea Nacional con anterioridad a su adopción, las leyes aprobadas aunque aún no promulgadas y los tratados internacionales. En cualquier caso, conviene precisar que tanto en Polonia como en Hungría, es el control sucesivo el predominante.

En otros países, como es el caso de Bulgaria y Rusia, el control preventivo se circunscribe a un específico tipo de normas: los tratados internacionales. En este amplio conjunto de países europeo-orientales ha tenido una notable recepción el llamado recurso de queja constitucional (el *Verfassungsbeschwerde* alemán) o recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación de derechos constitucionales, acogido en Polonia por la Constitución de 1997 (la queja puede ser planteada por cualquier persona cuyos derechos o libertades constitucionales hayan resultado violados por una decisión firme de un tribunal o de un órgano de la Administración pública), en la República checa (en donde, cuando se formula por una persona física o jurídica, su diseño es muy semejante al del instituto equivalente alemán, si bien cabe asimismo que el Consejo Municipal de un Municipio plantee un recurso de queja por violación de la autonomía municipal, recurso que se halla abierto asimismo a algún otro órgano de una unidad territo-

136. Karel Klíma: "La Justice Constitutionnelle en République Tchèque", en Marc Verduseen (dir.), *La Justice Constitutionnelle...*, op. cit., pág. 193 y ss.; en concreto, pág. 214.

rial autónoma superior a la del Municipio), en la República eslovaca (la demanda constitucional puede ser planteada por cualquier persona física o jurídica contra decisiones de la Administración del Estado, central o local, o de una Administración territorial autónoma, vulneradoras de derechos o libertades fundamentales de los ciudadanos), en Hungría (donde cualquier persona puede dirigir una queja constitucional al Tribunal Constitucional en razón a la violación de sus derechos, bien que, como se pusiera de relieve hace unos años<sup>137</sup>, las quejas constitucionales no representaban más que el 2 por 100 del total de recursos ante el Tribunal Constitucional) y, finalmente, en Rusia, donde, aún contemplándose un recurso individual colectivo directo, tal recurso se manifiesta más bien como una suerte de excepción de inconstitucionalidad que el individuo o el colectivo de ciudadanos puede plantear en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional pendiente a fin de que pueda plantearse directamente por el juez una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional<sup>138</sup>.

IV. América Latina nos ofrece un verdadero laboratorio en lo que a la búsqueda de fórmulas peculiares de justicia constitucional se refiere, laboratorio que se ha venido gestando a lo largo de un dilatadísimo proceso histórico<sup>139</sup>. En cualquier caso, esas fórmulas no hacen sino confirmar la mixtura e hibridación a que venimos refiriéndonos.

En Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, entre otros países, coexisten el control concentrado en un Tribunal Constitucional con el control difuso, en cuanto que cualquier órgano jurisdiccional puede directamente inaplicar la norma legal que a su juicio sea incompatible con la Constitución. Valga como ejemplo de estas previsiones el art. 274 de la Constitución ecuatoriana de 1998, a cuyo tenor, cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Las normas constitucionales recurren a distintas técnicas de articulación entre esos fallos de los órganos jurisdiccionales ordinarios, con efectos en el caso concreto, y la condición que al Tribunal Constitucional, allí donde existe, ha de corresponder, que no ha de ser

137. László Trócsányi: “La Justice Constitutionnelle en Hongrie”, en Marc Verdussen (dir.), *La Justice Constitutionnelle...*, op. cit., pág. 53 y ss.; en concreto, pág. 69.

138. Mauro Mazza: *La Giustizia Costituzionale in Europa Orientale*, op. cit., págs. 200-201.

139. Cfr. al efecto, Francisco Fernández Segado: “La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la Independencia hasta 1979”, en Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 3-55.

otra que la de intérprete supremo de la Constitución. Así, en el caso de la norma ecuatoriana antes citada, su último párrafo dispone que la declaración del juez o tribunal ordinario no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie, para añadir de inmediato que el juez, tribunal o sala habrá de presentar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio. A su vez, el art. 272, d/ de la Constitución de Guatemala de 1985, atribuye a la Corte de Constitucionalidad la función de conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la Ley de la materia.

Aunque la regla general es la del control sucesivo, salvo en algunos países como Bolivia, donde los tratados internacionales son objeto de un control preventivo, esto es, antes de la prestación por el Estado de su consentimiento para obligarse, no faltan excepciones a dicha regla.

Así, en Chile, por influjo francés, el Tribunal Constitucional, básicamente, ejerce un control preventivo, que incluso en el caso de las Leyes interpretativas de la Constitución y de las Leyes orgánicas constitucionales, es preceptivo, siendo facultativo tal control previo respecto de los tratados internacionales y de las Leyes ordinarias. Pero la intervención del Tribunal Constitucional no agota en Chile el control de constitucionalidad. Por el contrario, éste se complementa por un control sucesivo, con ocasión de la aplicación de la ley, concentrado a su vez en la Corte Suprema de Justicia que, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca o cuyo conocimiento le fuere sometido a través del llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puede declarar inaplicable con efectos para el caso concreto todo precepto legal que considere contrario a la Constitución. Este doble sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, concentrado en el Tribunal Constitucional (control preventivo de la ley, facultativo o preceptivo, según el tipo de ley de que se trate) y en la Corte Suprema de Justicia (control de la aplicación de la ley), ha planteado, como dice Nogueira<sup>140</sup>, numerosos problemas, en la medida que ambos órganos son autónomos respecto del otro, no habiéndose establecido una eficaz articulación entre ellos, lo que ha propiciado que, con frecuencia, establezcan dos parámetros o cri-

140. Humberto Nogueira Alcalá: "El Tribunal Constitucional chileno", en el colectivo, *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*. Lecturas Constitucionales Andinas, n°. 4, Comisión Andina de Juristas--Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 1995, pág. 111 y ss.; en concreto, pág. 141.

terios diferentes para la interpretación de la Constitución, generando una dispersión y anarquización del control de constitucionalidad.

También en Colombia se establece un control preventivo obligatorio respecto de las Leyes estatutarias (entre otras, las relativas a los derechos y deberes fundamentales, a la administración de justicia, a los partidos políticos..., etc.). Cabe asimismo un control preventivo facultativo, pues la Corte Constitucional conoce de la constitucionalidad de los proyectos de ley que sean objeto de una objeción de inconstitucionalidad presentada por el Presidente de la República. Bien es verdad que en Colombia, a diferencia de Chile, el Tribunal Constitucional es también competente para llevar a cabo un control sucesivo de las leyes que puede ser instado, por intermedio de la muy conocida acción popular de inconstitucionalidad, cualquier persona física, aunque, según jurisprudencia de la propia Corte, no jurídica.

Estos mecanismos de control coexisten, como es bien conocido, con la acción de amparo, tutela o protección, de la que, por lo general, pueden conocer la totalidad de los órganos jurisdiccionales, cabiendo, allí donde existe un Tribunal Constitucional, una intervención final de éste. Así, por ejemplo, en el Perú, de acuerdo con el art. 298.2 de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional conoce en casación de las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial.

En algunos países, el amparo fue concebido como una vía procesal encaminada a la reparación del derecho violado, pero no para la verificación de una inconstitucionalidad, concepción ésta que ha ido evolucionando, de lo que ilustra perfectamente el caso argentino. En efecto, la acción de amparo fue concebida en Argentina como un proceso sumario por medio del cual se podía impugnar un acto lesivo que con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas infringiera un derecho subjetivo constitucionalmente reconocido. Una reiterada doctrina jurisprudencial entendió que el amparo era una vía exclusivamente dirigida a la reparación del derecho violado. La doctrina quebró en los casos *Outón (1966)* y *Mate Laranjeira Mendes*, al rechazar la Corte Suprema de la Nación el carácter absoluto del postulado de que en un juicio de amparo es siempre improcedente abordar la cuestión constitucional. A juicio de Vanossi<sup>141</sup>, esta doctrina suponía la creación pretoriana por la Corte Suprema de una acción directa de inconstitucionalidad.

141. Jorge Reinaldo A. Vanossi y Pedro Fermín Ubertone: “Instituciones de defensa de la Constitución en Argentina”, en el colectivo, *La Constitución y su defensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pág. 87 y ss.; en concreto, pág. 191.

lidad en el orden nacional, algo, evidentemente, bien alejado del modelo de partida, el de la *judicial review of Legislation*.

La Corte Suprema argentina, ciertamente, volvió a cambiar el sentido de su jurisprudencia en este punto en 1973, para retornar a la doctrina establecida en el caso *Outón* en 1985. La reforma constitucional de agosto de 1994 dispuso cualquier duda al efecto al habilitar ahora el apartado primero del art. 43 de la Constitución nacional al juez que conozca del amparo para la declaratoria de la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, lo que ha significado, según Hitters<sup>142</sup>, la puesta en marcha, a través del amparo, de una acción de inconstitucionalidad en una causa concreta.

Distinta ha sido la concepción del juicio de amparo en México, en donde, como subrayara Burgoa<sup>143</sup>, el juicio de amparo, como corroboran sus antecedentes históricos, se ha revelado como un medio jurídico de protección de la constitucionalidad, declarándose procedente, ya en la primera Constitución que lo contempló (la Constitución del Estado de Yucatán de 1841), contra cualquier acto del Gobernador o Ley de la Legislatura del Estado que, en agravio del gobernado, violase la Constitución y no únicamente los preceptos en que consagraba las garantías individuales. A partir de este precedente puede entenderse que a nivel federal se haya admitido el amparo contra leyes, bien que se requiera que tales leyes sean autoaplicativas, quedando legitimadas para interponer el juicio de amparo aquellas personas que, en el momento de la promulgación de la ley, queden automáticamente comprendidas dentro de la hipótesis de su aplicación, disponiendo del plazo de treinta días, a partir del siguiente de la entrada en vigor de la ley, para su impugnación. Digamos de nuevo con Burgoa<sup>144</sup> que el control de la Constitución y la protección del gobernado frente al poder público, son los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables que integran en México la teleología esencial del juicio de amparo.

V. La mixtura e hibridación que venimos mostrando también se encuentra en aquellos países que han optado por la fórmula de la *judicial review* norteamericana.

142. Juan Carlos Hitters: "La Jurisdicción Constitucional en Argentina", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson (y otras) Madrid, 1997, pág. 283 y ss.; en concreto, pág. 301.

143. Ignacio Burgoa: *El juicio de amparo*, 20ª ed., Editorial Porrúa, México, 1983, pág. 145.

144. *Ibidem*, pág. 148.

Así, en Irlanda, aunque la Constitución de 1937 continúa la tradición anglo-americana de la *judicial review*, lo cierto es que, a tenor de su art. 34.3, punto segundo, sólo el Alto Tribunal (*High Court*), el más elevado órgano jurisdiccional de primera instancia, dispone de jurisdicción para decidir la validez de cualquier ley en relación a los preceptos de la Constitución, no pudiendo ser planteada ninguna cuestión de tal naturaleza ante cualquier otro tribunal, con la única salvedad del Tribunal Supremo. Es decir, el carácter “difuso” del control queda circunscrito tan sólo a dos órganos jurisdiccionales.

En Brasil, donde desde la Constitución de 1891, como ya se dijo, se impuso el modelo americano, la justicia constitucional ha evolucionado hacia lo que Afonso da Silva llama un sistema mixto de control difuso y concentrado, con clara tendencia a la ampliación de este último desde la Constitución de 1988<sup>145</sup>. Y así, mientras cualquier juez o tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, siendo de la competencia del Supremo Tribunal Federal conocer de tal causa mediante recurso extraordinario, a este mismo órgano jurisdiccional supremo compete conocer de la acción directa de inconstitucionalidad (*acao direta de inconstitucionalidade*) de una ley o acto normativo federal o estatal (art. 102.1, a/ de la Constitución), lo que presupone, de modo inequívoco, un control concentrado que se sobrepone al control difuso.

Argentina es quizá el país que más fielmente ha seguido el modelo de la *judicial review*, pudiendo declarar cualquier juez la inconstitucionalidad de cualquier norma de acuerdo con las respectivas reglas atributivas de la competencia jurisdiccional. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por intermedio especialmente del recurso extraordinario, ha asumido un destacado rol que la ha llevado a autodefinirse como “intérprete final de la Constitución”. No en vano, el recurso extraordinario es la vía de acceso a la Corte Suprema más frecuente y de mayor importancia, presentándonos, según Morello<sup>146</sup>, como el mecanismo más eficaz, en el orden nacional, del control judicial de constitucionalidad.

Basta con recordar que la *judicial review* norteamericana se vincula íntimamente con el concepto sobre el que se apoya el sistema judicial, que es el de liti-

145. José Alfonso da Silva: “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., págs. 387 y ss.; en concreto, pág. 394.

146. Augusto M. Morello: *El recurso extraordinario*, 2º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 67.

gio (*litigation*), que se suscita cuando un caso o controversia es planteado ante un tribunal competente, por lo que, como dice Abraham<sup>147</sup>, “*the solution of an issue in the judicial process depends on the decision handed down by the tribunal having jurisdiction. Consequently, neither the US Supreme Court nor any of the lower constitutional courts can decide an issue unless it is before that court*”. A partir de esta idea rectora del proceso judicial y, por ende, de la *judicial review*, el contraste con los tres países a los que acabamos de referirnos, que han seguido, más o menos fielmente, el modelo norteamericano resulta patente.

Pero aún hay más, la ajenidad del principio del *stare decisis* al espíritu de los sistemas jurídicos romanistas, aún cuando en ellos se reconozca una importancia de primer grado a la jurisprudencia en tanto fuente informal del Derecho (*auctoritas rerum similiter judicatarum*), no ha dejado de tener trascendencia. Así, en los países de *civil-law* que han hecho suyo el modelo norteamericano, aunque en algunos casos se ha admitido la fuerza obligatoria de ciertos precedentes, ello ha venido siendo una regla excepcional de no muy gran alcance, tal y como, por ejemplo, acontece en algunos países de América Latina. No debe extrañar por ello mismo que la falta de certeza a que, en ocasiones, conduce el propio sistema trate de ser suplida mediante el recurso a ciertos mecanismos procesales, como ha sido el caso de Argentina en relación a la acción declarativa de inconstitucionalidad, una de las piezas más polifacéticas del Derecho procesal constitucional, como reconoce Sagüés<sup>148</sup>, lo que viene a entrañar una nueva e importante divergencia frente al modelo norteamericano, del que durante mucho tiempo la Argentina fue considerada como su más fiel seguidora.

En definitiva, este repaso de Derecho comparado, que en modo alguno ha pretendido ser exhaustivo como es bien obvio, creemos, sin embargo, que es suficiente para mostrarnos con cierta claridad las enormes dificultades, si es que no, lisa y llanamente, la absoluta imposibilidad de reconducir los muy heterogéneos y plurales sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo a una clasificación tradicionalmente sustentada en una única o principal variable, de la que dimanen algunas otras, como es la que tradicionalmente ha venido diferenciando el sistema de la *judicial review of Legislation* del sistema kelseniano (que se

147. Henry J. Abraham: *The Judicial Process*, 7ª ed., Oxford University Press, New York-Oxford, 1998, pág. 258.

148. Néstor Pedro Sagüés, en el Prólogo a la obra de Maximiliano Toricelli, *El sistema de control constitucional argentino. La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela*, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 9.

tilda, con enormes pretensiones de generalidad, que la realidad no avala, de “europeo”) de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

### **6. A la búsqueda de una nueva tipología explicativa de las variables conformadoras del control de la constitucionalidad**

I. De cuanto llevamos expuesto se desprende sin gran dificultad la inexcusabilidad de abandonar la tradicional contraposición paradigmática que desde decenios atrás se ha venido utilizando para el estudio comparado de los distintos sistemas reales de justicia constitucional.

Ciertos sectores doctrinales, todavía minoritarios, han venido insistiendo, con muy diversos matices y posiciones, en una dirección análoga. Nos limitaremos ahora a recordar algunos de esos posicionamientos, sin entrar en mayores detalles.

Baldassarre<sup>149</sup> ha diferenciado dos grandes modelos de justicia constitucional: *giurisdizione dei diritti fondamentali* y *giustizia politica*. Mientras este último encontraría su núcleo central en una función de moderación en sintonía con la cual al Tribunal Constitucional correspondería la tutela de los principios de la forma de gobierno, el primer modelo encontraría su última *ratio* en la nueva concepción constitucional de los derechos que se nos presentan no sólo como límites respecto de los poderes públicos, sino también como factores positivos de orientación, integración y dirección, que operan como parámetros de legitimidad del ejercicio de los poderes públicos, particularmente de la función legislativa.

Pizzorusso<sup>150</sup>, a su vez, contraponen los sistemas concretos frente a los sistemas abstractos, binomio que a su juicio encuentra hoy un mayor relieve que el más tradicional entre el sistema americano y los sistemas europeos.

No muy lejos de la precedente dicotomía, precisándola algo más, Rubio Llorente<sup>151</sup> separa el modelo centrado en la ley de aquellos otros modelos centrados en la defensa de los derechos.

149. Antonio Baldassarre: *Parlamento e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, op. cit., pág. 11 y ss.

150. Alessandro Pizzorusso: *I sistemi ...*, op. cit., págs. 527-529.

151. Francisco Rubio Llorente: *Tendencias actuales...*, op. cit., pág. 1.416 y ss.

Fromont<sup>152</sup>, al igual que Pizzorusso, parte de la diferenciación entre procedimientos concretos y abstractos de control; cada uno de ellos responde a una lógica distinta: una lógica subjetiva, los primeros, frente a una lógica objetiva los segundos. Sin embargo, no siempre existe una perfecta concordancia entre el tipo de procedimiento y la lógica que se halla detrás del mismo, lo que conduce a este autor a una clasificación más compleja en la que se entremezclan ambos elementos (el procedimiento y la preponderancia del carácter subjetivo u objetivo del control).

Finalmente, bien que, desde luego, sin ánimo exhaustivo, Pegoraro<sup>153</sup>, como de alguna manera se ha expuesto ya con anterioridad, partiendo de los dos modelos clásicos, diferencia un *tertium genus* que, junto a elementos característicos de la construcción kelseniana (como la concentración de las decisiones en un órgano jurisdiccional y los efectos *erga omnes* de las sentencias), incorporaría algunos rasgos típicamente estadounidenses (un cierto grado de “difusión” de la justicia constitucional y la garantía del carácter incidental del control). Junto a este modelo, Pegoraro<sup>154</sup> identifica un *quartum genus* que visualiza en Portugal, Grecia, Rusia y algunos países latinoamericanos. A su vez, la circulación de estos modelos propiciará una muy amplia pluralidad de situaciones.

**II.** Por nuestra parte, no pretendemos establecer una nueva clasificación a la que hayan de reconducirse los diversos modelos reales de justicia constitucional, sino, con una finalidad de mayor alcance analítico, diferenciar un muy plural conjunto de variables, asentadas en la mayor parte de los casos, aunque no en todos, en binomios dicotómicos, y sujetas a una cierta articulación, con las que ofrecer pautas explicativas de las muy distintas modalidades del control de la constitucionalidad, modalidades que, por lo general, se presentan entremezcladas en los muy heterogéneos sistemas que la realidad nos ofrece.

Anticipemos que no se trata, ni mucho menos, de una construcción acabada, sino de un primer esbozo que ha de seguir desarrollándose.

Vaya por delante asimismo que no pretendemos ahora desarrollar casuísticamente este plural conjunto de variables articuladas; ésta será una tarea que intentaremos llevar a cabo en otro momento.

152. Michel Fromont: *La justice constitutionnelle dans le monde*, op. cit., pág. 42 y ss.

153. Lucio Pegoraro: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, op. cit., págs. 27-28.

154. *Ibidem*, págs. 39-45.

**III.** Hemos de partir, como núcleo central de esta vertebración, de una doble modalidad de control de la constitucionalidad: el control de la ley, que presupone que tal control constitucional se lleva a cabo en ausencia de todo litigio judicial previo, así como también de todo conflicto de intereses subjetivos, y el control con ocasión de la aplicación de la ley, que presupone unos rasgos contrapuestos a la anterior modalidad de control.

Esta diferenciación, aunque con reminiscencias evidentes de la contraposición control abstracto/control concreto, nos parece más pertinente siquiera sea porque, a nuestro juicio, permite una más nítida comprensión del control que posibilita la cuestión de inconstitucionalidad, que no cabiendo duda alguna acerca de que se trata de un control con ocasión de la aplicación de la ley, suscita, por el contrario, alguna mayor complejidad cuando se trata de reconducir al binomio control abstracto/control concreto, pues, como ya tuvimos oportunidad de exponer, en la cuestión, la concreción proviene del planteamiento, pero convive con la abstracción del enjuiciamiento.

A partir de aquí, en la primera modalidad de control (control de la ley), habría que atender a dos variables cada una de las cuales nos conduce a una diferenciación binómica:

A) De un lado, el momento de verificación del control, que nos conducirá a diferenciar entre un control *a priori*, previo o preventivo, y otro *a posteriori*, sucesivo o represivo, según que el control se lleve a cabo antes o después de la promulgación de la ley<sup>155</sup>.

B) De otro lado, la naturaleza del interés constitucional que se trata de salvaguardar por intermedio del control, debiendo diferenciar al respecto entre un control objetivo o en interés del orden constitucional general y un control competencial, que en el marco de un Estado compuesto, pretende salvaguardar el orden constitucional de competencias establecido en relación con los distintos entes territoriales.

En la segunda modalidad de control, esto es, en el control de constitucionalidad que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley, sería preciso, a su vez, atender a tres diversas variables:

155. Dentro, a su vez, del control sucesivo quizá tenga cierto interés distinguir según que el control se halle delimitado temporalmente o no existe límite temporal para su verificación.

A) La primera de ellas atendería al hecho de que la competencia se atribuya a una pluralidad de órganos o a un órgano único, diferenciando de esta forma un control difuso, en el que cualquier juez puede efectuar el control constitucional de una norma que ha de aplicar en un caso litigioso del que esté conociendo, y un control concentrado, en el que ese control corresponde a un órgano único, sea un Tribunal Constitucional, sea, como sucede por ejemplo en Uruguay o Panamá, el Tribunal Supremo.

B) La segunda variable atiende a la instancia desencadenante del control, pudiéndose diferenciar aquí cuatro modalidades:

a/ El control instado por un órgano jurisdiccional, como es el caso característico, y muy frecuente en Europa, de la cuestión de inconstitucionalidad.

b/ El control que insta una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos. Contra lo que pudiera pensarse, esta modalidad de control no es consustancial a un procedimiento de amparo o queja constitucional; por el contrario, al margen del amparo, en ocasiones, un individuo puede desencadenar un control de constitucionalidad directamente contra una ley que aún no siendo objeto de un acto de aplicación, por su carácter autoaplicativo, afecta la esfera de intereses legítimos del individuo en cuestión. En tal caso sería aquí donde tendría encaje el control instado por tal persona. Por poner algunos ejemplos específicos, pensemos en el art. 140.1, *in fine*, de la Constitución austriaca, que habilita a toda persona para presentar ante el Tribunal Constitucional un recurso individual sobre la inconstitucionalidad de una ley, cuando hubiere sido directamente lesionada en sus derechos por tal inconstitucionalidad, siempre que tal lesión se produjere de modo actual e inmediato, sin mediar la previa adopción de una resolución judicial o administrativa. En Uruguay, todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo puede instar de la Corte Suprema, por vía de acción, la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto legislativo formal.

Diferente sería, desde luego, el caso de Colombia, pues la acción popular de inconstitucionalidad no tendría encaje aquí, sino en la modalidad del control de constitucionalidad de la ley, a modo de un control objetivo o en interés del orden constitucional general, dado que, en Colombia, la muy conocida acción popular de inconstitucionalidad, cuyo origen se remonta a mediados del siglo XIX, se halla desligada de la afectación de la ley a los derechos o intereses de una persona, vin-

culándose expresamente, como afirma Cifuentes<sup>156</sup>, con el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

c/ El control instado por los propios órganos constitucionales del Estado, encaminado a la reivindicación de una atribución que, entendiéndola propia, consideren que ha sido indebidamente asumida por otro órgano estatal.

d/ Finalmente, el control desencadenado por los entes territoriales, por lo general de un Estado compuesto, dirigido a reivindicar la titularidad de una competencia indebidamente asumida por otro ente territorial.

C) La última de las variables a las que se ha de atender es la relativa a la eficacia de las sentencias, particularmente de las sentencias estimatorias, habiéndose de distinguir aquí según las sentencias tengan efectos en el caso concreto (*inter partes*) o proyecten sus efectos con carácter general (*erga omnes*).

Podría pensarse que esta última dicotomía es innecesaria en cuanto que quedaría subsumida en la distinción fijada en atención a la pluralidad o unicidad de órganos para llevar a cabo el control, en forma tal que en el control difuso los efectos serían *inter partes* y en el control concentrado, *erga omnes*. Esta regla, que desde luego tiende a la generalidad, quiebra sin embargo en algunos casos, haciendo por ello mismo conveniente esta categorización. Así, por poner algunos ejemplos específicos, el control concentrado en manos de la Corte Suprema uruguaya no se traduce en que las sentencias de la misma tengan efectos generales, circunscribiéndose tales efectos al caso concreto. Lo mismo puede afirmarse respecto de la Corte Suprema de Justicia (a través de su Sala Constitucional) de Paraguay. Y otro tanto habría que decir en relación a los efectos de las sentencias de la Corte Suprema chilena (que, recordémoslo, monopoliza el control sucesivo de las leyes) dictadas con ocasión de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Hemos de terminar. Y lo hemos de hacer significando que con la categorización expuesta no se pretende en modo alguno agotar la casi inabarcable riqueza y heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad de nuestro tiempo, en los que, desde luego, sí se puede apreciar un progresivo deslizamien-

156. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La Jurisdicción Constitucional en Colombia”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., pág. 469 y ss.; en concreto, pág. 475.

to del control de constitucionalidad de la ley al control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de las leyes, pauta tendencial que a su vez se conecta íntimamente con el cada vez mayor protagonismo de una jurisdicción constitucional de la libertad, en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, con la centralidad, que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo.

LA OBSOLESCENCIA DE LA BIPOLARIDAD “MODELO AMERICANO-MODELO EUROPEO-KELSENIANO” COMO CRITERIO ANALÍTICO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA

Control de constitucionalidad de la ley.	Según el momento de verificación del control.	Control preventivo. Control sucesivo: - Limitado en el tiempo - Sin límite temporal
	Según la naturaleza del interés constitucional a salvaguardar.	Control objetivo o en interés del orden constitucional general. Control competencial o en interés del orden constitucional de competencias.
Control de Constitucionalidad	Según la pluralidad o unicidad de órganos competentes para controlar.	Control difuso. Control concentrado.
	Según la instancia desencadenante del control.	Control instado por un órgano judicial. Control instado por una persona lesionada en sus derechos o afectada en sus intereses legítimos. Control instado por los órganos constitucionales del Estado. Control instado por los entes territoriales.
	Según la eficacia de las sentencias.	Control con efectos en el caso concreto. Control con efectos <i>erga omnes</i> .
Control de constitucionalidad de la aplicación de la ley.		



# REFLEXIONES SOBRE LA COORDINACIÓN EN LA INTEGRACIÓN Y LA REGLA DE LA PREVALENCIA

*Manuel Terol Becerra*

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Huelva*

## *Introducción.*

### *I. El papel de la coordinación estatal en las construcciones de Eduardo Llorens sobre la autonomía de la integración política.*

- 1. Lo sustancial de la integración para Eduardo Llorens.*
- 2. Respecto al delicado equilibrio entre la unidad del Estado y la autonomía política de las instancias territoriales que lo componen.*
- 3. La necesidad de la coordinación estatal en la descentralización.*

### *II. Aclaraciones previas.*

- 1. Algunas precisiones conceptuales.*
- 2. Respecto a las cautelas con que ha de emplearse la cláusula de prevalencia y sus consecuencias.*
- 3. Tipología de disputas competenciales suscitable entre el Estado y las Comunidades Autónomas.*

### *III. El ámbito de actuación de la prevalencia.*

- 1. A vueltas con la cuestión litigiosa de los procesos constitucionales concebidos para sustanciar controversias competenciales y las situaciones de convergencia competencial.*
- 2. De su improcedente uso en los casos de colisiones competenciales surgidas en el terreno de las competencias compartidas.*
- 3. De su aplicabilidad a los supuestos de contiendas competenciales suscitadas en la esfera de las competencias concurrentes.*
- 4. De su inoperancia en conflictos originados por el ejercicio estatal de competencias genéricas.*
- 5. El caso de las competencias vacantes.*

### *IV. En torno al modo de operar la cláusula.*

## *Introducción*

Acerca de la cláusula de prevalencia interesa destacar, en primer término, la enorme atención que le ha dedicado la doctrina, según evidencian los numerosos estudios que, respecto a su significado, han venido sucediéndose desde que se publicara la Constitución de 1978 hasta nuestros días<sup>1</sup>. El panorama sería distinto de haberse producido un consenso entre juristas a este propósito. Es seguro que entonces el debate acerca de la misma habría discurrido en torno a los pormenores de su aplicación en supuestos concretos. Pero faltando ese acuerdo doctrinal se comprende no sólo que hayan proliferado dicha clase de estudios sobre la prevalencia, sino también la resistencia del Tribunal Constitucional a resolver mediante su aplicación contiendas competenciales trabadas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Aun cuando razones distintas de la señalada puedan haber influido también en dicha postura del Tribunal, por otro lado complementaria de su proceder cauteloso e irreprochable consistente en eludir cualquier declaración genérica a su respecto. De haber mediado aquella aplicación o esta declaración hubiera propiciado, sin duda, el Tribunal ese consenso que, además de practicable, se juzga aquí al alcance de la mano, considerando las inestimables aportaciones referidas a este asunto procedentes de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional.

En unas y otras se inspiran las presentes páginas, no menos atentas al abanico de ideas formuladas en esos estudios sobre la prevalencia que a los frecuen-

1. En efecto, no son pocos los trabajos publicados sobre el particular: Otto y Pardo, Ignacio de: "La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional", *REDC*, núm. 2, pág. 57 y ss.; Parejo Alfonso, Luciano: *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional: El art. 149.3 de la Constitución*, Madrid, CEC, 1981.; Tornos Mas, Joaquín: "La cláusula de prevalencia y el art. 4 de la LOAPA". *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 37, pág. 185 y ss.; Terol Becerra, Manuel José: "La cláusula de prevalencia. Comentario al art. 149.3", en: *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos jurídicos y perspectivas jurídicas*, Granada, 1984, pág. 131 y ss.; Balaguer Callejón, Francisco: "La cláusula de prevalencia del art. 149.3 y los Estatutos de Autonomía". *Revista Valenciana d' Estudis Autònòmics*, núm. 4, pág. 117 y ss.; Rubio Llorente, Francisco: "El bloque de la constitucionalidad". *Ponencia española al Simposium franco-español de Derecho Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 126 a 130; García Torres, Jesús: "La cláusula de prevalencia y el Poder Judicial", en: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I. *El Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 569 y ss.; Fernández Farreres, Germán: "Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal". En: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo I. El Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 537 y ss.; Lasagabaster Herrarte, Iñiqui: *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto del Derecho Autónomo*, Madrid, Civitas, 1981. Este último libro ofrece una interesante exposición de la actitud mostrada por la doctrina, hasta el año 1991, respecto de la cláusula de prevalencia; Cantero Rodríguez, Josefa: "Nuevas reflexiones sobre la cláusula de prevalencia". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 269. pág. 115 y ss.

tes silencios o a las ocasionales e incompletas declaraciones del Tribunal Constitucional sobre el particular, por lo sugerentes que ambos tipos de actitudes jurisprudenciales se muestran a la hora de aventurar un significado sobre la cláusula de prevalencia previsiblemente secundable por dicho órgano.

Así, el examen en su conjunto de las formulaciones doctrinales referidas a la cláusula de prevalencia permite circunscribir el presente estudio a la cuestión de su significado en la Constitución Española de 1978, prescindiendo de cualquier otro aspecto relativo a esta cláusula de origen constitucional pretérito en Estados políticamente descentralizados. Tal es el objeto de estudio que aquí se adopta. El cual, interesa también precisar en este momento inicial, se abordará desde la óptica que proporcionan las consideraciones de Eduardo Llorens referidas a la prevalencia, en general, y a la modalidad de esta cláusula, en particular, que incorporaba la Constitución Española de 1931, enmarcadas en su contexto argumental, esto es, en el conjunto de reflexiones que dedicara al Estado integrador en su obra: *La autonomía de la integración política*<sup>2</sup>.

No parece necesario insistir en el interés relativo que hoy día suscita el modelo de descentralización política territorial contemplado en la Constitución de 1931. Al cual sólo se le prestará en estas páginas la atención ocasional que demande desde su condición de motivo principal, aunque no único, de las reflexiones de Llorens sobre el Estado integrador. A ellas se acude además no porque en la doctrina contemporánea falten formulaciones susceptibles de utilizarse para sustentar las conclusiones que aquí se expondrán –casi es ocioso puntualizarlo conocida la madurez alcanzada por la doctrina en el estudio del Estado de las Autonomías–, sino debido a la ventaja que supone contar con el tratamiento completo, detallado y sugerente que ofrece Llorens sobre ciertos asuntos tan íntimamente relacionados entre sí como sólo podrían estarlo diversas manifestaciones de un mismo fenómeno, el de la descentralización política estatal con base en el territorio. Tales calificativos merece su exposición atinente al enorme cuidado con que debe procederse en el acto atributivo de autonomía a las entidades territoriales conformadoras del Estado para no comprometer la integridad de este último; sus consideraciones respecto a los medios instrumentales para prolongar, con posterioridad a dicho instante inicial, ese difícil equilibrio, incluido el de habilitar al Estado para salvaguardar la solidaridad entre sus componentes; así como sus reflexiones acerca del beneficio que representa para la unidad estatal arbitrar mecanismos que faciliten la participación de sus colectividades territo-

2. Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1932 (1ª edición).

riales integrantes en el proceso mediante el cual adopta el Estado sus decisiones, a fin de lograr que la integración de las partes en el todo sea real y efectiva.

### ***1. El papel de la coordinación estatal en las construcciones de Eduardo Llorens sobre la autonomía de la integración política.***

#### **1. Lo sustancial de la integración para Eduardo Llorens.**

Sobre este último asunto versa la primera reflexión de Llorens que interesa traer a colación por cuanto expresa respecto a su idea de Estado integrador. Se alude a las manifestaciones que a propósito de la fórmula “Estado integral”, incorporada al art. 1º de la Constitución de 1931, empleaba inmediatamente a continuación de rechazar que el epíteto de integral fuera de feliz elección para designar la estructura del Estado español<sup>3</sup>. Será entonces cuando analice en su conjunto el precepto que acogía tal expresión para, luego de transcribirlo –“añade el art. 1º que España, Estado integral es compatible con la autonomía de los municipios y regiones”–, calificar de “triumfo innecesario”, esa referencia al Estado integral y de sorprendente su formulación, desde el momento en que, como explicaba, la clase de integración contemplada en la Constitución era “meramente individual con respecto a la declaración de las decisiones del Estado, acto en que se manifiesta por excelencia la integración”, pues los individuos, sostenía, actúan aislados en la colectividad política estatal<sup>4</sup>.

En su opinión hubiera sido menos imperfecta la integración política española de haberse dado “participación legal efectiva en las decisiones a las colectividades integrantes”, en especial a las territoriales. Eso, subrayaba, le habría comunicado “más amplio y sólido fundamento y por tanto mayor estabilidad a la estructura del Estado”. Sin embargo, en su diagnóstico de la situación jurídico-política ésta apelaba a otra realidad. Según afirmaba, la autonomía constitucionalmente atribuida a los municipios y demás colectividades territoriales, así como la eventual de las provincias que finalmente formaran una región, carecía de consecuencias para la estructura política, en tanto que, explicaba, “no concede a las colectividades autónomas facultad de cooperación directa en la gestión del Estado participando como elementos integrantes en la declaración de las nor-

3. Según aclaraba, “si por integral se entiende el resultado de una integración, todo Estado lo es. Si el vocablo encierra alusión a la integridad territorial como parece deducirse del art. 8º (‘El Estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual...’) toda colectividad política la supone. Cfr. *La autonomía de la integración política*. Cit. pág. 99.

4. Cfr. *Idem*.

mas (...)"'. Visto el tenor de tales consideraciones se comprende el de su conclusión al respecto, circunscrita a sostener que "si se incorporaran a la actividad política las colectividades territoriales integrantes, de más inmediata y activa sociabilidad, sería excusable la redundancia del atributo integral en la definición constitucional del Estado español"<sup>5</sup>.

## **2. Respecto al delicado equilibrio entre la unidad del Estado y la autonomía política de las instancias territoriales que lo componen.**

No se olviden las actuales voces que, no sólo desde la doctrina, reclaman cada vez con mayor insistencia, la reforma de la Constitución vigente con el objeto de convertir al Senado en Cámara de representación territorial. Baste con tal recordatorio para significar que las palabras de Llorens no han perdido actualidad. Aunque es otro, conviene insistir en ello, el motivo de su evocación. Obsérvese al respecto cómo de tales afirmaciones apenas logra inferirse, bien que con suma facilidad, qué era para Llorens lo sustancial de la integración. Resulta obvio, pues, que para conocer las restantes vertientes de su pensamiento sobre el particular más arriba anunciadas, se impone consultar otros pasajes de su obra.

Desde luego que no hace falta la intermediación de Llorens para reparar en los muchos y muy diversos intereses que se dan cita en el Estado. Casi tantos, cabe añadir, como individuos lo habitan, dicho sea sin perjuicio de los perseguibles por los diferentes grupos que en su seno satisfacen la propensión a la sociabilidad humana. ¿Cómo ignorar que los habitantes del Estado defienden sus diferentes intereses respectivos?. De sobra es conocido también que el reconocimiento estatal de colectividades políticas presume la vinculación a su existencia de intereses propios y consustanciales a la naturaleza de la colectividad que fuere. Nada se descubre a estas alturas significándolo, ni siquiera señalando que toda descentralización política estatal lleva aparejada la asignación de autonomía a las entidades territoriales beneficiarias para la gestión de sus intereses. Y aunque tampoco se necesita de Llorens para describir el fenómeno resultante, se estima oportuno hacerlo con sus palabras:

“En la estructura de una colectividad política puede considerarse más conveniente y eficaz, en lugar de establecer una centralización o concentración de la gestión de los intereses colectivos, que implica su dirección total e inmediata por un sólo órgano o conjunto de órganos estrictamente coordinados, instaurar o

5. Cfr. Idem, págs. 100 y 101.

conservar una distribución de competencias en virtud de la cual ciertas gestiones quedan a cargo de colectividades políticas integrantes. La distribución de las competencias se realiza, como toda actividad colectiva, con mira a la vez de los intereses de la colectividad global, de las integrantes y de los individuos. La solidaridad que supone el Estado tiene por consecuencia que la distribución de las competencias redunde en beneficio de la integración política total. Los intereses estatales son una síntesis de las colectividades parciales, pero contienen un momento más, el de los intereses de la colectividad estatal, más amplia. De ahí que la satisfacción de los intereses locales sólo puede justificarse si estos son, por lo menos, compatibles con los generales”<sup>6</sup>.

Así pues, adoptaba Llorens como postulado la concurrencia de varios ámbitos de intereses en el seno del Estado. No en balde, rechazaba que pudiera mostrarse la descentralización política de espaldas a esta realidad e ignorar alguna de tales esferas de intereses sin entrar en contradicción con el principio de solidaridad, al que, por juzgarlo rector de toda actuación política estatal, estimaba que había de presidir cualquier proceso tendente a la descentralización, como presumía también que entonces ésta redundaría en beneficio de la integración política total.

Pero obsérvese además que en el planteamiento de Llorens sobre la descentralización política las diversas esferas de intereses convergentes en el Estado, lejos de ser extrañas se imbrican complementándose. De modo que, aun cuando las considerase diferenciables, como hacía, descartaba de plano que no pudieran conciliarse entre sí. Nada tiene, pues, de particular que, sin perjuicio de considerar al Estado y a sus colectividades integrantes comprometidos en la tarea de satisfacer sus respectivos y concretos ámbitos de intereses, juzgase implicadas a una y otra instancia en la defensa de todos ellos. Pero mejor es expresar la proposición con palabras del propio Llorens:

“Es errónea la suposición de que el Estado ha de atender a los intereses generales y las colectividades integrantes a las locales. Las esferas de esos intereses no puede separarse. Si el Estado asume la satisfacción de intereses primarios permanentes, y esta es su única razón de ser, no existen intereses locales que sean ajenos en absoluto a la función del Estado. La defensa de los intereses locales inmediatos implica que así se protegen también lo mejor posible los estatales. Si no fuera así y los intereses parciales no armonizaran entre sí, el reparto

6. Cfr. Idem, pag. 68.

de las competencias anularía la integración coordinada, produciéndose subordinación de los estatales en beneficio de los locales. La distribución de competencias se realiza, pues, tanto en beneficio del Estado como de las colectividades integrantes”<sup>7</sup>.

No se le escapaba, sin embargo, a Llorens que tales ámbitos de intereses pudieran entrar en colisión<sup>8</sup>. Contaba, desde luego, con que, de ordinario, se produciría una síntesis espontánea de los intereses en presencia, aunque sin excluir, por eso, que fuera necesario inducirlos, si no imponerlos gracias, en tal caso, a la acción del Estado, como cabía esperar que propusiera considerando la posición de supremacía sobre sus colectividades integrantes que le asignaba, consecuentemente con la naturaleza de las funciones que le encomendaba desempeñar.

En efecto, para Llorens la posición política de las colectividades integrantes de otra más amplia estaba condicionada “por el primado de los intereses primordiales comunes asumidos por el Estado”, a éstos, señalaba que había de coordinarse necesariamente la actividad de los individuos y de los grupos. Según sus propias palabras, “la primacía del Estado se basa en el hecho que, asumiendo aquél intereses fundamentales de cuya defensa depende la estabilidad, seguridad y continuidad de las colectividades integrantes (...), garantiza a todas las colectividades la permanencia de condiciones previas vitales”<sup>9</sup>.

Todavía volverá Llorens sobre este asunto de la distinta calidad atribuible a los intereses que, en su opinión, habían de satisfacer, respectivamente, el Estado y sus colectividades integrantes, para enriquecerla extrayendo una conclusión de cuanto había dicho. De modo que completaba sus consideraciones hasta aquí descritas con el siguiente aserto:

“Sin duda tienen los órganos de cada colectividad, autodeterminante o autónoma, una esfera propia, pero el Estado la tiene en razón de los intereses generales primordiales que defiende y las demás colectividades en razón de los que les incumben, coordinados necesariamente con aquellos. En caso de conflicto

7. Cfr. Idem, pag. 70.

8. “En las relaciones de las colectividades integrantes de un Estado entre sí y con la totalidad de la integración política se presentan problemas análogos a los que suscita la convivencia de los individuos en las varias colectividades; su solución tropieza con dificultades semejantes y es difícil llegar a una síntesis razonable de los diversos intereses individuales y colectivos. La integración política presenta los mismos factores de necesidad y voluntad que observamos en todos los fenómenos sociales de integración”. Cfr. Idem, pag. 131.

9. Cfr. Idem, pag. 133.

aparente o de tentativas de inordinación –de subordinación efectiva–, los intereses generales y comunes han de prevalecer sobre los intereses inordinados parciales y particulares”<sup>10</sup>.

### **3. La necesidad de la coordinación estatal en la descentralización.**

En resumidas cuentas, entendía Llorens que la descentralización política con base en el territorio devendría inviable de no mediar lo que denominaba la “coordinación necesaria” o “indispensable”, y definía como “la base de la estabilidad y continuidad de la integración política”<sup>11</sup>, para, en definitiva, apelar con la expresión a la “síntesis de los intereses comunes o generales y de los particulares o parciales”<sup>12</sup>. Como ha podido adelantarse confiaba en que esa coordinación se produjera de manera natural o espontánea. Harto significativo a este propósito es su aserto en el que manifestaba ser consustancial a la autonomía un cierto grado de coordinación voluntaria que sostuviera y diese vida a los principios de la Constitución<sup>13</sup>. Mostrándose no menos elocuente al respecto la reflexión, complementaria de la anterior y por eso mismo merecedora de destacarse, por la cual sostenía que “en el régimen autonómico se reconoce la coordinación voluntaria de las colectividades integrantes como momento fundamental de la integración”<sup>14</sup>.

Ahora bien, recuérdese que Llorens no excluía que pudieran darse situaciones caracterizadas por la insuficiencia o la ausencia de coordinación voluntaria; las cuales, con arreglo a su planteamiento, necesariamente habrían de generar conflictos entre las diversas categorías de intereses cuya presencia detectaba en el seno del Estado. No se pase por alto el tenor de su juicio relativo a la prelación entre los mismos, ni qué pauta de conducta proponía seguir entonces para solventar tales conflictos. Recuérdese, en definitiva, que para el citado autor, “en caso de conflicto aparente o de tentativa de inordinación –de subordinación efectiva–, los intereses generales y comunes han de prevalecer sobre los intereses inordinados parciales y particulares”.

10. Cfr. Idem, págs. 152 y 153.

11. Cfr. Idem, pag. 147.

12. Cfr. Idem, pag. 150.

13. La explicación que, a renglón seguido de dicho juicio, ofrecía sobre el mismo resulta incontrovertible: “si las Constituciones hubieran de redactarse en previsión de todos los conflictos que la imaginación pueda concebir entre las colectividades integrantes y entre los órganos del Estado, las trabas que resultarían para la actividad colectiva imposibilitarían toda actuación. En todos los regímenes políticos existe un mínimo de libertad de apreciación de la congruencia; todos se basan, en último término, en la coordinación voluntaria”. Cfr. Idem. pag. 82.

14. Cfr. Idem.

Casi es ocioso añadir que dicho planteamiento no ignoraba la necesidad de instrumentar medios que, en defecto de coordinación voluntaria, permitiesen al Estado restaurar o, en expresión de Llorens, “restablecer la coordinación perturbada”<sup>15</sup>. No en balde, dedicaba dicho autor un capítulo completo de su obra, el undécimo, al análisis de este asunto, asignándole allí al Tribunal de Garantías Constitucionales un papel protagonista en la realización de esta tarea. Si bien, su tratamiento de la prevalencia proporciona razones fundadas para sostener que no fiaba al citado órgano el completo éxito de tal empresa; a cuyo efecto esperaba también que otros órganos estatales participasen en esa labor restauradora.

Considérese al respecto que entre sus consideraciones dedicadas a la clase de prevalencia consagrada en el art. 21 de la Constitución de 1931, afirmaba ser expresión suya la facultad atribuida por el art. 19 de esa Constitución al Congreso de los Diputados para fijar las bases a que habrían de “ajustarse las disposiciones legislativas de las regiones autónomas, cuando así lo exigiera la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República”. Luego se volverá sobre tan sugerente reflexión de Llorens. Por el momento interesa más destacar la afirmación que añadía inmediatamente a continuación de la misma para completarla y en virtud de la cual sostenía: “Queda así salvaguardado, en principio, el factor solidaridad por la coordinación necesaria en la integración política”<sup>16</sup>. Pues, a la vista de dicha manifestación, no parece que se traicione el pensamiento de Llorens si se entiende que en él, abstracción hecha de qué significado y hasta de qué alcance le atribuyera, concebía a la prevalencia como una modalidad de la coordinación necesaria en la integración política, esto es, ligada a la defensa estatal de los intereses generales, y, por consiguiente, de la solidaridad.

Tal vez ahora quede más claro por qué se acude a las reflexiones de Llorens. Por lo sugestivas que resultan. En particular cuando discurren sobre la prevalencia. Tanto que animan a emprender el estudio relativo a la versión de la misma consignada en la Constitución de 1978 desde la óptica de los postulados que tales especulaciones encierran. Quiere decirse con ello que en estas páginas se juzga a esa prevalencia como una manifestación de la tarea que desempeña el Estado cada vez que en la integración política de la autonomía persigue el objetivo de la coordinación y ese proceder suyo contribuye a evidenciar la vertiente de su relación con las Comunidades Autónomas en que ambas instancias se

15. Cfr. Idem, pág. 238.

16. Cfr. Idem, pág. 187.

muestran en equilibrio. Tan sugerentes se estiman las aportaciones de Llorens que las relativas a este último asunto recuerdan incluso, obsérvese bien, ese aspecto del Estado de las Autonomías quizá hoy día algo preterido por la doctrina en favor de su contrapunto, pues no es poco el interés pasado y presente por determinar cuanto puede dar de sí la dimensión descentralizadora del mismo.

Sin embargo, además de las recién expresadas reflexiones de Llorens sobre la prevalencia, merece destacarse que la consideraba llamada a operar en el terreno de las competencias concurrentes. No es descabellado suponer que, también cuando compuso dicho autor su obra, el asunto relativo al ámbito de aplicación de la cláusula revestía la misma trascendental importancia que hoy día, considerando que sólo su esclarecimiento deja la vía expedita a la elucidación de cómo actúa. De ahí el atractivo de la formulación que ahora se comenta, pues no sólo sugiere el orden con que proceder en el estudio de la prevalencia, sino que incluye una respuesta para la primera cuestión que con tal motivo se suscita.

La duda es si dicho planteamiento doctrinal se muestra de utilidad para el análisis del mismo asunto por dilucidar en relación con la prevalencia que contempla la Constitución de 1978. No se pase por alto lo imprudente que sería aceptar, sin la debida comprobación, si las categorías empleadas por Llorens son equiparables a las resultantes del reparto competencial, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, autorizado por la Constitución vigente. Ni se pierda de vista lo extenuante que resultaría el esfuerzo de verificar tal extremo, para, de alcanzar una conclusión afirmativa, intentar luego establecer equivalencias rigurosas entre los conceptos que maneja Llorens y los utilizados por la doctrina desde que se publicó la Constitución de 1978. Eso si no concluye por revelarse una tarea estéril de comprobarse que no son equiparables.

Para empezar, no parece que Llorens distinguiese conceptualmente entre competencias concurrentes y compartidas. No se advierte que utilizara esta última expresión en su obra, ni tan siquiera al tratar de la facultad atribuida al Estado por el art. 19 de la Constitución de 1931 para fijar las bases a que habrían de adaptar sus respectivas leyes las regiones. Sin perjuicio de lo cual, obsérvese que su planteamiento evoca la categoría, con que en la actualidad operan la doctrina y la jurisprudencia, de las competencias compartidas<sup>17</sup>, e incluso invita a formular la pregunta de si no podría ser la compartición competencial el lugar en que debiera desplegar sus efectos la prevalencia. Conviene subrayarlo porque todo

17. Tanto da que esa competencia atribuida al Estado por el art. 19 de la Constitución de 1931 se entienda equivalente a la que asigna la Constitución de 1978 al Estado para definir las bases sobre deter-

ello acrecienta la duda más arriba enunciada, pues tanto podría estar refiriéndose Llorens a las competencias compartidas como a las concurrentes. No obstante lo sugestivo que, por eso mismo, resulta su planteamiento, teniendo en cuenta la discusión que hoy mantiene la doctrina respecto al tipo de contiendas competenciales, trabadas entre el Estado y una Comunidad Autónoma, que está llamada a resolver la prevalencia, si las suscitadas en el terreno de las competencias concurrentes o las surgidas en el ámbito de las compartidas.

## *II. Aclaraciones previas*

### **1. Algunas precisiones conceptuales.**

Pero conviene obrar con orden. De modo que, antes de proseguir y adentrarse en el estudio de la prevalencia contemplada por la Constitución de 1978 en su art. 149.3, interesa aclarar cada uno de los conceptos que vienen utilizándose y aun otros todavía no mencionados pero que, de forma instrumental, cuando no inmediata, serán tan útiles como los primeros para progresar con comodidad en la exposición que se le dedique al citado objeto de estudio. El objetivo, dicho sea en otros términos, es dotarlos de significados precisos a fin de evitar equívocos. Pues, por más que la abundante literatura jurídica existente sobre el Estado de las Autonomías propicie el consenso doctrinal en torno a cualquiera de sus extremos, incluido el de la significación de los conceptos referidos, y aunque pudiera entenderse que a su respecto media tal consenso, aconseja la prudencia, para soslayar controversias innecesarias, renunciar a los sobreentendidos.

#### *1.1. La noción de competencia.*

De acuerdo con el propósito anunciado interesa comenzar señalando que por competencia se entiende aquí tanto como la facultad del Estado o de las Comunidades Autónomas para ejercitar sobre una determinada materia potestades o funciones públicas. Desde luego que cabe reprocharle a dicha definición que, precisamente por su carácter descriptivo, resulte incompleta y no logre ofrecer una imagen acabada del objeto definido. Pero eso no la invalida, ni la descalifica más que a otras definiciones si se conviene en que cumple, cuando menos, la función de permitir aproximarse al mismo. Todo lo más obliga a realizar un esfuerzo suplementario, superador de esa fase inicial, dirigido a subsanar las

minadas materias; o que, alternativamente –y en razón de la condición impuesta por la Constitución de 1931 para la adopción de aquellas leyes, “cuando así lo exigiera la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República–, se juzgue equiparable a la competencia que la Constitución vigente atribuye al Estado para dictar leyes de armonización.

posibles carencias que se observen luego de tal aproximación. A cuyo efecto se juzga apropiado profundizar en el análisis de los elementos empleados para construir la mencionada noción de competencia.

#### 1.1.1. El concepto de materia.

Alude el primero de ellos al sector de la realidad social invocado por el bloque de la constitucionalidad como sustrato de la correspondiente acción estatal o autonómica. El cual admite descomponerse, a su vez, en dos elementos constitutivos, a los que, siguiendo la terminología propuesta por Viver Pi-Sunyer, se denominarán el objeto material y el contenido material<sup>18</sup>.

##### 1.1.1.1. El objeto material.

El objeto material es el que, en rigor, apela al sector de la realidad llamado a convertirse por el bloque de la constitucionalidad en el objeto de la potestad o función pública también allí definida. De ahí lo adaptable de su fisonomía a las circunstancias, coyunturas o situaciones, ciertamente variadas, que designa. Tales como bienes (minas, montes, aguas, carreteras, puertos), instituciones o entidades de índole económica, cultural o recreativa (ferias, bibliotecas, mercados, prensa), institutos jurídicos (expropiación forzosa, fuentes del Derecho), actividades públicas o privadas (comercio exterior, agricultura, caza, pesca, relaciones internacionales, urbanismo) o actividades definidas de modo finalista o directivo (fomento de la investigación científica, protección del medio ambiente, defensa del patrimonio cultural)<sup>19</sup>

##### 1.1.1.2. El contenido material.

El segundo elemento constitutivo de la materia es, como se adelantaba, el contenido material. Define siempre el tipo de actividad que los poderes públicos pueden desplegar en torno al sector de la realidad identificado por el objeto material. A título puramente ejemplificativo puede tratarse de una actividad de programación, de planificación, de ordenación, de vigilancia, de inspección, de control, de sanción, de exacción, de subvención, de registro, de autorización, de certificación, etc<sup>20</sup>.

Desde un punto de vista analítico es posible descomponer el concepto de contenido material en dos factores: la forma de actuación específica y el fin inhe-

18. Cfr. *Materia competencias y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1989.

19. Cfr. *Idem.* pág. 27.

20. Cfr. *Idem.*

rente a la misma<sup>21</sup>. Lo cual permite destacar el carácter en cierto modo bifronte de algunas actividades públicas, como les sucede, por ejemplo, a las tareas planificadoras que, a un tiempo, persiguen la protección de un determinado objeto material, según autoriza sostener el tratamiento que el art. 149.1.23 de la Constitución concede a la competencia estatal sobre medio ambiente.

#### 1.1.2. Las potestades públicas ejercitables en el terreno de lo competencial.

En modo alguno debe confundirse este contenido material con el segundo elemento constitutivo de la competencia, esto es, con las potestades o funciones públicas, que, por llamadas a ejercitarse, según se adelantaba, sobre la materia, actuarán también sobre ese componente de la misma que es el contenido material. Ninguna de cuyas manifestaciones, dicho sea de otro modo, es impermeable al despliegue por el Estado, las Comunidades Autónomas o ambas instancias a la vez, de potestades públicas. Expresión esta última con la que, casi es ocioso precisarlo, quiere hacerse referencia a las tareas tradicionalmente consideradas propias del Estado en tanto que fenómeno asentado sobre la base de la clásica división tripartita de los poderes, esto es, a las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

A los efectos que aquí se persiguen, carece de importancia cuanto concierne a la potestad jurisdiccional, desde el momento en que, como es sabido, ha sido excluida del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sin merma, cabe añadir, para la descentralización política operada por efecto de la Constitución, dada la naturaleza de la labor que ésta encomienda realizar a Jueces y Magistrados convocándolos a ejercer ese poder neutro del que hablaba Montesquieu cuando les asignaba la tarea de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, y al que apela el art. 117.1 de la Constitución cuando les recuerda su exclusivo sometimiento al imperio de la ley. Cuestión distinta son las potestades públicas de legislación y de ejecución que, a diferencia de la jurisdiccional, sí contribuyen a definir el concepto de competencia inherente a esa descentralización auspiciada por la Constitución de 1978, y que, por consiguiente, sólo pueden pasarse por alto renunciando a conocer los concretos términos del reparto competencial.

#### *1.2. Aproximación a las situaciones competenciales generadas por la descentralización política.*

Pero, cuando importa dilucidar, como aquí sucede, cual es el ámbito de actuación de la prevalencia o, lo que es lo mismo, qué supuestos de colisión compe-

21. Cfr. Idem, pág. 38 a 41.

tencial suscitables entre el Estado y las Comunidades Autónomas reclaman ser resueltos por medio de dicha cláusula, resulta ineludible averiguar antes si el caudal de facultades ejercitable por el Estado o la Comunidad Autónoma que fuere, en cada materia relacionada en el bloque o bloques de constitucionalidad, se nutre de la potestad legislativa, de la ejecutiva o de ambas. El objetivo inmediato es, pues, aprehender en plenitud un fenómeno ciertamente complejo, dado que a la variedad de situaciones resultantes del eventual ejercicio, por dos instancias distintas, de cada una de las potestades públicas citadas, en los diferentes ámbitos materiales, ha de sumársele que el reparto competencial espera a veces que la función legislativa adquiera dos modalidades diversas de manifestarse. Aunque la complejidad del sistema no llega a ser tanta que disuada de intentar describírselo siquiera sea mediante el siguiente esquema resumen de situaciones.

1) Para empezar, muy bien pudiera suceder que la Constitución reserve al Estado.

- a) El ejercicio de las funciones legislativas y ejecutivas respecto de una determinada materia.
- b) La facultad de establecer las bases a que habrán de ajustar las Comunidades Autónomas su legislación sobre una determinada materia.
- c) La potestad para legislar en torno a una materia definida.

2) Mientras que, por su parte, pueden haber asumido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos.

- a) El ejercicio de las funciones legislativas y ejecutivas respecto de una determinada materia.
- b) La facultad de efectuar el desarrollo legislativo y la ejecución de las bases adoptadas por el Estado.
- c) La potestad para proceder a la ejecución de la legislación estatal.

## **2. Respecto de las cautelas con que ha de emplearse la cláusula de prevalencia y sus consecuencias.**

En cuanto a la cláusula de prevalencia conviene insistir en que es considerada aquí una modalidad de la función que en todo Estado, cualquiera que sea su forma, desempeña éste con miras a obtener la coordinación de los diversos intereses que allí se dan cita. En este sentido, la Constitución de 1978 encomienda al Estado la gestión de los intereses generales y, consecuentemente con ello, contempla toda una batería de medidas para que, de manera preventiva o reparadora, pueda coordinar aquellos con los intereses particulares de cada Comunidad

Autónoma, objetivados unos y otros en el reparto competencial. Adviértanse, sin ir más lejos, las reiteradas ocasiones en que, a lo largo de su art. 149.1, emplaza la Constitución al Estado para que coordine las potestades ejercitables por las Comunidades Autónomas en una concreta materia. Sin perjuicio de lo cual, ha de estimarse que desempeña también el Estado una función coordinadora, tantas veces, por ejemplo, como hace uso de su habilitación para fijar las bases a las que han de ajustar las Comunidades Autónomas su legislación de desarrollo, o para legislar, cuando compete a los entes autonómicos la ejecución de esa legislación estatal, así como para adoptar las leyes de delegación, transferencia o delegación.

Es bien sabido, además, que en todo Estado compuesto se generan tensiones entre el centro y los diversos entes políticamente descentralizados que reconoce aquél en su seno, de las que pueden surgir contiendas abiertamente declaradas entre la instancia central y las periféricas. Tampoco se descubre nada significando que es en ese sustrato conflictual en donde está llamada a operar la prevalencia, porque así lo dice la Constitución. No obstante convocar también ésta al Tribunal Constitucional para que ponga fin a tales disputas o controversias.

Los expresados datos son harto conocidos. Pero, precisamente por eso, interesaba su recordatorio, porque facilita el enunciado de la premisa que aquí se adopta como punto de partida en el estudio de la prevalencia. En resumidas cuentas, parece que la Constitución no demanda del Tribunal que aplique la cláusula en cuantas ocasiones deba dirimir una controversia competencial, sino que espera de él otra cosa. En concreto que restablezca el orden constitucional de competencias y haga uso de la prevalencia sólo cuando se avenga ésta a desempeñar esa función restauradora de aquél orden y no se muestre incompatible con la lógica del mismo. Lo cual exige del Tribunal que indague sobre el significado y alcance de las disposiciones integrantes del orden constitucional de competencias, puestas en relación con el caso concreto que se le somete a su consideración, esto es, que efectúe la tarea concretizadora de que habla Konrad Hesse, antes de usar la cláusula de prevalencia. De otro modo no podría comprobar si su empleo es inconciliable con el orden constitucional de competencias, ni descartarlo de revelarse contrario.

Pero obsérvese bien que, obrando de esa forma, viéndose obligado el Tribunal a desentrañar, en cada caso, el significado y alcance de las reglas que definen el orden constitucional de competencias, como habitualmente hace, por cierto, sirviéndose de los métodos comúnmente aceptados para interpretar la

Constitución, es muy posible que encuentre solución para la controversia que le ocupa y se revele entonces innecesario el empleo de dicha cláusula. Basta para ello con que dichas técnicas interpretativas le permitan identificar al titular de la competencia disputada. Con eso podría restaurar el Tribunal, de encontrarlo vulnerado, el orden constitucional de competencias y reponer lo suyo al Estado o a la Comunidad Autónoma que fuere, librándoles de trabas para el desempeño de las tareas que éste les encomienda, incluida la defensa de los intereses generales o particulares que son inherentes al ejercicio de esas tareas, y que define aquél en forma de competencias. De ahí que se proponga el empleo de la prevalencia sólo en defecto de otros medios utilizables para reparar el orden constitucional de competencias vulnerado.

### **3. Tipología de disputas competenciales suscitables entre el Estado y las Comunidades Autónomas.**

#### *3.1. Los supuestos de convergencia competencial.*

Antes de proseguir, conviene volver sobre el inventario de situaciones generadas por la descentralización política, sucintamente descritas más arriba, para precisar que no desempeñan aquí sino la función instrumental de permitir una aproximación a los supuestos en que pueden colisionar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. En otros términos, se pretende acudir a tales situaciones paradigmáticas del reparto competencial para construir, por referencia a las mismas, un catálogo completo de supuestos identificables como disputa competencial.

Quiere decirse que, cuando menos por el momento, no se pasará por alto ninguna eventualidad, ni siquiera aquella en que la colisión pueda traer causa del ejercicio por el Estado o una Comunidad Autónoma de una competencia exclusiva, porque sean titulares de todas las funciones públicas desplegadas sobre una concreta materia, esto es, de la legislativa y de la ejecutiva, de modo que no consienta dicha competencia participación alguna en ese determinado ámbito de la otra instancia. Pues, incluso entonces puede asistirse a la situación, de interés para el presente análisis, generada porque ambos entes aspiren a desplegar sobre un mismo sector de la realidad competencias diferentes, en tanto que definidas por ámbitos materiales distintos. A cuyo propósito interesa precisar que no se hace referencia al fenómeno resultante de contemplar en su interacción la pretensión del actor y la oposición a la misma del demandante, esto es, a la cuestión litigiosa propia de los procesos constitucionales previstos para la solución de las controversias competenciales que enfrenten al Estado con las Comunidades Autónomas.

En definitiva, aun cuando le cuadre a la cuestión litigiosa la descripción fenoménica recién efectuada, en la situación a que ahora se alude –por más que pueda manifestarse en forma de controversia competencial y derivar en cuestión litigiosa– concluye por mostrarse soslayable la disputa si, como todo parece indicar y se verá luego con detenimiento, autoriza el ordenamiento al Estado y a las Comunidades Autónomas para que desplieguen sus competencias respectivas sobre un mismo objeto. De tal modo que de sustanciarse ante el Tribunal Constitucional una controversia competencial a su propósito entre dichas instancias, ambas pueden esperar que prosperen sus respectivas pretensiones.

### *3.2. Las surgidas de la compartición competencial.*

Pero interesa volver sobre el cuadro de situaciones más arriba expuesto para subrayar que, obsérvese bien, consiente hablar de dos posibles fenómenos de confluencia competencial, tan íntimamente conectados como es de esperar que lo estén las dos únicas especies de un mismo género, el de las competencias compartidas. Con lo que eso representa de ventaja en orden a conceptuar esta última categoría, pues teniendo en cuenta que la descripción de ambos fenómenos conlleva la del universo que componen, se adoptará esta fórmula para aclarar qué se entiende aquí por competencias compartidas. Eso obliga a precisar que en el primero de los casos anunciados cuenta el Estado con habilitación para fijar las bases sobre un determinado ámbito material y las Comunidades Autónomas para proceder al desarrollo legislativo y la ejecución de tales bases. Mientras que en el segundo caso le corresponde al Estado la facultad de legislar sobre una materia definida y ostentan las Comunidades Autónomas la de ejecutar esa legislación. Se trata, pues, de competencias estatales y autonómicas imbricadas, cuya única diferencia estriba en la diversa naturaleza de las potestades públicas ejercitables sobre un mismo sector de la realidad.

### *3.3. De los casos de concurrencia competencial a la pseudo concurrencia derivada del ejercicio por el Estado de competencias genéricas.*

Pero, quizá la realidad sea más rica de lo que puedan informar a su respecto los datos mencionados hasta ahora. Quiere decirse con ello, en primer lugar, que para expresar la idea que aquí se alberga de competencia concurrente se juzga el mejor medio acudir al dictado del art. 149.2 de la Constitución, hasta el momento omitido. Según el cual, recuérdese, “sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas”.

El propósito ahora es subrayar que, aun cuando dicho artículo no reserve al Estado la competencia exclusiva en materia de cultura, admite interpretarse favorablemente a un posible despliegue por el mismo de potestades legislativas y ejecutivas en dicho ámbito. Sin que eso impida a las Comunidades Autónomas –antes bien lo facilita el precepto– pertrecharse de ambas facultades en ese terreno. Como en la práctica han hecho todas asumiendo en sus respectivos Estatutos, según se verá más adelante, competencia exclusiva sobre el particular. De donde se sigue que a la regulación estatal de un determinado aspecto cultural puede sucederle otra autonómica, y, a la inversa, para asistirse entonces a una situación de concurrencia competencial que el Derecho debe ocuparse de solventar.

Distinta de todas las situaciones hasta ahora analizadas y, por tanto, también de la concurrencia competencial, interesa subrayarlo, es la que se produce cuando interaccionan una competencia del Estado de las llamadas genéricas u horizontales con otra autonómica catalogable bajo su radio de acción. Pues conviene precisar que con tales expresiones apela el Tribunal, como indica Viver Pi-Sunyer, a la modalidad de competencia estatal que “bien sea por su generalidad, bien por el hecho de referirse a actividades definidas finalistamente por el Bloque de la Constitucionalidad, o bien por tener por objeto determinadas disciplinas jurídicas, pueden penetrar en aspectos concretos de ámbitos globalmente atribuidos a las Comunidades Autónomas por referencia, normalmente, a actividades definidas objetivamente”<sup>22</sup>.

Este sería el caso de las competencias exclusivas que la Constitución reserva al Estado en las materias, por ejemplo, de “relaciones internacionales” (art. 149.1.3), “comercio exterior” (art. 149.1.10), “planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13), o “medio ambiente” (art. 149.1.23). De cuya interacción con competencias autonómicas colaterales, o “afines y colindantes”, en expresión del Tribunal, surge, pues, una relación a todas luces distinta de la que guardan entre sí las competencias concurrentes del Estado y las Comunidades Autónomas. Aun cuando en alguna ocasión haya estimado el Tribunal que una de esas competencias estatales genéricas u horizontales engloba a esas otras autonómicas afines o colindantes con ella, al anudar aquél a su juicio sobre la relación competencial descrita la consecuencia de reconocerle a la competencia estatal considerada la propiedad, se ha dicho ya, de penetrar en aspectos concretos de la competencia autonómica concernida.

22. Cfr. *Idem*, pág. 83.

Este tratamiento recibieron en la STC 102/1995 la competencia estatal sobre medio ambiente, de un lado, y las competencias esgrimidas por las Comunidades Autónomas litigantes con el Estado en el proceso resuelto por ella, en las materias de “espacios naturales”, “zonas de montaña”, “marismas y lagunas”, “ecología”, “ecosistemas donde se desarrolle la caza y la pesca” y el “entorno natural”, de otro. No en balde, establecía el Tribunal entre aquella y éstas la clase de relación descrita, según alentaba a pensar el que, significativamente, calificase allí a las autonómicas de “afines y colindantes con el medio ambiente”<sup>23</sup>, y confirmaba el que las juzgara a todas ellas partes integrantes del medio ambiente<sup>24</sup>. Sin perjuicio de lo cual tan sólo extraía el Tribunal de todo ello la conclusión de entender que el medio ambiente daba lugar a unas competencias estatales y autonómicas de orden “metafóricamente transversal por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias”<sup>25</sup>, siempre y cuando, precisaba, tales materias tengan por objeto elementos integrantes del medio<sup>26</sup> o ciertas actividades humanas sobre ellos<sup>27</sup>.

Nada tiene, pues, de particular la consecuencia práctica que el Tribunal anudaba a dicho planteamiento, consistente en asignar a la competencia estatal sobre medio ambiente la cualidad de converger o concurrir “poliédricamente con otras muchas autonómicas sobre ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aguas, y caza y pesca”<sup>28</sup>. De modo que, según añadía, “un sólo título competencial incide en muchos otros muy variados y percute en ellos”, sin dejar de expresar al tiempo su rechazo a estimar que esa incidencia permitiese “al socaire de una protección del medio ambiente más aparente que real, la merma de las competencias autonómicas exclusivas y su invasión más allá de lo básico”<sup>29</sup>.

#### *3.4. De las controversias en torno a las competencias vacantes.*

Todavía cabe identificar un supuesto más de relación competencial susceptible de albergar una situación de conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cuyo análisis interesa abordar desde la premisa de un universo competencial cerrado formalmente, tras las últimas reformas que conozcan la

23. Cfr. STC 102/1995, F. J. 3°.

24. Cfr. Idem.

25. Cfr. Idem.

26. A propósito de las cuales citaba las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, y los minerales. Idem.

27. Deteniéndose a mencionar en tal sentido la agricultura, la industria, la minería, el urbanismo y los transportes. Idem.

28. Cfr. STC 102/1995, F.J. 7°.

29. Cfr. Idem.

Constitución y los Estatutos, aunque abierto a la posible revisión de una y otros. Enseguida se explicará por qué se atribuyen tales características a la globalidad de sectores de realidad acotados constitucional y estatutariamente para servir de sustratos a la acción normativa de los poderes públicos estatales y autonómicos.

Antes conviene precisar que se hace referencia a las situaciones de competencias vacantes y aclarar que no se entiende por tales el resultado de un proceder autonómico comedido en el uso del principio dispositivo. Porque, en su virtud, no agote una Comunidad Autónoma las posibilidades que la Constitución le brinda en cuanto al avituallamiento competencial sustentador de su autonomía. De modo que evite asumir alguna de las potestades que, con relación a cada materia de las mencionadas en los artículos 148.1 y 149.1 de la Constitución, esta ponga a su disposición. Cuando no prescinda esa Comunidad Autónoma de todas las potestades que la Constitución le permite ejercer en un concreto ámbito. Téngase en cuenta que en tal caso juega la cláusula residual del art. 149.3 de la Constitución en favor del Estado y que, por lo tanto, cualquier intento de actuación en ese terreno por parte de la Comunidad Autónoma en cuestión devendría contrario al orden constitucional de competencias.

Se juzgan competencias vacantes las que en ningún caso podrían estimarse de titularidad estatal, debido a la ausencia de reserva constitucional expresa en ese sentido y a la imposibilidad de invocar el Estado la cláusula residual del art. 149.3 de la Constitución, por silenciar los Estatutos de Autonomía toda referencia a las mismas, con el efecto subsiguiente de impedir asimismo a las Comunidades Autónomas esgrimirlas como propias. Sin perjuicio de lo cual admite o puede admitir el Derecho que se den tales competencias vacantes porque acepte la existencia de sustratos materiales con los que construirlas. Esto es, de sectores de realidad constitucionalmente silenciados y, sin embargo, susceptibles de reconocimiento como factores llamados a sustentar la acción de los poderes públicos.

Repárese a este propósito en los sectores de realidad no citados de modo expreso en los artículos 148.1 y 149.1 de la Constitución como materias competenciales y que incorporan, no obstante, algunas Comunidades Autónomas en sus Estatutos para erigirlas, precisamente, en ámbitos materiales por eso mismo destinados a convertirse en soportes fácticos de las potestades públicas que además asumen a su respecto. Tal es el caso de algunas materias culturales, las denominaciones de origen, la seguridad industrial, los vertidos industriales o contaminantes, los montes y aprovechamientos forestales y los espacios naturales.

He aquí un indicio favorable a la posibilidad de individualizar otros sectores de realidad, distintos de los comprendidos en la enumeración constitucional de materias competenciales, idóneos para su incorporación como tales materias a los Estatutos de Autonomía, pero que, con las salvedades citadas, han ignorado los legisladores estatuyentes, guardando silencio sobre tales parcelas del mundo real por individualizar. Respecto de las cuales interesa insistir que sólo se mostrarán en condiciones de recibir la consideración de ámbitos materiales susceptibles de conformar competencias vacantes si así son aceptados por el mundo del Derecho.

A ese reconocimiento jurídico muy bien podría asistirse, en primer lugar, porque, aun estimando que la parcela de realidad en cuestión admite englobarse en una materia del universo competencial definido, como se decía, por la Constitución y los Estatutos, vaya generándose paulatinamente en la conciencia social la idea –propiciada quizá por su tratamiento individualizado como objeto de una acción normativa preconstitucional–, en cuya virtud, ese fragmento de realidad se muestra dotado de la entidad suficiente como para estimarlo merecedor de reconocimiento autónomo e independiente como materia, desgajable, por tanto, de aquella más amplia inicialmente considerada, sin merma para su integridad.

Alienta a pensar y hasta sugiere que una segregación material como la descrita es posible la actitud del Tribunal Constitucional ante la consignación en algunos Estatutos de ciertas materias competenciales no mencionadas en la Constitución. De ella es harto elocuente su manifestación al respecto de la STC 102/1995, en donde, tras descomponer en elementos la idea de medio ambiente y calificar de unitaria su configuración, admitía que “los Estatutos de Autonomía desgajen de esta materia como título competencial específico y con carácter exclusivo alguno de tales elementos o incluso modalidades de ellos”<sup>30</sup>.

Aunque el Tribunal ha ido en este punto todavía más lejos al entender, según todo indica, la autorización concedida a las Comunidades Autónomas por el art. 149.3 de la Constitución, para que asuman competencias en las materias no atribuidas en su virtud al Estado, del modo que permitía el art. 16 de la Constitución de 1931. Por más que la Constitución vigente pueda estar refiriéndose inmediatamente a las listas de sus artículos 148.1 y 149.1. Pues, en efecto, cabe una interpretación de la disposición ahora analizada en el sentido de la que consen-

30. Cfr. STC 102/1995, F.J. 3º.

tía ese art. 16 de la Constitución de 1931, si es que invitaba a las regiones autónomas a que buscasen sectores de realidad, distintos de los definidos en ella –como ámbitos materiales destinados a conformar las competencias privativas del Estado o a convertirse en objeto de las potestades legislativa estatal y ejecutiva regional–, para adoptarlos como sustratos de su legislación exclusiva y ejecución directa. Considérese si no al respecto la actitud favorable del Tribunal a estimar que los Estatutos contemplen sectores de realidad no citados en la Constitución al objeto de desplegar en ellos las potestades o funciones que fueren, según se desprende de las declaraciones que dedicó a este asunto en la STC 112/1995:

“Es también sabido que ni en la lista del art. 148.1, ni en la lista del art. 149.1 CE se mencionan las denominaciones de origen como materia, por lo que ha de entenderse que juega la cláusula residual del art. 149.3 de la misma Norma Fundamental y que, en su virtud, las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución corresponden a las Comunidades Autónomas que las asuman en sus respectivos Estatutos (...)”<sup>31</sup>.

Otra cosa es que la jurisprudencia constitucional no sea concluyente en orden al entendimiento de esas materias desgajables de las que mencionen la Constitución y los Estatutos, dotadas de autonomía e independencia. Aun cuando algo ayuden en este sentido, es verdad, las incontables veces en que ha procedido al encuadramiento material de la disposición resolución o acto, estatales o autonómicos, cuestionados ante su jurisdicción, por supuestamente vulneradores del orden constitucional de competencias; de igual modo que cuando, con bastante menos frecuencia, en lugar de emplear esta técnica, ha entendido que tanto el Estado como la Comunidad Autónoma, enfrentada con él en el proceso que resuelve, están habilitados para ejercer simultáneamente sus respectivas competencias en liza sobre un mismo objeto, normalmente un espacio físico, según se adelantaba y se verá luego con más detalle.

No se olvide, sin embargo, que, no obstante la afirmación más arriba transcrita de la STC 102/1995, aceptando tal desgaje, concluía por admitir el Tribunal, en ese mismo pronunciamiento, que a la competencia estatal sobre medio ambiente le era dado incidir en esos títulos competenciales autonómicos específicos y de carácter exclusivo a que se refería, y a los que denominaba, se ha dicho ya, afines y colindantes con el de medio ambiente<sup>32</sup>.

31. Cfr. STC 112/1995, F.J. 2º, y en el mismo sentido la STC 16/1996, referida a la competencia sobre industria asumida por la Generalidad de Cataluña en su Estatuto de Autonomía.

32. Cfr. STC 102/1995, F.J. 3º.

De ahí que, siguiendo el consejo de la prudencia, venga sosteniéndose la idea, más arriba adoptada como premisa, de entender compuesto el universo competencial por tantos fragmentos de realidad como definiciones constitucionales y estatutarias existen de materias competenciales.

Puede entenderse, desde luego, que esos posibles ámbitos materiales conformadores del universo competencial se circunscriben a los reseñados en la Constitución. De manera que aquellos cuya mención es exclusivamente estatutaria sólo existirían gracias o a expensas de los primeros, como una especie de prolongación o apéndice de los mismos. Según autoriza a pensar el recién referido planteamiento de la STC 102/1995 en torno a las competencias autonómicas asentadas en ámbitos materiales afines y colindantes con el de medio ambiente, conformador de la correspondiente competencia estatal de carácter genérico u horizontal. Con la consecuencia necesaria de restarles a los mencionados sólo en los Estatutos buena parte de la personalidad que parece reconocerles el Tribunal –hasta el punto de convertirlos en inmunes a incurrir en inconstitucionalidad–, desde el momento en que esa dependencia existencial suya explicaría la cualidad que, en sede jurisprudencial, reciben las competencias genéricas u horizontales de incidir en ellos.

Desde luego que eso supone un serio obstáculo en orden a que, como aquí se propone, se consideren esas materias, objeto de atención estatutaria silenciadas por la Constitución, dotadas de personalidad propia en el conjunto o universo de ámbitos materiales y hasta vocación de convertirse en conformadoras de competencias autonómicas exclusivas. Conviene aclarar que apelando a esa cualidad, atinente a la personalidad propia de tales materias competenciales, quiere significarse su autonomía o independencia de cualesquiera otros ámbitos materiales –por más que pueda entenderse las desgajadas de alguno expresamente mencionado en las listas de los artículos 148.1 y 149.1 de la Constitución, como seguramente casi siempre sucede–, de modo que podrían juzgarse inconstitucionales, tales enunciados estatutarios, si se conviene que afectan a la imagen que albergue del citado constitucionalmente la conciencia social hasta el extremo de mermarla haciéndola irreconocible para la misma.

En otros términos, a diferencia de lo que cabe deducir de las manifestaciones jurisprudenciales conocidas de la STC 102/1995, se sugiere aquí adoptar una idea de ámbito material en cuya virtud la imagen que del mismo tenga la conciencia social puede comunicarle una fuerza de resistencia pasiva frente a la pretensión de incidir en él desde otros, insalvable para éstos sin vulnerar el orden

constitucional de competencias. A esa conclusión conduce llevar hasta sus últimas consecuencias la idea de autonomía o independencia de las materias competenciales que aquí se predica de cualquiera, incluso de las consignadas tan sólo estatutariamente.

A este propósito, es obvio que contribuye de forma decisiva a generar en la conciencia social una imagen a su respecto de estabilidad, en tanto que le comunica a la materia en cuestión la referida fuerza de resistencia pasiva frente a otras, el que el Estatuto de Autonomía, además de la materia estimable desgajada de alguna que cite la Constitución, mencione de modo expreso a esta última. Como hace el Estatuto de Autonomía de Canarias que, sin perjuicio de atribuirle a ésta competencia en materia de espacios naturales, susceptible de considerarse manifestación de la referida al medio ambiente, asume para su Comunidad Autónoma competencia en este último ámbito material. Con el consiguiente beneficio para la materia no mencionada en la Constitución, espacios naturales, en orden a la obtención de una imagen acabada de la misma resistente a la pretensión de incidir en ella, desde cualquier otro ámbito material, en particular desde el medio ambiente. He aquí por qué, según se decía, las consignaciones estatutarias de materias silenciadas en la Constitución tienen vocación de convertirse en sustratos de competencias autonómicas exclusivas.

Pero, en segundo lugar, también podría estimar el Derecho que se encuentra ante ámbitos materiales susceptibles de conformar competencias vacantes porque el fragmento de realidad considerado se identifique con una innovación tecnológica, científica, cultural o de cualquier otro tipo –internet en relación con la informática podría ser un buen ejemplo–, inconcebible o inimaginable en el momento de aprobarse la Constitución y hasta, posiblemente, de efectuarse la última reforma estatutaria. De modo que sólo mucho después de irrumpir en el mundo real, luego de calar en la realidad social, es cuando el Derecho debe afrontar la pregunta de si se aviene a considerarse sostén de una competencia vacante. A cuyo efecto se propone aquí seguir la misma pauta que en el caso anterior y responderla afirmativamente, tanto si la parcela de realidad contemplada resiste la comprobación de no ser residenciable en ningún ámbito material definido en los bloques de la constitucionalidad, como, de no superar esa prueba, si se decide, porque así lo confirme la conciencia social, que tiene entidad propia suficiente para convertirse en una materia nueva.

### *III. El ámbito de actuación de la prevalencia*

#### **1. A vueltas con la cuestión litigiosa de los procesos constitucionales concebidos para sustanciar controversias competenciales y las situaciones de convergencia competencial.**

Ahora sí, formuladas las aclaraciones que anteceden se impone efectuar ya, sin más dilación, el análisis antes diferido, que, conforme a lo anunciado, interesa abordar intentando dilucidar cual es el ámbito de actuación propio de la prevalencia que consagra la Constitución vigente. Con ese objeto conviene comenzar llamando la atención en torno a la apariencia de confluencia competencial, nada más, que muestran algunos supuestos de interacción entre el Estado y las Comunidades Autónomas, siquiera sea porque eso autoriza a negarles la aptitud de convertirse en sustratos de la prevalencia, al menos de manera inmediata. Tal es el propósito que anima a volver sobre la cuestión litigiosa de los procesos constitucionales concebidos para dirimir las contiendas de índole competencial que enfrenten a los entes recién citados. Pues interesa subrayar a su respecto con cuanta frecuencia conoce el Tribunal Constitucional de disputas competenciales trabadas entre dichas instancias en las cuales aspiran ambas a intervenir sobre el mismo sector de la realidad, con invocación de competencias distintas, en tanto que asentadas en diferentes ámbitos materiales.

Tantas veces se ha encontrado el Tribunal ante una cuestión litigiosa de esas características que ha concluido por revelarse la prototípica de su especie. Cuyo tratamiento jurisprudencial ha dado lugar a toda una tipología de respuestas nunca construidas con ayuda de la prevalencia. Pues, de ordinario consisten en el reconocimiento a un sólo contendiente de habilitación bastante para actuar en el sector de realidad considerado, y de manera excepcional a las dos partes. Suele ser común, dicho sea en otros términos, que el Tribunal resuelva la contienda mediante una operación de encuadramiento material, en virtud de la cual concluya ubicando la disposición –legislativa o no–, resolución o acto causante de la controversia en un título competencial de los invocados por las partes, con exclusión de los demás, empleando al efecto el criterio de preferir la competencia específica sobre la genérica o el contrario. Pues de acuerdo con ambas pautas de comportamiento suele conducirse el Tribunal. Mucho más frecuentemente que cuando pone fin a la disputa declarando que se encuentra ante un supuesto de convergencia competencial. Con toda lógica, cabe añadir, considerando que tal declaración equivale a un reconocimiento de la situación –no siempre verificable en lo competencial– indicada más arriba y que interesa describir ahora con las palabras que usó el Tribunal en la STC 77/1984 al manifestar que

“la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio como ya ha declarado este Tribunal (STC 113/1983, F.J. 1º)”.

Idea esta sobre la cual volverá el Tribunal algo después para enriquecerla si es que, como parece, admite en la STC 40/1999 que junto al espacio físico puedan darse otros posibles objetos de la convergencia competencial, pues afirmará entonces que “la atribución de una competencia sobre un ámbito físico no impide necesariamente que se ejerzan otras en ese espacio, siendo esta convergencia posible cuando incidiendo sobre el mismo espacio físico dichas competencias contienen distinto objeto jurídico (SSTC 113/1983, y 77/1984)”<sup>33</sup>.

Así pues, cuando el Estado y una Comunidad Autónoma demandan del Tribunal un juicio favorable a su habilitación para actuar en la misma parcela de realidad, invocando al efecto competencias asentadas en diferentes ámbitos materiales, pueden encontrarse con dos tipos de pronunciamientos. El presidido por la comprobación de si el sector de realidad contemplado no admite encuadrarse sino en una sólo de las competencias enfrentadas, y que, consiguientemente con ello, concluye declarando habilitado para ejercerla a su exclusivo detentador. Y el concretado en una respuesta jurisprudencial acomodada a las respectivas pretensiones de las partes en conflicto, de tal modo que ambas prosperen, sin violentar por eso el orden constitucional de competencias. Lo que convierte en superfluo el uso de la prevaecía.

## **2. De su improcedente uso en los casos de colisiones competenciales surgidas en el terreno de las competencias compartidas.**

Aunque no siempre sucede como en la cuestión litigiosa prototípica de los procesos constitucionales accionables para dirimir diferencias de índole competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o como en la convergencia competencial. Además de situaciones como éstas, en que la confluencia competencial es tan sólo aparente –porque lo sea el que las competencias enfrentadas en un conflicto entre tales instancias requieran necesariamente para desenvolverse del mismo sector de realidad–, son detectables otras en las cuales protagonizan los entes citados disputas caracterizadas porque sus competencias en liza están llamadas a desplegarse, sin discusión, sobre la misma parcela de realidad, ya sean de distinto grado las potestades públicas ejercitables por tales sujetos en ese terreno, como ocurre en el caso de las competencias compartidas entre

33. Cfr. STC 40/1999, F.J. 29º.

el Estado y las Comunidades Autónomas, ya idénticas porque se trate de competencias concurrentes y vacantes.

Por el momento interesa dilucidar si, con arreglo al planteamiento propuesto más arriba, de entender la prevalencia como una fórmula utilizable para solventar conflictos competenciales en defecto de otra, se impone acudir a su empleo para dirimir las situaciones de conflicto que puedan derivarse de los supuestos de confluencia competencial recién citados.

Pues bien, por abordar su respectivo análisis en el mismo orden que se han enumerado, interesa comenzar negando que la prevalencia esté llamada a operar en el terreno de las competencias compartidas. Harto significativo al respecto es que nunca se haya servido de la misma el Tribunal para dirimir las numerosas disputas competenciales de las que ha conocido, surgidas del ejercicio por el Estado o una Comunidad Autónoma de competencias que comparten. De modo que en vez de emplear esa regla ha preferido dirimirlas procediendo a definir conceptualmente cada término de la relación bases-desarrollo o del binomio legislación-ejecución, para, a renglón seguido, pronunciarse, según el caso, respecto a la categoría taxonómica mencionada más idónea en que ubicar la actividad desplegada por el ente cuyo proceder se cuestiona ante su jurisdicción.

Con toda lógica, por cierto, considerando que la única diferencia entre las competencias estatales y autonómicas ahora contempladas estriba en la clase de potestad pública o el tipo de legislación desplegable sobre una misma materia. Por lo que los conflictos surgidos en la esfera de esa especie de confluencia se ciñen a expresar una divergencia entre el Estado y una Comunidad Autónoma respecto al *quantum* de atribuciones ejercitables por cada instancia en el ámbito material que fuere. Téngase en cuenta que de aplicar la prevalencia en tales casos se impondrían siempre las bases definidas por el Estado sobre la legislación autonómica de desarrollo, de igual modo que la legislación estatal sobre la ejecución autonómica de tales leyes, con el efecto añadido de vaciar de contenido las competencias autonómicas llamadas a coexistir con las estatales y, consiguientemente con ello, de suspender, si no de anular, la eficacia del orden constitucional de competencias.

En otros términos, obsérvese que en cuantas ocasiones ejerce el Estado sus competencias compartidas con las Comunidades Autónomas se asiste a una modalidad de coordinación estatal de las competencias autonómicas concerni-

das<sup>34</sup> menos intensa que la inherente a la prevalencia. Adviértase que la irrupción de esta última en el escenario contemplado, lejos de reforzar dicha clase de coordinación estatal, la desplaza para ocupar su lugar. No hace falta insistir en los beneficios que eso reporta a los intereses estatales que incluyan los autonómicos, pero, a este propósito, sí conviene llamar la atención respecto a que, de utilizarse esa regla para resolver los conflictos surgidos con ocasión del ejercicio por el Estado o las Comunidades Autónomas de sus competencias compartidas, le bastaría con provocar la oportuna disputa para desalojar con sus normas a las autonómicas de la esfera que el orden constitucional de competencias reserve a éstas.

He aquí por qué más arriba se juzgaba plausible la actitud mostrada por el Tribunal en la solución de los conflictos surgidos de la compartición competencial, y por qué debe descartarse en tales casos el empleo de la prevalencia. Incluso, conviene añadir ahora, cuándo el Estado adopta las bases mediante disposiciones con rango inferior a la ley. Pues aunque pretendiera éste ocupar con sus normas el lugar que les corresponde a las autonómicas, la comprobación jurisprudencial de si su proceder rebasa o no los límites permitidos a las bases, en cuanto a modulación estatal de las competencias autonómicas, consiente resolver la cuestión sin necesidad de acudir a la cláusula de prevalencia. Con tanto mayor motivo cuanto ésta no es una regla orientada a restablecer ninguna posible quiebra de la jerarquía normativa (de merecer ese diagnóstico el supuesto que ahora se contempla, aun cuando pueda ser esa su consecuencia práctica, y no el desarrollo o implementación de un ordenamiento, el estatal, por otro, el autonómico), sino llamada a operar en el terreno de lo competencial.

### **3. De su aplicabilidad a los supuestos de contiendas suscitadas en la esfera de las competencias concurrentes.**

Tal es el medio, y más concretamente el de la concurrencia competencial, en donde se espera que la prevalencia despliegue sus efectos y desempeñe la fun-

34. No poco elocuente al respecto son, por ejemplo, las consideraciones vertidas sobre las bases por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 5º de su STC 197/1996, para quien “lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es ‘el común denominador normativo para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias’ (STC 48/1988, F.J.03º). Esto es, ‘un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional’ (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad –ya que con las bases ‘se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales’ (STC 1/1982, F.J. 1º)– a partir del cual ‘pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto’ (STC 49/1988, F.J. 16)”.

ción que no cumple en la compartición competencial, de modo que concluya revelándose eficaz para afrontar la solución de los conflictos que se susciten entre el Estado y una Comunidad Autónoma como consecuencia del ejercicio por ambas instancias de idénticas potestades públicas sobre una misma materia competencial. Aunque es verdad, siguiendo con el paradigma utilizado más atrás para describir la concurrencia, que en el caso de la cultura tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía intentan evitar que afloren en este campo colisiones competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Así, en lo que a la Constitución se refiere no es sólo que el tenor, ya conocido, de su art. 149.2 colabore de suyo en tal sentido, sino que ha logrado la Norma Constitucional desgajar del sector de realidad identificable como cultura, sin merma para la condición de ámbito material que le otorga, otros fragmentos de realidad para convertirlos también en materias competenciales autónomas de aquélla, de manera que a la cultura y al fomento cultural vienen a sumarse la enseñanza de la lengua de la Comunidad, los museos, las bibliotecas, los conservatorios de música, así como el patrimonio cultural, artístico y monumental como posibles objetos de políticas públicas autonómicas. Pues, en efecto, eso ha permitido que las Comunidades Autónomas asuman competencias en todos esos ámbitos materiales.

Mientras que, por mencionar únicamente los diversos tratamientos estatutarios de la materia cultura, en sentido estricto, no conviene pasar por alto que si bien la contemplan algunos como competencia exclusiva de la correspondiente Comunidad Autónoma, sin ninguna estipulación adicional<sup>35</sup>, no faltan otros que, además de concederle ese carácter, añaden la precisión de su necesaria “coordinación con el Estado”<sup>36</sup>, la concreción de “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.2 de la Constitución”<sup>37</sup>, aclaran que persiguen su fomento “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.2 de la Constitución”<sup>38</sup>, o hacen constar que dedicarán especial atención a la promoción de sus manifestaciones autóctonas y a la enseñanza de la cultura autonómica, todo ello sin perjuicio del art. 149.2 de la Constitución<sup>39</sup>.

35. Cfr. art. 9.4 E Cat., art. 24.18 EA Cant., art. 31.4 EA Com.Val., art. 30.9 EA Can., art. 10.22 EA I.B.

36. Cfr. art. 44.8 LORAFNA

37. Cfr. art. 10.17 EAPV

38. Cfr. art. 27.19 EA Gal., art. 13.26 EA And., art. 31.17 EA C.L.M., art. 7.15 EA Ext., art. 26.1.20 EA Mad.

39. Cfr. art. 10.20 EA Ast., art. 8.23 EAL Rio., art. 10.15 EA Mur., art. 35.30 EA Ara., art. 31.16 EA C y L

Con todo, por cautelosos que sean la Constitución y los Estatutos de Autonomía, en su mayor parte, a la hora de prevenir fricciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas derivadas del respectivo ejercicio de sus competencias en materia de cultura, es claro que tales previsiones pueden fallar y surgir conflictos entre ambos entes. Ante los cuales resulta obvio que las técnicas utilizables para solventar los demás tipos de colisión hasta aquí analizadas devienen inoperantes para dirimir las de esta clase, mostrándose entonces razonable abordar su solución mediante la cláusula de prevalencia. Pues se descarta aquí de plano, por improcedente a todas luces, que la fórmula empleada en los Estados de estructura federal antes que la prevalencia, aunque llegase a convivir y hasta a rivalizar con ella, todavía en tiempos de Llorens, como instrumento en virtud del cual resolver esa clase de conflictos competenciales, esto es, el recurso al criterio de la *lex posterior*<sup>40</sup>, pueda disputarle a la prevalencia el lugar que el ordenamiento español vigente le reserva erigiéndola en cláusula de cierre del sistema de reparto competencial.

#### **4. De su inoperancia en conflictos originados por el ejercicio estatal de competencias genéricas.**

Por seguir el mismo orden que en la descripción de las situaciones, potenciales o manifiestas, de conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas, procede volver ahora sobre la relación entre una competencia estatal de las denominadas genéricas u horizontales y otra autonómica afín o colindante con la misma, siquiera sea para subrayar lo que cabe deducir de cuanto se ha dicho más arriba a propósito de esta suerte de relación competencial distinta de la concurrencia, esto es, lo impropio de acudir para solventar los conflictos suscitables en su seno a la cláusula de prevalencia en presencia de medios más idóneos con que afrontar la solución de tales disputas.

Recuérdese si no que la técnica empleada en la STC 102/1995 para solventar la colisión de la competencia estatal sobre medio ambiente con las competencias autonómicas, más arriba citadas, afines o colindantes con ella, consistió en admitir la posible incidencia, bien que limitada, de la competencia primeramente mencionada en estas últimas. Eso, sin contar con que el presupuesto sobre el que dicha Sentencia descansa, según el cual las competencias autonómicas ahora

40. "En Austria prevalecen las decisiones del Estado en las materias de su competencia exclusiva. En cuanto a las de competencia concurrente, continúa en vigor el principio *lex posterior derogat legi priori*, ya aplicada en tiempo de la monarquía, cuando se consideraba que todas las decisiones procedían del mismo origen, del monarca, y que por tanto la última derogaba las anteriores en contrario". Cfr. *La autonomía de la integración política*. Cit. pág. 186.

consideradas formaban parte de la competencia genérica u horizontal del Estado, admite cuestionarse y afirmar, según se ha hecho, la sustantividad y consiguientemente impermeabilidad de cualquier materia competencial a la incidencia de otras. En cuyo caso es obvio que toda disputa competencial, de la modalidad a que ahora se alude, derivará en la cuestión litigiosa propia de los procesos constitucionales habilitados para la sustanciación de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que previsiblemente concluirá en una operación de encuadramiento material de la disposición –legislativa o no–, resolución o acto causante de la controversia.

### **5. El caso de las competencias vacantes.**

En cuanto a las competencias vacantes es presumible que sólo lo sean transitoriamente, hasta tanto el orden constitucional de competencias se hace cargo de ellas incorporándolas a sus definiciones, mediante la fórmula más probable de una reforma estatutaria. La cual, no en balde consiente a la Comunidad Autónoma que fuere asumir tan sólo alguna de las potestades ejercitables sobre la materia elegida, permitiendo con eso al Estado desplegar otras en ese mismo terreno.

Sea como fuere, interesa ocuparse de esa competencia durante el lapso de tiempo que admite estimarse vacante y destacar al respecto que su aparición como tal se presume aquí producto de la paulatina acción generada, por el Estado o las Comunidades Autónomas, en el sector de realidad considerado susceptible de trato individualizado. De modo que, en su virtud, concluya ésta por irrumpir, efectivamente, con personalidad propia en el escenario competencial. Si bien, forzoso es reconocer que el verdadero escollo a salvar, en relación con las competencias vacantes, es, precisamente, el de su gestación y no el de dar con un sector una realidad que la Constitución y los Estatutos omitan mencionar. No es poco lo que puede obrar la imaginación en cualquier terreno. La dificultad estriba en asistir a su nacimiento. De modo que una vez encontrada esa parcela baldía del mundo real pueda producirse dicha acción reiterada sobre la misma de los poderes públicos sin interferencias.

Téngase en cuenta que al Estado le cabe la posibilidad de abortar cualquier intento autonómico de generar una competencia vacante. Se le presenta al tiempo de accionar el proceso constitucional más idóneo, según el caso, para sustanciar las diferencias competenciales que le separen de una Comunidad Autónoma. Pues de invocar en ese instante la cláusula residual del art. 149.3 de la Constitución, puede tener la seguridad de obtener una resolución jurisprudencial en su favor. Y no se pase por alto que a este proceder del Estado puede asistirse

tan pronto como, en su opinión, se produzca la primera manifestación autonómica del ejercicio de una competencia vacante.

Todo lo cual autoriza a concluir, en primer lugar, que, en punto a la generación de competencias vacantes, de no mediar un acuerdo más o menos expreso entre las Comunidades Autónomas y el Estado, sólo le alcanzaría a este último la posibilidad de generarlas. Pero, obsérvese, en segundo lugar, que, de acuerdo con cuanto se ha dicho, la cláusula residual vendría a operar como una modalidad de coordinación estatal ciertamente eficaz para solventar la clase de conflictos competenciales suscitables en el terreno que viene contemplándose. Tan eficaz al menos como la prevalencia, cuyo empleo entonces resulta superfluo.

Ahora bien, no se pierda de vista que las expresadas conclusiones son, por definición, las consecuencias inherentes al uso que efectuaron las Comunidades Autónomas del principio dispositivo en un momento anterior al ahora considerado y que, por tanto, han de presumirse ligadas a la expresión de voluntades pretéritas sobre sus respectivos niveles competenciales. Nada hay que objetar, sin embargo, a eso tratándose de las competencias vacantes que aquí se consideran desgajables de los artículos 148.1 y 149.1 de la Constitución. Tanto más cuanto, como puede deducirse por lo que se lleva dicho, siempre les cabe a las Comunidades Autónomas el recurso de reformar los Estatutos para ampliar sus respectivos niveles competenciales.

Harto significativa de la actitud mostrada por el Tribunal a propósito de cuanto viene diciéndose son sus consideraciones siguientes, extraídas de la STC 133/1997:

“Lo primero que salta a la vista es que al enumerar las materias que sirven como criterios de delimitación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía de aquellas han utilizado de manera explícita la expresión ‘mercado de valores’. Sin embargo, del mero dato de la omisión de una referencia de tales características al ‘mercado de valores’ no puede extraerse la conclusión de que dicha materia no se encuentre incluida como tal en el sistema de distribución competencial, ni tampoco obliga a acudir a la cláusula residual del art. 149.3 CE (SSTC 123/1984, Fundamento jurídico 21 y 180/1992, Fundamento jurídico 41). Para acudir a dicha cláusula es necesario que el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios (SSTC 123/1984, Fundamento jurídico 21 y 180/1992, Fundamento jurídico 41), esto es, averiguando si, por encima y con independencia de las rúbricas o denominaciones empleadas por la

Constitución o por los Estatutos de Autonomía, ha sido incluida en una u otros una materia entendida como conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la realidad social (...)"<sup>41</sup>.

Obsérvese que el recelo del Tribunal en aceptar que el elenco de ámbitos materiales, a disposición del Estado y de las Comunidades Autónomas, se agoten en las definiciones al respecto que incluyen los títulos competenciales consignados en la Constitución y los Estatutos, admite interpretarse favorablemente a un reconocimiento jurisprudencial de las competencias vacantes. Repárese además en la firmeza con que expresa el Tribunal su opinión respecto a la técnica utilizable para resolver, mediante la cláusula residual del art. 149.3 de la Constitución, los conflictos competenciales que surjan con ocasión del ejercicio de una competencia vacante.

Sin embargo, no se juzga procedente conceder un tratamiento indiferenciado a los dos supuestos de competencias vacantes que vienen contemplándose. Quiere decirse con ello que sin cuestionarse aquí, según se adelantaba, que deba obrarse con arreglo al método indicado por el Tribunal en relación con las identificables como desgajadas de las listas de la Constitución y de los Estatutos, se estima merecedora de una consideración distinta la otra modalidad de competencia vacante en examen, esto es, la conformada por una materia que los legisladores constituyente y estatuyentes no pudieron tener en cuenta cuando ejecutaron sus respectivas tareas, en tanto en cuanto versa sobre un imponderable. En tal caso, aunque en buena lógica puede llegarse a las mismas conclusiones expresadas cuando se analizaba la modalidad de competencia vacante recién aludida, y así lo respalde la citada opinión del Tribunal Constitucional, es razonable sostener que no debe hurtarse a la acción del principio dispositivo la oportunidad que en el pasado no tuvo; y que, por eso mismo, no debería negarse a las Comunidades Autónomas la posibilidad de gestar, como el Estado, tal categoría de competencias vacantes. Lo que obligaría, entre tanto lo son porque no se reformen la Constitución o los Estatutos, a emplear la cláusula de prevalencia para dirimir los conflictos competenciales que surjan del supuesto contemplado.

#### ***IV. En torno al modo de operar la cláusula***

Alcanzado este punto sólo resta por manifestar cómo se entiende aquí que actúa la cláusula de prevalencia. A cuyo propósito quizá no sea ocioso volver

41. Cfr. STC 133/1997, F.J. 3º, *in fine*.

sobre el catálogo de situaciones, latentes o manifiestas, generadoras de conflictos dirimibles mediante el empleo de dicha cláusula, pues interesa precisar que ésta es activable cualquiera que sea el tipo de función pública causante de la oportuna colisión competencial, con independencia, dicho sea en otros términos, de su origen que tanto da lo defina el ejercicio estatal o autonómico de potestades legislativas o ejecutivas.

Conviene tenerlo en cuenta a fin de obrar con el debido orden y comenzar por el análisis del efecto atribuible al empleo en el conflicto entre leyes de la cláusula de prevalencia, esto es, al incontrovertible desalojo del Derecho autonómico por el estatal a que se asiste entonces. A cuyo respecto interesa llamar la atención sobre la necesidad de contar con el Tribunal Constitucional para que un tal desplazamiento sea efectivo, y no porque lo exija así la cláusula de prevalencia, sino porque en presencia de una colisión legislativa ningún órgano está autorizado para preterir, inaplicando, una de las leyes en beneficio de la otra<sup>42</sup>.

Mientras que no sucedería así de accionarse el Tribunal Constitucional para que, mediante el control de constitucionalidad de las leyes, resuelva esos casos de colisión legislativa competencial a los que resulta aplicable la cláusula de prevalencia, si se entiende, como aquí se hace, autorizada entonces a la Jurisdicción Constitucional para declarar la nulidad de la ley autonómica por invadir un ámbito material sobre el cual, de acuerdo con la cláusula de prevalencia, sólo podría actuar el Estado.

Y otro tanto cabe esperar que ocurra de residenciar en el Tribunal Constitucional las disputas competenciales de la índole expresada cuyo origen se sitúe en disposiciones no legislativas, resoluciones o actos adoptados por el Estado o las Comunidades Autónomas, pues su correspondiente sustanciación por la vía del conflicto positivo de competencia también le permitiría al Tribunal declarar nulos por ese motivo las decisiones autonómicas de rango inferior a la ley.

42. Cfr. la STC 163/1995, en cuyo fundamento jurídico 4º responde el Tribunal negativamente a la pregunta que le formulaba el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de si estaba autorizado para, con base en la cláusula de prevalencia, inaplicar una ley autonómica y aplicar una ley estatal conectada con la anterior mediante la relación bases-desarrollo. Pregunta que se inspiraba claramente en las construcciones de García Torres formuladas en: *La cláusula de prevalencia y el Poder Judicial*, cit.

# LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

*Manuel Gerpe*

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Barcelona*

*Joan Vintó*

*Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Barcelona*

## SUMARIO

### *I. Introducción*

### *II. La presidencia de las Comunidades Autónomas en la Constitución.*

- 1. Homogeneización constitucional y organización institucional autonómica.*
- 2. Un presidente en el marco de una forma de gobierno parlamentaria.*
- 3. Monismo y dualismo en el poder ejecutivo autonómico.*

### *III. La Presidencia de la Generalidad en el Estatuto de Autonomía y en la legislación de Cataluña.*

- 1. Rasgos generales de la configuración estatutaria y legal de la Presidencia de las Comunidades Autónomas: parlamentarismo racionalizado; preeminencia del Presidente; variantes institucionales.*
- 2. Regulación.*
- 3. El Presidente en un marco de parlamentarismo racionalizado: investidura programática, censura constructiva, concentración de la responsabilidad política gubernamental y disolución discrecional del Parlamento.*
- 4. El Presidente como representante supremo de la Generalidad y como representante ordinario del Estado: una figura simbólica.*
- 5. El Presidente y la dirección del Gobierno: una figura preeminente.*

### *IV. La delegación de funciones presidenciales*

- 1. Regulación.*
- 2. Antecedentes: El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932 y el Estatuto Interior de Cataluña de 1933.*
- 3. Naturaleza.*
- 4. Sujetos.*
- 5. Denominación del Consejero Delegado.*
- 6. Forma.*
- 7. Objeto.*
- 8. Finalización.*
- 9. Responsabilidad política.*

## *I. Introducción*

El objeto de este trabajo es analizar la posibilidad prevista en el artículo 36.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y desarrollada por la ley catalana 3/1982, de que el Presidente de la Generalidad delegue temporalmente funciones ejecutivas en uno de los Consejeros.

La delegación de funciones presidenciales ha sido considerada de forma unánime por la doctrina como una de las originalidades del modelo autonómico catalán. La figura aparece en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932 y la recupera el Estatuto vigente aunque, como se indicará posteriormente, con una regulación legislativa con notables modificaciones respecto a la republicana.

Aunque la originalidad pudiera por sí misma ser ya causa suficiente para justificar el tratamiento doctrinal de la delegación de funciones, en particular si atendemos a que la originalidad es un valor escaso en el panorama institucional de las Comunidades Autónomas españolas, que han optado por articulaciones institucionales directamente inspiradas en el modelo parlamentario estatal y que en consecuencia extienden el uniformismo mucho más allá de la vinculación necesaria establecida por el contenido homogeneizador del artículo 152 de la Constitución, en la delegación de funciones confluyen cuestiones que realzan su interés dogmático y político-institucional en tanto a través de ella el sistema institucional pueda canalizar profundas y sustantivas transformaciones. Hay que tener en cuenta que, más allá de las concretas consecuencias sobre el reparto de funciones entre el Presidente delegante y el Consejero delegado, la delegación puede tener también efectos sobre la articulación del poder ejecutivo (matizando la lógica monista o la dualista) y sobre las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo (en cuanto pueda variar los sujetos que canalizan las relaciones de confianza y responsabilidad política), y con todo ello puede incidir en la concreción de la forma de gobierno de la Comunidad (determinando la variante parlamentaria que adopte el sistema).

La aproximación que aquí se hace a la delegación de funciones se centra básicamente en el análisis de su dimensión interorgánica, la que afecta a las relaciones entre el Presidente y el Consejero delegado y a las consecuencias que la delegación tiene sobre la articulación del Gobierno de la Comunidad. La aproximación se lleva a cabo analizando y sistematizando la regulación que de las funciones del Presidente de la Generalidad y de la delegación de funciones se contiene en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, incluyen-

do el de 1932, y en la ley catalana 3/1982, y atendiendo también a la práctica seguida, especialmente desde la actuación de la potestad de delegar por el Presidente Jordi Pujol a favor del Consejero Artur Mas.

La valoración minuciosa de la regulación jurídica, y la atención a la práctica institucional, ha permitido ir fijando la naturaleza jurídica y el alcance de la delegación y su limitada capacidad transformadora de la actual posición institucional del Presidente de la Generalidad. El estudio de la normativa permite afirmar que, aún en el supuesto de que la delegación incluya todas las funciones ejecutivas, el Presidente de la Generalidad mantiene la facultad de dirección política del Gobierno, es el que recibe la investidura parlamentaria, es el que puede disolver discrecionalmente el Parlamento, y es el que responde políticamente ante la Cámara mediante la moción de censura. En consecuencia, de acuerdo con la regulación estatutaria y legislativa vigente (condicionada en parte por el art. 152.1 de la Constitución) no cabe concluir que la delegación de funciones sea una facultad en manos del Presidente de la Generalidad para establecer en la cabeza del poder ejecutivo un sistema dualista, integrado por el Presidente de la Generalidad, que asumiría las funciones representativas y moderadoras, y un Consejero delegado, que dirigiría temporalmente la acción política y de gobierno.

La delegación, al no poder afectar a las funciones representativas ni a las de dirección política, que siguen residenciadas en el Presidente delegante, únicamente permitirá el traslado temporal a un Consejero de la dirección de la acción meramente ejecutiva o de gestión del Consejo de Gobierno. Por lo tanto, la regulación actual de la delegación impide, dadas las limitaciones de lo delegable y el mantenimiento de la relación fiduciaria y de responsabilidad en la persona del Presidente delegante, considerarla como un instrumento a disposición del Presidente de la Comunidad para estructurar de forma dualista la cabeza del poder ejecutivo, que quedaría asentado en la distinción entre el Presidente de la Generalidad, una especie de Jefe del Estado de un sistema parlamentario, y el Presidente del Consejo, una especie de Primer Ministro de un sistema parlamentario. Sin embargo, cabe admitir que, mediante la delegación, se ve matizado el intenso monismo del modelo institucional derivado de la regulación estatutaria y legislativa, que convierte al Presidente de la Generalidad en la clave de bóveda de todo el sistema, siendo además la posición del Presidente el rasgo definitorio más específico del modelo institucional autonómico español. Ahora bien, la matización no tiene, con la regulación normativa actual, entidad suficiente para afirmar que la cabeza del poder ejecutivo pueda adquirir una configuración dualista a través de la delegación de funciones.

## *II. La Presidencia de las Comunidades Autónomas en la Constitución*

### **1. Homogeneización constitucional y organización institucional autonómica.**

El artículo 152.1 CE establece la organización institucional básica de las Comunidades Autónomas caracterizada por los elementos siguientes: una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal y con arreglo a un sistema de representación proporcional; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas; un Presidente, elegido por la Asamblea de entre sus miembros, con funciones representativas y de dirección del Consejo de Gobierno; la responsabilidad política del Presidente y de los miembros del Consejo de Gobierno ante la Asamblea. Conviene recordar asimismo como punto de partida que la denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas debe figurar en los Estatutos de Autonomía (art. 147.2.d CE) y que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias sobre organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1 CE).

El ya citado artículo 152.1 señala explícitamente que el marco institucional prefigurado en el mismo deberá encontrarse “en los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior”, es decir, en los de las Comunidades Autónomas constituidas de acuerdo con el artículo 151 CE y consiguientemente con el mayor nivel competencial inicial. De esta previsión constitucional se desprende que la organización institucional de las Comunidades Autónomas creadas de conformidad con el artículo 143 CE quedaba indeterminada en función del tipo de potestades públicas conferidas a las mismas por los correspondientes Estatutos de Autonomía. Dicho en otros términos, era perfectamente admisible en el plano jurídico-constitucional la existencia de Comunidades Autónomas sin potestad legislativa y coherentemente con ello sin Parlamento. Al propio tiempo también debe subrayarse que ningún impedimento jurídico había en el texto constitucional para que el conjunto institucional fundamental, impuesto obligatoriamente por el artículo 152.1 CE a las Comunidades Autónomas del artículo 151 CE, pudiera generalizarse a las restantes Comunidades Autónomas si los Estatutos así lo disponían.

Las consideraciones anteriores no suscitan actualmente controversias doctrinales. No ocurre lo mismo, sin embargo, con respecto a si el artículo 152.1 CE vincula jurídicamente a las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE en el supuesto de que sus Estatutos decidan incorporar las mismas instituciones que las Comunidades del artículo 151 CE. Así, en este punto las posiciones se divi-

den entre quienes entienden que las prescripciones del artículo 152.1 solamente se imponen a las Comunidades a las que expresamente se refiere y quienes ven en este precepto un canon de obligado cumplimiento para todas las Comunidades Autónomas.

La primera de estas dos orientaciones doctrinales parte de una interpretación puramente literal del artículo 152.1 CE y, en este sentido, G. Ruiz-Rico sostiene que “la norma fundamental (art.152) no ofrece más que un cuadro aplicable tan solo al sistema político de aquellas Comunidades de superior nivel competencial, o también llamadas de vía rápida (art. 151 CE)”, y añade que, “por tanto, no se puede localizar en el articulado de la Constitución ninguna mención sobre la configuración esencial y las relaciones entre los principales órganos de gobierno de las CCAA que han utilizado el esquema procedimental ordinario de acceso a la autonomía (art. 143)”<sup>1</sup>. En la misma línea, años atrás, S. Muñoz Machado admitía que las Comunidades del artículo 143 CE podían optar por establecer “formas de gobierno genuinas, radicalmente diferentes o matizadas”, respecto del modelo contemplado en el artículo 152.1 CE<sup>2</sup>. Estos autores llegan a la conclusión de que en la Constitución española se produce la paradoja siguiente: los poderes de autoorganización de las Comunidades Autónomas de mayor nivel competencial inicial están más condicionados que los de las Comunidades de segundo grado.

Para el segundo planteamiento doctrinal la situación paradójica a la que acaba de hacerse referencia carece de fundamento jurídico a partir de una interpretación sistemática del artículo 152.1 CE. En efecto, autores como E. Albertí, J. Rodríguez Zapata o E. Lucas Murillo afirman que es congruente con la estructura de Estado compuesto derivada de la Constitución que todas las Comunidades Autónomas de naturaleza política plena tengan la misma configuración institucional básica independientemente de la vía de acceso a la autonomía seguida<sup>3</sup>. A este propósito el artículo 152.1 CE aparece como manifestación explícita en nuestro ordenamiento de un principio típico de los Estados Federales –el principio de homogeneidad– cuya finalidad es asegurar la coherencia entre los elementos esenciales de la organización institucional de la

1. G. Ruiz-Rico. *La forma de gobierno de Andalucía*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1999. Pág. 245.

2. S. Muñoz Machado. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Madrid. Civitas. 1984. Vol. II, pág. 26.

3. Véase E. Albertí en E. Aja (et al.). *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*. Madrid. Tecnos. 1985. Pág. 88; J. Rodríguez Zapata. “Artículo 152”, en O. Alzaga. *Comentarios a las Leyes Políticas*. Madrid. Edersa. 1988. Págs. 366-384; E. Lucas Murillo. *El Lehendakari. Análisis orgánico-funcional*. Madrid. Civitas. 1991. Págs. 63-67.

Federación y la de los Estados miembros. Este principio de homogeneidad opera con una doble proyección ya que, por una parte, su contenido material supone un límite a la libre configuración estatutaria de las instituciones autonómicas y al poder de autoorganización reconocido a todas las Comunidades Autónomas por el artículo 148.1 CE, pero, por otra parte, su concreción circunscrita a una serie de elementos básicos no agota el ámbito de la regulación institucional autonómica y, por lo tanto, se convierte en una garantía de la libertad de configuración del legislador estatutario y del legislador autonómico ordinario.

En la práctica los Pactos Autonómicos de 1981 implicaron una equiparación institucional de todas las Comunidades Autónomas según el modelo del artículo 152.1 CE y la jurisprudencia constitucional ha venido a confirmar el doble carácter del principio de homogeneidad contenido en este precepto y su aplicabilidad tanto a las Comunidades del artículo 151 CE como a las del artículo 143 CE. En este sentido la STC 225/1998 (FJ 6 y 7) es suficientemente explícita cuando, al enjuiciar una reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, afirma, por un lado, que “ninguna duda existe, pues, sobre la utilización del art. 152.1 CE como canon de constitucionalidad”<sup>4</sup>, pero, por otro lado, recuerda “la libertad de configuración del legislador democrático”.

En definitiva, y a los efectos del objeto del presente trabajo, la regulación estatutaria y legal de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña tiene como límites las previsiones del artículo 152.1 CE en los términos expuestos anteriormente. En este caso, además, no cabe ningún problema interpretativo acerca de la aplicabilidad de este precepto constitucional porque Cataluña accedió a la autonomía a través de la vía del artículo 151 CE de conformidad con lo dispuesto por la disposición transitoria segunda CE. Tales límites son, retomando y sintetizando el contenido material del artículo 152.1 CE descrito más arriba, el respeto a la democracia representativa, a las funciones asignadas al Presidente y al Consejo de Gobierno y a la forma parlamentaria de gobierno. De este modo puede constatar que efectivamente el artículo 152.1 introduce un criterio de homogeneización ya que el marco institucional establecido para las Comunidades Autónomas coincide sustancialmente con el que la propia Constitución fija para el Estado central (arts. 66, 97, 98, 99 y 108 CE, entre otros).

4. Con todo, es preciso observar que la interpretación del alcance del artículo 152.1 CE dista de ser pacífica ni tan siquiera en el propio Tribunal Constitucional ya que el magistrado P. Cruz presentó un voto particular a la sentencia citada en el texto. En el mismo se sostiene que el artículo 152.1 CE no vincula a Canarias pues esta Comunidad accedió la autonomía a través del artículo 143 CE.

Una vez sentado el alcance general de la homogeneización constitucional, a continuación se van a examinar con más detalle aquellos aspectos del artículo 152.1 que de manera específica determinan la configuración constitucional de la Presidencia de las Comunidades Autónomas.

## **2. Un Presidente en el marco de una forma de gobierno parlamentaria.**

Como ya se ha apuntado anteriormente el artículo 152.1 CE establece las instituciones necesarias de las Comunidades Autónomas (Asamblea Legislativa, Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y Presidente con funciones representativas y de dirección del Consejo de Gobierno) y las relaciones interorgánicas (elección del Presidente por la Asamblea de entre sus miembros y responsabilidad política del Presidente y de los miembros del Consejo de Gobierno ante la Asamblea). La atribución de funciones distintas a órganos diferentes, la elección del Presidente por la Asamblea y la responsabilidad política del poder ejecutivo ante la Cámara han llevado a la unánime conclusión doctrinal de que la Constitución española contempla para las Comunidades Autónomas un sistema de separación de poderes y una forma de gobierno parlamentaria<sup>5</sup>. En efecto, la procedencia parlamentaria del poder ejecutivo y especialmente la necesidad del vínculo permanente de confianza entre éste y el poder legislativo responden al patrón esencial y clásico del régimen parlamentario<sup>6</sup>.

En la regulación clara y concisa del artículo 152.1 CE se observa que, a diferencia del modelo más generalizado de la forma de gobierno parlamentaria, no se incluye el derecho de disolución del Parlamento por parte del poder ejecutivo como factor de equilibrio frente al principio de responsabilidad política. No obstante, este elemento no puede ser considerado como un componente ineludible de la forma de gobierno parlamentaria y así lo subrayan algunos autores a partir del caso de Noruega, donde no existe la disolución anticipada del Parlamento, y de la evolución contemporánea del derecho de disolución que se ha convertido más en un instrumento en manos de los Gobiernos para convocar elecciones en el momento más favorable a sus intereses políticos que en un mecanismo equilibrador entre el poder ejecutivo y el poder legislativo<sup>7</sup>. Por otro lado, la ausencia en el artículo 152.1 CE de la mención al derecho de disolución del Parlamento no debe entenderse como una prohibición, sino como una muestra

5. Véase J. Rodríguez Zapata. *Op. cit.* Pág. 382.

6. Véase G. U. Rescigno. *La responsabilità politica*. Milano. Giuffré. 1967. Pág. 1.

7. Véase Ph. Lauvaux. *La dissolution des Assemblées Parlementaires*. Paris. Economica. 1983. Págs. 48-53, 477-478.

del carácter abierto de dicho precepto constitucional a las diversas variantes de la forma de gobierno parlamentaria. En este sentido, el texto constitucional no concreta el modelo de régimen parlamentario autonómico y no fija el régimen jurídico de las técnicas del mismo. En definitiva, como señala A. Saiz, “el tipo concreto de parlamentarismo en las Comunidades Autónomas dependerá, a partir de los mínimos constitucionales, del particular desarrollo legislativo que de éstos se haga”<sup>8</sup>.

### **3. Monismo y dualismo en el poder ejecutivo autonómico.**

El tantas veces citado artículo 152.1 CE, al referirse al poder ejecutivo de las Comunidades Autónomas, menciona de forma expresa únicamente dos órganos: el Consejo de Gobierno, con funciones ejecutivas y administrativas; el Presidente, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la Comunidad Autónoma y la representación ordinaria del Estado en la misma. Este precepto, como ya se ha examinado, señala asimismo que el Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno son políticamente responsables ante la Asamblea Legislativa.

De esta configuración constitucional del poder ejecutivo autonómico debe destacarse, en primer lugar, una nota que lo dota de una cierta originalidad, aunque tiene precedentes como, entre otros, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932 (art. 14) y en los Länder de la República Federal de Alemania. Se trata de la atribución al Presidente de funciones de gobierno y de funciones de representación. A este respecto conviene recordar que lo más común en la forma parlamentaria de gobierno es el desdoblamiento en dos de la cabeza del poder ejecutivo de manera que al Jefe del Estado le corresponden las funciones representativas y al Primer Ministro las funciones de gobierno, siendo tan sólo este último políticamente responsable ante el Parlamento. A diferencia de este modelo, el artículo 152.1 CE no establece en la cabeza del poder ejecutivo autonómico un sistema dualista distinguiendo, por ejemplo, entre un Presidente de la Comunidad con funciones representativas y un Jefe de Gobierno con funciones gubernamentales. Así pues, en lugar de esta posible diarquía, la Constitución opta por el monismo en la cabeza del poder ejecutivo autonómico con una Presidencia que acumula facultades representativas (la representación suprema de la Comunidad y la ordinaria del Estado) y facultades gubernamentales (la dirección del Consejo de Gobierno) y que es políticamente responsable ante la Asamblea Legislativa. En definitiva, el Presidente de la Comunidad Autónoma

8. A. Saiz. *La forma de gobierno de la Comunidad Autónoma Vasca*. Oñati. IVAP. 1988. Pág. 32.

es asimilable fundamentalmente al Primer Ministro de un sistema parlamentario, aun cuando ostenta también funciones de representación propias de un Jefe de Estado en esta forma de gobierno. Como última reflexión en torno a este punto, y en directa conexión con el objeto del presente trabajo, es preciso constatar que el texto constitucional no alude a la delegación de funciones del Presidente de la Comunidad, si bien esta omisión en modo alguno impide que esta figura, u otras destinadas a crear una mayor complejidad institucional, pueda ser prevista por los Estatutos de Autonomía y por la legislación autonómica. El carácter abierto del artículo 152.1 CE y las competencias autonómicas en materia de instituciones de autogobierno habilitan la introducción de dicha complejidad institucional. Ahora bien, el Presidente autonómico en ningún caso puede quedar reducido a un órgano meramente representativo y moderador ya que ello chocaría con las expresas previsiones del artículo 152.1 CE relativas a la función presidencial de dirección del Gobierno y a la responsabilidad política del Presidente ante la Asamblea Legislativa<sup>9</sup>.

El segundo elemento característico del diseño constitucional relativo al poder ejecutivo autonómico es la opción por un dualismo orgánico –Consejo de Gobierno y Presidente– en la atribución de las funciones gubernamentales. Pudiera parecer que el artículo 152.1 CE se inclina por el principio monista cuando asigna al Consejo de Gobierno “funciones ejecutivas y administrativas”, pero el mismo precepto señala a continuación que corresponde al Presidente “la dirección del Consejo de Gobierno”. Este último inciso revela que el Presidente interviene en el ejercicio de las funciones gubernamentales no únicamente en tanto que miembro del Consejo de Gobierno, sino especialmente en la medida en que desempeña una tarea específica como es la dirección del órgano colegiado. En este sentido puede afirmarse, siguiendo a M. Bassols, que el artículo 152.1 CE “se basa en una combinación del elemento colegial y el principio monocrático, pues rechaza el modelo presidencialista en cuanto no se atribuye todo el poder ejecutivo al Presidente, pero al propio tiempo tampoco estamos en presencia de un sistema colegial puro en el que el Presidente sea solamente un *primus inter pares* ya que al mismo corresponde la dirección del Consejo de Gobierno”<sup>10</sup>. Sin perjuicio de lo que se acaba de indicar, se puede observar que en este extremo el artículo 152.1 CE acredita nuevamente su carácter abierto puesto que, dentro del marco del dualismo establecido, deja un relativamente amplio margen de maniobra a los Estatutos de Autonomía y a la legislación institucional autonómica para deci-

9. Véase G. Ruiz-Rico. *Op. cit.* Pág. 251.

10. M. Bassols. “Organización institucional y régimen jurídico de las Comunidades Autónomas” en *Organización territorial del Estado*. Vol. I. Madrid. Instituto de Estudios Fiscales. 1984. Pág. 203.

dir si optan por reforzar el principio colegial o el principio monocrático en el ejercicio de las funciones gubernamentales.

### ***III. La Presidencia de la Generalidad en el Estatuto de Autonomía y en la legislación institucional de Cataluña***

#### **1. Rasgos generales de la configuración estatutaria y legal de la Presidencia de las Comunidades Autónomas: parlamentarismo racionalizado; preeminencia del Presidente; variantes institucionales.**

Antes de entrar en el examen más pormenorizado del régimen jurídico de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña puede resultar oportuno, a modo de ilustración contextual, efectuar un breve repaso de conjunto al desarrollo normativo del marco institucional del artículo 152.1 CE –especialmente en lo relativo al Presidente de las Comunidades Autónomas– que han llevado a cabo los Estatutos de Autonomía y la legislación autonómica. A este respecto tres son las características principales de la configuración jurídica resultante: la opción por el parlamentarismo racionalizado; la posición preeminente del Presidente; la presencia de variantes institucionales.

A propósito de la primera cuestión se ha señalado anteriormente que el artículo 152.1 CE imponía a las Comunidades Autónomas la forma de gobierno parlamentaria pero que el tipo concreto de parlamentarismo se dejaba a la libre decisión del legislador estatutario y autonómico. En este sentido el análisis de la normativa correspondiente revela con total nitidez que se ha producido, en sintonía con la pauta seguida por un número significativo de regímenes parlamentarios desde el período de entreguerras del siglo XX, una generalización del parlamentarismo racionalizado. En efecto, tanto la regulación de los procedimientos para la formación del Gobierno como la de los mecanismos para el planteamiento de la responsabilidad política del poder ejecutivo constituyen una expresión de las técnicas jurídicas del parlamentarismo racionalizado, cuya pretensión es contribuir al reforzamiento de la estabilidad gubernamental. Así, por una parte, en todas las Comunidades Autónomas se ha implantado un sistema de confianza explícita inicial al ejecutivo a través del procedimiento de investidura parlamentaria del Presidente y, por otra parte, se han formalizado las vías para poner en juego la responsabilidad gubernamental (moción de censura y cuestión de confianza) con unos requisitos tendentes a dificultar el uso y el éxito de las mociones de censura (carácter constructivo y mayoría cualificada para la aprobación).

En relación con la figura del Presidente de las Comunidades Autónomas se ha subrayado más arriba la originalidad del artículo 152.1 CE al hacer coincidir en la misma el desempeño de funciones representativas y de funciones gubernamentales. En este punto el desarrollo normativo efectuado por los Estatutos de Autonomía y la legislación autonómica ha tratado, en primer lugar, de concretar las atribuciones del Presidente en el ejercicio de sus funciones de representante supremo de la Comunidad Autónoma y de representante ordinario del Estado poniendo de relieve el carácter jurídico-simbólico de las mismas y el papel del Presidente como símbolo de la unidad del ordenamiento autonómico y de la unidad del Estado-ordenamiento<sup>11</sup>. En segundo lugar, la normativa estatutaria y autonómica ha otorgado una posición de preeminencia al Presidente partiendo de la previsión constitucional de que a éste le corresponde la dirección del Consejo de Gobierno. Ello es fácilmente constatable atendiendo a los siguientes factores: el Presidente determina inicialmente la orientación política general del Gobierno a través del programa de investidura; el Presidente y su programa son los destinatarios de la confianza parlamentaria expresada en la votación de investidura; el Presidente nombra y cesa libremente a los miembros de su Gobierno sin necesidad de ningún pronunciamiento parlamentario al respecto; el Presidente concentra en su persona la responsabilidad política del Gobierno; el Presidente preside las reuniones del Gobierno e interviene regularmente en la definición y en la coordinación de la acción del Gobierno<sup>12</sup>. Cabe consignar, finalmente, que, sin perjuicio de la preeminencia del Presidente, los Estatutos y las leyes autonómicas han contemplado la posibilidad de la delegación de funciones presidenciales en beneficio de uno de los miembros del Gobierno.

La presencia del parlamentarismo racionalizado y del papel preeminente del Presidente en los ordenamientos autonómicos supone una coincidencia básica entre el modelo institucional de las Comunidades Autónomas y el previsto para el Estado central en la Constitución. Esta coincidencia es más acusada de la que se derivaría estrictamente de la homogeneización establecida por el artículo 152.1 CE y obedece sobre todo a las estipulaciones de los Pactos Autonómicos de 1981. Estos acuerdos políticos no limitaron la homogeneización institucional autonómica a los términos literales del artículo 152.1 CE sino que incorporaron a la misma algunas de las fórmulas contempladas por la Constitución sobre la figura del Presidente del Gobierno y las relaciones entre éste y el Congreso de los Diputados (entre otros, arts 98, 99, 112, 113 y 114). Por otro lado, en las Comunidades Autónomas, en las que no eran de aplicación los

11. Véase E. Albertí en E. Aja (et al.). *Op. cit.* Págs. 269-275; E. Lucas. *Op. cit.* Págs. 89-93.

12. Véase E. Albertí en E. Aja (et al.). *Op. cit.* Págs. 275-277; E. Lucas. *Op. cit.* Págs. 87-89.

Pactos Autonómicos por disponer en el momento de su firma ya de Estatuto (País Vasco, Cataluña y Galicia), la mencionada homogeneización se produjo voluntariamente y en buena medida a través de las correspondientes leyes institucionales.

Ahora bien, el notable grado de homogeneización institucional de las Comunidades Autónomas no significa ausencia de diferencias en este ámbito. Ello es perfectamente coherente con el carácter abierto del artículo 152.1 CE y con la competencia exclusiva autonómica en materia de organización de las instituciones de autogobierno. En este sentido el régimen jurídico de los órganos de las Comunidades Autónomas presenta algunas variantes en determinados aspectos. Entre las mismas, y ciñéndonos a nuestro objeto de estudio, pueden destacarse las siguientes: el candidato a la investidura parlamentaria puede derivar de una propuesta del Presidente del Parlamento (solución más común y parecida a la del artículo 99 CE), o bien de los grupos parlamentarios en cuyo caso cabe la posibilidad de que existan varios candidatos a la vez (Comunidad Valenciana, País Vasco, Asturias)<sup>13</sup>; el fracaso en la investidura tras dos meses de intentos comporta, al igual que en el artículo 99 CE, la disolución automática del Parlamento en la mayor parte de las Comunidades, salvo en la Comunidad Valenciana, Andalucía y Castilla-La Mancha donde se contemplan mecanismos de investidura automática atendiendo a criterios de representatividad<sup>14</sup>; el planteamiento de la responsabilidad política individual de un consejero de un Gobierno mediante la presentación de una moción de censura individual solamente es admisible en el País Vasco<sup>15</sup>; la disolución anticipada del Parlamento por decisión discrecional del Presidente fue introducida en los años ochenta por

13. Véase F. J. Bastida. “De nuevo sobre el modo de designación de los Presidentes Autonómicos y la forma de gobierno”, *Parlamento y Constitución*, 5, 2001. Págs. 39-70.

14. Hasta la reforma de la LORAFNA de 2001 Navarra contaba también con el procedimiento de investidura automática. La LO 1/2001 ha introducido la disolución automática para hacer frente a los supuestos de ausencia de investidura.

15. Obsérvese que, dejando al margen la mencionada excepción del País Vasco, en este punto se ha producido una homogeneización autonómica que paradójicamente parece contraria a los criterios de homogeneización dimanantes del artículo 152.1 CE. En efecto, este precepto señala al Presidente y a “los miembros” del Gobierno como sujetos políticamente responsables ante la Asamblea y ello permite entender que la Constitución establece la responsabilidad política individual de los consejeros autonómicos. Véase M. Bassols. “Los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas: Presidencia y Consejo de Gobierno”, *REDA*, 40-41, 1984. Pág. 103; A. Saiz. Op. cit. Pág. 30. Curiosamente la propia Constitución no contiene una previsión semejante relativa a los miembros del Gobierno estatal y enfatiza el carácter solidario de la responsabilidad política gubernamental ante el Congreso de los Diputados (art. 108), si bien no sería inconstitucional que el Reglamento del Congreso de los Diputados regulara la moción de censura individual a un ministro. Véase E. Vígala. *La moción de censura en la Constitución de 1978*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1988. Pág. 305.

la ley autonómica<sup>16</sup> en el País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía en unos términos equivalentes a los del artículo 115 CE, mientras que en el resto de Comunidades Autónomas, de acuerdo con los Pactos Autonómicos de 1981, no se preveía esta figura y no se ha implantado hasta las reformas estatutarias de los años noventa<sup>17</sup> con el importante rasgo diferencial de que las elecciones subsiguientes a una disolución presidencial dan lugar a un Parlamento cuyo mandato termina en la fecha prevista para la Cámara disuelta; la diversidad de modelos en la atribución de la actividad de dirección política en el seno del poder ejecutivo.

La relevancia de la última de las cuestiones apuntadas exige efectuar una consideración un poco más amplia sobre la misma. En efecto, la actividad de dirección política consiste fundamentalmente en el establecimiento de los fines que deben guiar la actuación de los poderes públicos<sup>18</sup> y por ello la identificación del órgano u órganos que intervienen en dicha actividad contribuye significativamente a la caracterización de un determinado sistema institucional. En este sentido, siguiendo la tipología propuesta por C. Viver<sup>19</sup>, pueden distinguirse tres grandes modelos en las Comunidades Autónomas: el modelo presidencialista, con ejemplos como Andalucía<sup>20</sup> y Cantabria<sup>21</sup>, de acuerdo con el cual el Presidente fija las directrices de la acción de gobierno y el Consejo de Gobierno desarrolla y ejecuta las citadas directrices; el modelo colegiado, con ejemplos

16. Ante el silencio constitucional y estatutario en relación con el derecho de disolución anticipada de los Parlamentos autonómicos, se ha discutido doctrinalmente acerca de la viabilidad jurídica de la introducción de esta figura mediante ley autonómica. En este sentido, en palabras de A. Bar, “la ausencia de una regulación estatutaria del poder de disolución ha de interpretarse como una expresa prohibición de este mecanismo, pues su trascendencia orgánica dentro del sistema exige una regulación previa por la misma norma que crea y regula los órganos políticos afectados”. Véase A. Bar. “Comentario al artículo 21” en J. Bermejo. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*. Madrid. Ministerio de Administración Territorial. 1985. Pág. 227. Ahora bien, la regulación por ley autonómica del derecho de disolución puede encontrar cobertura jurídica en la ausencia de una prohibición expresa a nivel constitucional y estatutario, en la genérica competencia autonómica para regular las instituciones de autogobierno y en las expresas remisiones a la ley contenidas en los Estatutos para establecer las atribuciones del Presidente autonómico y el régimen jurídico de las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo. Véase al respecto G. Ruiz-Rico. *Op. cit.* Págs 75-96.

17. Con algunas excepciones como en el caso de Baleares y la Comunidad Valenciana.

18. Véase C. Viver. “Algunos problemas jurídicos en torno a la actividad de dirección política de los ejecutivos de las Comunidades Autónomas” en *El Gobierno en la Constitución y los Estatutos de Autonomía*. Barcelona. Diputación de Barcelona. 1985. Pág. 313; E. Espín. “El Gobierno Autonómico” en L. Ortega (Director). *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*. Toledo. Cortes de Castilla-La Mancha. 1995. Pág. 138.

19. C. Viver. *Op. cit.* Págs. 322-328.

20. Ley 6/1983 (arts. 16.1 y 26.1).

21. Ley 6/2002 (arts 11.a y 18.a).

como Galicia<sup>22</sup> y Aragón<sup>23</sup>, en el que se atribuye al Consejo de Gobierno el establecimiento de las directrices de la acción gubernamental y al Presidente la dirección de ésta<sup>24</sup>; el modelo compartido (por ejemplo, Cataluña<sup>25</sup>, País Vasco<sup>26</sup>, Navarra<sup>27</sup>, Comunidad Valenciana<sup>28</sup>) cuyo rasgo característico es la atribución tanto al Presidente como al Consejo de Gobierno de facultades para determinar las directrices y las finalidades de la acción política sin perjuicio de situar en un plano superior aquellas provenientes de la Presidencia<sup>29</sup>. Con todo, el alcance del modelo colegial y del modelo compartido deben matizarse atendiendo a los factores ya expuestos (definición del programa de investidura, nombramiento y cese de los miembros del Gobierno) que otorgan en todos los casos una posición de preeminencia al Presidente de la Comunidad Autónoma<sup>30</sup>.

## 2. Regulación.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña es sumamente escueto en la regulación de las instituciones políticas. En este sentido, en lo relativo al poder ejecutivo, poco añaden de verdaderamente significativo los artículos 36 y 37 EAC al marco institucional autonómico que venía establecido por el artículo 152.1 CE, salvo tal vez la referencia a la delegación de funciones del Presidente. El artículo 36.2

22. Ley 6/1983, modificada por la ley 11/1988, (arts. 1, 4.1 y 26.3).

23. Ley 1/1995, según texto refundido del Decreto Legislativo 1/2001, (arts. 12.2 y 16.1).

24. Este modelo es muy parecido al que se deriva de los artículos 97 y 98.2 CE relativos a la dirección política en el ámbito estatal. Así, el Gobierno dirige la política interior y exterior y el Presidente del Gobierno dirige la acción del Gobierno. Con todo, la ley 50/1997 ha reforzado las facultades de dirección política del Presidente al atribuirle la determinación de las directrices de la política interior y exterior.

25. Ley 3/1982 (arts. 62.a y 71.a).

26. Ley 7/1981 (arts. 8.a y 16).

27. Ley 23/1983 (arts. 1, 10.1 y 24.a).

28. Ley 5/1983 (arts. 16.a y 20.a).

29. A. Bar distingue entre modelo compartido y modelo concurrente (por ejemplo, Cataluña y Comunidad Valenciana) tratando de poner de relieve en este último supuesto la existencia de una posición de igualdad entre Presidente y Consejo de Gobierno en la determinación de la dirección política. Al margen de otras consideraciones relativas a la libre disposición presidencial de la composición del Gobierno, se hace difícil predicar tal posición de igualdad ya que en las disposiciones legales correspondientes es posible apreciar una diferencia de grado entre las directrices del Presidente (de carácter más general o programático) y las del Consejo de Gobierno. Véase A. Bar. "El Presidente y el Consejo de Gobierno de Cantabria" en A. Bar (Director). *El Estatuto de Autonomía de Cantabria: perspectivas doctrinales y prácticas*. Santander. Universidad de Cantabria, Asamblea Regional de Cantabria. 1994. Pág. 129.

30. Por otro lado no debe olvidarse que los Parlamentos Autonómicos, independientemente del reconocimiento explícito de su función de impulso político (por ejemplo, art. 30.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña) también contribuyen a la definición de la dirección política general a través de la aprobación del programa de investidura y de la aprobación de mociones y resoluciones. Véase G. Ruiz-Rico. Op. cit. Págs. 210-212.

reitera la previsión constitucional sobre las funciones representativas del Presidente y señala que el Presidente de la Generalidad dirige y coordina la acción del Gobierno o Consejo Ejecutivo, mientras que el artículo 37.1 indica que el Consejo Ejecutivo es el órgano colegiado de gobierno con funciones ejecutivas y administrativas. Por su parte, el artículo 36.3 introduce la posibilidad de la delegación temporal de funciones ejecutivas del Presidente en uno de los consejeros y el artículo 36.4 afirma que el Presidente será en todo caso políticamente responsable ante el Parlamento. Finalmente, el artículo 37.2 establece la responsabilidad política solidaria del Gobierno ante el Parlamento sin perjuicio de la responsabilidad directa de cada consejero por su gestión.

La brevedad de la regulación estatutaria ha comportado que la regulación de la Presidencia de la Generalidad se encuentre fundamentalmente en la Ley 3/1982, del Parlamento, del Presidente y del Consejo Ejecutivo de la Generalidad, modificada por la Ley 8/1985 con el fin de introducir el derecho de disolución del Parlamento por parte del Presidente. Cabe mencionar también al Reglamento del Parlamento de 1980 como fuente normativa para la regulación de las relaciones entre el Presidente y el poder legislativo. Asimismo, debe tenerse en cuenta la Ley 1/2000, que modifica el artículo 79 de la Ley 3/1982 y el artículo 9 de la Ley 13/1989, en virtud de la cual se ha atribuido al Presidente de la Generalidad la potestad de regular por decreto la creación y la determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalidad.

### **3. El Presidente en un marco de parlamentarismo racionalizado: investidura programática, censura constructiva, concentración de la responsabilidad política gubernamental y disolución discrecional del Parlamento.**

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 152.1 CE establece una forma de gobierno parlamentaria para las Comunidades Autónomas pero deja abierta para la regulación estatutaria y legal la determinación del tipo de parlamentarismo. En el caso de Cataluña, la Ley 3/1982 ha optado de manera muy clara por el parlamentarismo racionalizado y ello es constatable tanto en la normativa para la elección del Presidente como para el planteamiento de la responsabilidad política del poder ejecutivo.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la legislación catalana (arts. 49 a 56 de la Ley 3/1982 y art. 119 del Reglamento del Parlamento) prevé un sistema de investidura parlamentaria muy parecido al que la Constitución contempla para la designación del Presidente del Gobierno. Se trata de una investidura individual

de un candidato a Presidente de la Generalidad propuesto por el Presidente del Parlamento de entre los miembros de la Cámara. La investidura es de carácter programático, pues el candidato debe exponer ante la Cámara su programa de gobierno, si bien no está obligado a anunciar la composición de su Gobierno<sup>31</sup>. El candidato y su programa deben someterse a la votación parlamentaria y deben alcanzar la mayoría absoluta, en primera votación, o la mayoría simple en segunda votación. En el supuesto de que ningún candidato obtenga la mayoría necesaria transcurridos dos meses desde la primera votación, la ley impone la disolución automática del Parlamento y la convocatoria de nuevas elecciones. Con este procedimiento de investidura, por un lado, se pretende favorecer la formación de Gobiernos mayoritarios estables sin impedir la posible existencia de Gobiernos minoritarios y, por otro, se pone de manifiesto que desde el primer momento el Presidente adquiere una posición de preeminencia ya que, a través del programa de investidura, determina la dirección política del Gobierno que posteriormente va a constituir. Como observa C. Viver, “el sistema de designación adoptado no es el que corresponde a un Jefe de Estado que se quiere situar en una posición *supra partes*, sino el propio de un Presidente de Gobierno, políticamente beligerante, que se perfila como el principal responsable de la dirección política del país y como jefe indiscutible de un ejecutivo que tiene todos los rasgos característicos de un gobierno de presidente”<sup>32</sup>.

En lo relativo al planteamiento de la responsabilidad política, la Ley 3/1982 (arts. 85 a 91) y el Reglamento del Parlamento (arts. 120 a 122) reflejan también los postulados del parlamentarismo racionalizado. En este sentido, la moción de censura es de carácter constructivo, exige exposición programática del candidato alternativo y su aprobación requiere mayoría absoluta del Parlamento. Por su parte, la cuestión de confianza es de iniciativa del Presidente, previa deliberación no vinculante del Gobierno, debe asociarse a un programa o a una declaración expuestas por el Presidente ante la Cámara y la confianza se entiende otorgada mediante la mayoría simple del Parlamento. Para completar el marco jurídico de la responsabilidad política gubernamental y del sistema parlamentario en Cataluña es preciso destacar, por una parte, que la Ley 3/1982 no contempla la moción de censura individual a los consejeros y, por lo tanto, el Presidente concentra en su figura la responsabilidad política gubernamental y, por otra parte,

31. La Disposición Transitoria 5.3 del EAC, aplicable para la primera investidura del Presidente de la Generalidad después de la entrada en vigor de la norma estatutaria, exigía que el candidato anunciase ante el Parlamento la composición de su futuro Gobierno, pero este requisito no pasó a la ley 3/1982.

32. C. Viver. “El Presidente de la Generalidad” en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Barcelona. Instituto de Estudios Autonómicos. 1990. Vol. III. Pág. 334.

que el artículo 46.c) de la Ley 3/1982 otorga al Presidente, previa deliberación no vinculante del Consejo Ejecutivo, la facultad de disolver discrecionalmente el Parlamento en unos términos parecidos a los conferidos al Presidente del Gobierno por el artículo 115 CE.

En definitiva, la forma de gobierno parlamentaria establecida por el ordenamiento catalán se caracteriza por la investidura individual y programática del Presidente, la posible existencia de gobiernos minoritarios, la censura constructiva votada por mayoría absoluta, la cuestión de confianza a iniciativa del Presidente otorgada por mayoría simple, la ausencia de censura individual a los miembros del Consejo Ejecutivo y la disolución anticipada del Parlamento por decisión discrecional del Presidente. Se trata de una de las variantes del sistema parlamentario, coincidente con la prevista por la Constitución española de 1978 para el ámbito estatal, que más preeminencia da al Presidente-Jefe de Gobierno y que más protección concede a los gobiernos minoritarios<sup>33</sup>.

#### **4. El Presidente como representante supremo de la Generalidad y como representante ordinario del Estado: una figura simbólica.**

Como también se ha apuntado precedentemente, estas funciones representativas de los Presidentes autonómicos derivadas del artículo 152.1 CE les confieren una nota de originalidad ya que en cierto modo les asemejan a los Jefes de Estado.

En el caso de Cataluña la doctrina coincide en señalar que la función del Presidente como representante supremo de la Generalidad (art. 36.2 EAC) significa que el Presidente simboliza la unidad y la continuidad de la Comunidad Autónoma y que, como tal, la representa en aquellas relaciones en las que actúa como un todo unitario<sup>34</sup>. Esta representación tiene fundamentalmente un contenido jurídico o protocolario y, consiguientemente, los actos en los que se concreta son meramente formales y no implican la adopción de ninguna decisión política por parte del Presidente. Esta representación suprema se extiende al ámbito de las relaciones externas y también a algunas actuaciones de carácter interno. Entre las primeras, corresponde al Presidente mantener las relaciones

33. Véase J. Vintró. “Responsabilidad política del Presidente y de los Consejeros” en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Barcelona. Instituto de Estudios Autonómicos. 1990. Vol. III. Pág. 380; M. Gerpe. “Parlamento, Presidente y Consejo Ejecutivo de la Generalidad: Nota sobre la forma de gobierno de Cataluña”. *Autonomías*, 12, 1990. Págs. 10-13.

34. Véase C. Viver. “El Presidente...”. Op. cit. Págs. 342-344, 350-352; E. Albertí en E. Albertí (et al.). *Manual de Dret Públic de Catalunya*. Barcelona. Institut d’Estudis Autònomic. 2002. Págs. 249-251; I. Folchi en M. Barceló, J. Vintró (Coordinadores). *Dret Públic de Catalunya*. Barcelona. Cedecs. 2001. Págs. 390-391.

con las instituciones del Estado y de otras Comunidades Autónomas y le corresponde firmar los convenios y acuerdos con otras Comunidades Autónomas (art. 60 de la Ley 3/1982). En el ámbito interno, el mismo precepto de la Ley 3/1982 menciona como atribuciones del Presidente la convocatoria de elecciones al Parlamento y el nombramiento de los altos cargos de la Generalidad. Podría incluirse también en esta categoría la facultad presidencial de firmar los decretos acordados por el Gobierno y ordenar su publicación, aún cuando el artículo 62.f) de la Ley 3/1982 la incluya entre las funciones del Presidente de dirección y coordinación del Gobierno.

En cuanto a la función del Presidente de la Generalidad como representante ordinario del Estado en Cataluña (art. 36.2 EAC), ésta debe entenderse en el sentido de que el Presidente representa la organización global que forma el Estado español, es decir, el Estado-comunidad o el Estado-ordenamiento, pero no el denominado Estado-aparato<sup>35</sup>. En el tipo de organización y articulación territorial, que dimana de la Constitución, como representante del Estado-aparato existe la figura del Delegado del Gobierno en las Comunidades autónomas (art. 154 CE) y, por lo tanto, este tipo de representación no puede corresponder al Presidente autonómico. Como representante ordinario del Estado el Presidente simboliza la inserción de la Comunidad Autónoma en la unidad estatal superior y refleja, al propio tiempo, la unidad del Estado en el interior de la Comunidad Autónoma. Las facultades derivadas de esta representación ordinaria del Estado son escasas y se concretan en actos debidos de carácter simbólico destinados a dar fe y publicidad de la adopción de determinadas decisiones por parte de otros órganos. Así, la Ley 3/1982 (art. 61) menciona dos atribuciones del Presidente de la Generalidad en el ejercicio de esta función: por una parte, la promulgación en nombre del Rey de las leyes aprobadas por el Parlamento de Cataluña y la orden de publicación de las mismas; por otra parte, la orden de publicación en el *Diario Oficial de la Generalidad* del nombramiento real del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

### **5. El Presidente y la dirección del Gobierno: una figura preeminente.**

Las escasas precisiones aportadas por el artículo 37.1 EAC parecían apuntar hacia un modelo colegiado de dirección política en Cataluña pues este precepto se refiere al Consejo Ejecutivo como “órgano colegiado de gobierno con funciones ejecutivas y administrativas”<sup>36</sup>. Sin embargo, a partir de la previsión estatu-

35. Véase nota anterior.

36. Véase C. Viver. “La figura jurídica del President de la Generalitat a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya”. *Revista Jurídica de Catalunya*, 1, 1980. Pág. 162.

taria de que el Presidente dirige y coordina la acción del Gobierno (art. 36.2 EAC), la Ley 3/1982 ha reforzado la posición del Presidente de la Generalidad en el ejercicio de la actividad de dirección política. Para empezar esta norma ha introducido una distinción entre la facultad de “establecer las directrices generales de la acción de gobierno” (art. 62.a), que corresponde al Presidente, y la facultad de “determinar las directrices de la acción de gobierno” (art. 71.a), que se atribuye al Consejo Ejecutivo. Más allá de la dificultad de determinar el alcance y la eventual superioridad de la directrices presidenciales sobre las del órgano colegiado, es evidente que la Ley 3/1982 confiere al Presidente una competencia personal en el ámbito de la dirección política<sup>37</sup> y la propia ley lo ilustra con la regulación de las atribuciones concretas del Presidente.

Así, entre las atribuciones personales del Presidente previstas en la Ley 3/1982 y a través de las cuales puede concretar la genérica competencia de fijar las directrices generales de la acción de gobierno, deben mencionarse las siguientes: la definición del programa de gobierno en la investidura (art. 51); el nombramiento y cese de los miembros del Gobierno (art. 62.b); la creación, la determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalidad (Ley 1/2000 que modifica el art. 79 de la Ley 3/1982 y el art. 9 de la Ley 13/1989); la solicitud de reunión extraordinaria del Parlamento (art. 62.d); la solicitud de celebrar un debate general en el Parlamento (art. 62.e); el planteamiento de la cuestión de confianza (art.90); la facultad de disolver anticipadamente el Parlamento (art. 46.c).

Además de las atribuciones anteriores el Presidente tiene, de acuerdo con la Ley 3/1982, otros dos tipos de competencias personales. Por una parte, las que ejerce en el seno del Consejo Ejecutivo y sobre el mismo: la convocatoria y la presidencia de las reuniones del Gobierno (art. 62.c); la coordinación del programa legislativo del Gobierno y la elaboración de disposiciones de carácter general (art. 63.a); la convocatoria y la presidencia de las comisiones del Consejo Ejecutivo (art. 63.b); el encargo a un consejero del despacho de otro departamento por impedimento del titular (art. 63.d). Por otra parte, el Presidente tiene también atribuciones personales de carácter externo, es decir, de exteriorización de la voluntad política o de decisiones del Gobierno: el suministro de la información solicitada por el Parlamento al Gobierno (art. 63.c); la firma de los decretos acordados por el Consejo Ejecutivo y la correspondiente orden de publicación (art. 62.f).

37. Véase C. Viver. “El Presidente...”. Op. cit. Págs. 347-348.

Finalmente, el Presidente participa como miembro del Consejo Ejecutivo<sup>38</sup> en el ejercicio de las competencias atribuidas al Gobierno por la Ley 3/1982, que suponen una concreción de la actividad gubernamental de dirección política y entre las que pueden destacarse las siguientes: la elaboración y la aplicación del presupuesto (art. 71.b); la aprobación de los proyectos de ley y la autorización para presentarlos al Parlamento (art. 71.c); la aprobación de decretos legislativos (art. 71.d); la potestad reglamentaria (art. 71.e); el nombramiento y la separación de los altos cargos de la Administración de la Generalidad (art. 71.g); la aprobación de los proyectos de convenio con otras Comunidades Autónomas (art. 71.l); el desarrollo reglamentario de normas internacionales o derivadas de las mismas (art. 71.j); el planteamiento de recursos de inconstitucionalidad o de conflictos de competencia (art. 71.m). En todos estos supuestos el Presidente se encuentra jurídicamente en una situación de paridad con los restantes miembros del Gobierno, si bien dispone del voto dirimente en los casos de empate (art. 73).

En definitiva, la Ley 3/1982 configura un modelo compartido de dirección política entre Presidente y Gobierno pero el Presidente ocupa una posición preeminente como consecuencia especialmente de las muy relevantes atribuciones que ostenta para poder concretar su genérica competencia de establecer las directrices generales de la acción política<sup>39</sup>.

#### *IV. La delegación de funciones presidenciales*

##### **1. Regulación.**

El Estatuto de Autonomía de Cataluña fue el primero que, siguiendo el antecedente de la época republicana, introdujo la posibilidad de la delegación de funciones del Presidente en uno de los consejeros y ello representa, como ya se ha indicado anteriormente, el elemento de mayor novedad u originalidad aportado por la regulación estatutaria en materia institucional. Posteriormente otros Estatutos y leyes institucionales autonómicas han contemplado también la figura de la delegación presidencial de funciones.

38. Debe dejarse constancia, sin entrar en el tratamiento de la cuestión pues ello excede del objeto y de los límites del presente trabajo, que la Presidencia, además de un órgano político, constituye también un Departamento (art. 79 de la ley 3/1982) cuyo titular, a partir de 1996, no es el Presidente de la Generalidad. Véase E. Albertí en E. Albertí (et al.). Op. cit. Pág. 257.

39. Véase C. Viver. "El Presidente...". Op. cit. Pág. 349; E. Albertí. "Posición institucional del Consejo Ejecutivo o Gobierno" en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Barcelona. Instituto de Estudios Autonómicos. 1990. Págs. 395-406.

Así, el Estatuto de Autonomía de Cataluña regula el Presidente de la Generalidad en el artículo 36 y sobre la delegación de funciones establece literalmente lo siguiente: “El Presidente podrá delegar temporalmente funciones ejecutivas en uno de los Consejeros” (art. 36.3); “El Presidente será, en todo caso, políticamente responsable ante el Parlamento” (art. 36.4). Por su parte, el apartado 5 del artículo 36 remite a la ley para la determinación de las atribuciones del Presidente y dicha ley es la tantas veces citada 3/1982, cuyos artículos relativos a la delegación de funciones son concretamente el 64 y el 86. El artículo 64 prevé la delegación como potestativa y temporal y determina su alcance y la revocabilidad. El artículo 86 precisa que la delegación temporal de funciones ejecutivas en un Consejero o en más de uno no exime al Presidente de la responsabilidad política ante el Parlamento. Para completar este marco normativo debe hacerse referencia al decreto 12/2001 en virtud del cual se ha establecido una delegación total, y de larga duración, de las funciones delegables y se ha designado al consejero delegado con el nombre de *Conseller en Cap de la Generalitat*<sup>40</sup>.

## **2. Antecedentes: El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932 y el Estatuto Interior de Cataluña de 1933.**

La delegación de funciones del Presidente en uno de los consejeros aparece ya en el ordenamiento jurídico de la Generalidad republicana. Antes de analizar esta figura es oportuno recordar que el Estatuto de Autonomía de 1932 (art. 14) y el Estatuto Interior aprobado por el Parlamento de Cataluña en 1933 (arts. 39, 40 y 41) establecen una forma de gobierno parlamentaria en la que el Presidente de la Generalidad es elegido por el Parlamento, nombra y separa a los consejeros, establece las directrices generales de la política del Gobierno y es políticamente responsable ante la Cámara. El Presidente asume también funciones de representación de Cataluña y del Estado. La presencia de la delegación de funciones del Presidente puede constatare en el artículo 17 del proyecto de Estatuto de 1931 y en el artículo 14 del Estatuto de 1932. Este último precepto señala concretamente que el Presidente de la Generalidad “podrá delegar temporalmente sus funciones ejecutivas, pero no las representativas, en uno de los consejeros”. Esta previsión estatutaria es desarrollada posteriormente con cierto detalle en los artículos 45, 46, 47, 49 y 54 del Estatuto Interior de Cataluña de 1933.

De la regulación contenida en la normativa anteriormente citada, y particularmente en el Estatuto Interior, emergen unas notas distintivas de la delegación

40. El nombramiento ha sido efectuado por el Presidente J. Pujol, de la federación de *Convergència i Unió*, y ha recaído en A. Mas, miembro de la misma formación política.

de funciones del Presidente de la Generalidad que pasan a examinarse a continuación:

a) El carácter potestativo. La delegación de funciones es una facultad del Presidente y, por lo tanto, la figura del consejero delegado no es institucionalmente necesaria;

b) El destinatario de la delegación y la denominación del consejero delegado. La delegación de funciones debe recaer en un único consejero del Gobierno que puede estar al propio tiempo al frente de un Departamento o bien tratarse de un consejero sin cartera. El consejero destinatario de la delegación de funciones recibe el nombre de Consejero Primero;

c) La dimensión temporal. El establecimiento de la delegación de funciones por parte del Presidente debe acompañarse de la fijación de un plazo determinado para la duración de la misma. Obviamente la delegación no puede ir más allá del mandato del Presidente, pero el ordenamiento no prohíbe que la delegación quede vinculada en principio a la totalidad de dicho mandato presidencial;

d) El alcance material. La delegación de funciones se proyecta sobre la totalidad de las funciones ejecutivas o de gobierno. En este punto conviene subrayar, en primer lugar, que en la época republicana la delegación de las funciones ejecutivas no podía ser parcial sino total. Por otra parte, el Estatuto Interior trata de precisar la delimitación de atribuciones entre Presidente y consejero delegado señalando que, incluso en caso de delegación, corresponden al Presidente las funciones de representación, la recuperación de las funciones delegadas, el nombramiento y la separación de los consejeros, la designación de directores generales y de otros cargos, la autorización de la lectura de los proyectos de ley para presentar al Parlamento, la promulgación de las leyes y la facultad de presidir el Gobierno sin tomar parte en sus votaciones. Al propio tiempo el Estatuto Interior menciona de manera expresa como funciones del Consejero Primero las siguientes: presidir el Gobierno dejando a salvo la facultad del Presidente al respecto indicada anteriormente, presidir el Gobierno en los supuestos de dimisión del Presidente, firmar los decretos y reglamentos emanados del Gobierno y ostentar directamente la representación del Gobierno ante el Parlamento;

e) La comunicación al Parlamento. La delegación de funciones debe ser comunicada al Parlamento pero no se exige ningún debate ni ningún pronunciamiento de la Cámara a propósito de la designación del Consejero Primero;

f) La responsabilidad política separada del Presidente de la Generalidad y del Consejero Primero. Una vez delegadas las funciones ejecutivas por parte del Presidente de la Generalidad, los votos de confianza o de censura se dirigen al Consejero Primero y al Gobierno y, por lo tanto, no afectan al Presidente, a no ser que la formulación expresa de los mismos en el Parlamento se refiera personalmente a él.

En la dinámica institucional de la Generalidad republicana la delegación de funciones se practicó en tiempo de paz durante toda la presidencia estatutaria de F. Macià, es decir, desde octubre de 1932 hasta diciembre de 1933. El Presidente Ll. Companys, elegido en diciembre de 1933, no utilizó la delegación de funciones hasta después de iniciada la Guerra Civil española en julio de 1936.

Ciñéndonos a los supuestos de delegación de funciones en el contexto de normalidad institucional de 1932-1933 el marco jurídico anteriormente descrito confirió un cierto relieve a la figura del Consejero Primero, mantuvo la función de dirección política general en manos del Presidente de la Generalidad, no relegó al Presidente a un papel meramente moderador y permitió al Presidente dejar de acudir habitualmente al Parlamento. En este sentido resultan muy ilustrativas las sesiones parlamentarias de presentación de los Gobiernos ante el Parlamento. En primer lugar, porque quien comparece al frente del Gobierno exponiendo el programa y la composición del ejecutivo es el Consejero Primero y no el Presidente de la Generalidad. En segundo lugar, porque el Consejero Primero atribuye la autoría de la orientación política general al Presidente de la Generalidad y a la vez reclama para sí y para el Gobierno la responsabilidad política de la ejecución de dicha orientación política general. En tercer lugar, porque las sesiones terminan, a pesar de no venir ello exigido por ninguna norma, con la votación de una resolución de confianza al Consejero Primero y al Gobierno presentada por el grupo mayoritario en la Cámara (Esquerra Republicana de Catalunya). Finalmente, porque los grupos de oposición o críticos con ERC (la Lliga, la Unió Socialista de Catalunya y sectores disidentes de ERC) denuncian con fundamento que el Presidente debería acudir al Parlamento para responder de su indelegable función de dirección política y de una de sus manifestaciones más claras cual es la designación de los miembros de su Gobierno<sup>41</sup>.

41. Véase *La Generalitat de Catalunya. Els Governos*. Ed. de IE Pitarch. Barcelona. Undarius. 1976. Págs. 28-114; C. Viver. *La figura...*, Op. cit. Págs.171-172.

En definitiva, como subraya M. Mateu, la delegación de funciones fue utilizada, más allá de las expresas previsiones legales, para que el Presidente de la Generalidad dejara de afrontar su responsabilidad política ante el Parlamento, pero esta figura no dio lugar a un dualismo en la cabeza del poder ejecutivo y no convirtió al Consejero Primero en un verdadero Jefe de Gobierno sino simplemente en un gestor de los asuntos ordinarios del Consejo Ejecutivo<sup>42</sup>.

### 3. Naturaleza.

La delegación de funciones del Presidente es una modalidad de delegación interorgánica y como tal es una técnica de traslación de atribuciones en virtud de la cual un órgano –el delegante– transfiere de forma revocable a otro –el delegado– el ejercicio de competencias propias manteniendo la titularidad de las mismas. Dicho en otras palabras, la titularidad de las atribuciones queda retenida por el delegante, pero su ejercicio pasa al delegado que lo conservará mientras subsista la delegación.

La delegación interorgánica, en la medida en que altera el ejercicio ordinario de las funciones de un órgano, requiere una previsión legal que la autorice. En el caso del Presidente de la Generalidad, dado su carácter de órgano estatutario, la sede normativa más adecuada para dicha autorización es el Estatuto y así aparece en el artículo 36.3<sup>43</sup>. Este precepto indica el órgano delegante –el Presidente– y el órgano delegado –uno de los Consejeros–, el carácter potestativo y temporal de la delegación y el objeto (“funciones ejecutivas”).

Ahora bien, ni el Estatuto ni la Ley 3/1982 establecen las causas que justifiquen la delegación de funciones. Una interpretación sistemático-funcional de estas disposiciones lleva a pensar que la delegación puede responder a dos tipos de motivos: unos de carácter objetivo, es decir, la necesidad de cubrir las ausencias del Presidente por enfermedad o por viajes fuera del territorio de Cataluña; otros de oportunidad política, que son apreciados discrecionalmente por el delegante, para descargar en un momento determinado a la Presidencia de alguna de sus funciones ejecutivas, o bien para introducir con una relativa amplitud temporal una nueva situación de cierto dualismo o de complejidad institucional entre

42. Véase M. Mateu. *El President de la Generalitat de Catalunya en l'Estatut d'Autonomia de 1932*. Tesis de Licenciatura. Universitat Autònoma de Barcelona. 1995. Págs. 45 y 159.

43. Con todo, puede seguirse en este punto un razonamiento similar al expresado en la nota 15 al tratar de la regulación por ley autonómica de la disolución discrecional del Parlamento. Recuérdese, en este sentido, que la delegación de funciones del Presidente no está contemplada en el Estatuto Vasco y aparece, en cambio, en el artículo 25 de la ley 7/1981.

Presidente y consejero delegado en el seno del Gobierno. A propósito de este último supuesto puede observarse que, durante el debate parlamentario de la Ley 3/1982, comunistas y socialistas, aun sin defender abiertamente la posibilidad de un Presidente meramente representativo pues ello chocaría con las previsiones constitucionales y estatutarias, pusieron más empeño que CiU en perfilar jurídicamente la delegación de funciones para dotar de especificidad institucional al consejero delegado<sup>44</sup>.

La delegación por razones objetivas es la que más asiduamente se ha llevado a cabo, concretamente en todas las ocasiones en que el Presidente se ha ausentado del territorio de Cataluña, y lógicamente ha tenido un alcance temporal muy limitado<sup>45</sup>. También se puede encontrar algún ejemplo de delegación cuya finalidad es simplemente aligerar el volumen de trabajo del Presidente liberándolo de una determinada atribución: mediante el decreto 201/1983 (art. 1) el Presidente delegó la facultad de convocar y presidir las dos comisiones creadas en el seno del Gobierno. Obviamente estos dos supuestos de delegación no tienen especial relevancia política. En cambio, una delegación amplia y de larga duración adquiere una notable significación política ya que potencia la figura del consejero delegado y puede redimensionar parcialmente la posición del Presidente. A este tipo corresponde la delegación establecida mediante el decreto 12/2001 cuyas características son examinadas en esta páginas.

Otro elemento de la naturaleza de la delegación de funciones del Presidente de la Generalidad es su carácter potestativo que se desprende de la literalidad del artículo 36.3 EAC y del artículo 64 de la Ley 3/1982 (“El Presidente podrá delegar”). Este carácter potestativo configura la delegación como un acto subjetivo y discrecional del Presidente de la Generalidad. En efecto, tanto el establecimiento como el mantenimiento de la delegación dependen única y exclusivamente de la voluntad del Presidente y este hecho hace presumir que, cuando la delegación responde a razones de oportunidad política, existe una relación de confianza entre el delegante y el delegado. De cuanto acaba de señalarse, queda claro que ni la delegación ni la posible figura de un consejero delegado son jurídicamente necesarias.

El último aspecto a considerar sobre la naturaleza de la delegación es la temporalidad. La normativa reguladora recoge explícitamente este carácter que, por

44. Véanse las intervenciones de R. Ribó (PSUC), I. Molas (PSC) y M. Alavedra (CiU). *DSPC-P*, 92, 10 de marzo de 1982. Págs. 2571-2589; también *BOPC*, 68, 1 de marzo de 1982. Págs. 2396-2402.

45. Véase a modo de ejemplo, entre otros muchos, el decreto 90/1997.

otra parte, es consustancial a toda delegación, y particularmente si el sujeto delegante es un cargo político. Reafirma la nota de temporalidad, además, el hecho de que la delegación pueda ser revocada por el Presidente en cualquier momento, como así se indica en el último inciso del artículo 64 de la Ley 3/1982. El requisito de la temporalidad supone que el Presidente cuando delega sus funciones debe fijar un plazo a la delegación que opera como plazo máximo de finalización y que puede extenderse durante todo el tiempo de mandato que le quede al delegante. Al mismo tiempo, la temporalidad tiene otra virtualidad cual es la de impedir que por vía convencional se pueda institucionalizar de forma estable la delegación, ya que, al tener cada delegación un plazo cierto, cualquier nueva delegación requiere un acto específico de creación.

Examinando la práctica de la delegación en Cataluña cabe formular en relación al requisito de la temporalidad dos anotaciones. La primera es de carácter crítico ya que los decretos 201/1983 y 253/2002<sup>46</sup> no contienen mención alguna al plazo de finalización de la delegación establecida. En estos casos puede entenderse que la delegación dura hasta el final del mandato del Presidente, pero hay que advertir que la delegación no queda automáticamente renovada aunque el Presidente repita mandato. La segunda sirve para constatar que el plazo de la delegación puede alargarse por todo el tiempo de mandato de que dispone el Presidente. En este sentido, el decreto 12/2001 (art. 2) señala que la delegación se extiende “hasta el final de la presente legislatura parlamentaria” y ello supone en este caso una duración, en principio, de más de dos años y medio.

#### **4. Sujetos.**

No queda duda, después de lo anteriormente expresado, de que el sujeto delegante es el Presidente de la Generalidad una vez ha recibido la investidura parlamentaria y ha tomado posesión de sus funciones.

En cuanto al sujeto delegado, tanto el Estatuto (art. 36.3) como la Ley 3/1982 (art. 64) indican que la delegación presidencial debe recaer “en un Consejero”<sup>47</sup>. Dicho de otro modo, el Presidente no puede atribuir la delegación a una persona ajena al Gobierno, sino que debe conferirla a un Consejero previamente incorporado al ejecutivo. Con la regulación actualmente contenida en el artículo 12 de

46. El decreto 253/2002 reduce, como se analizará más adelante, el alcance total de la delegación operado por el decreto 12/2001 al atribuir la Presidencia de las Comisiones del Gobierno a dos consejeros y sustraerla al *Conseller en Cap*.

47. La ley vasca 7/1981 señala que el destinatario de la delegación ha de ser el Vicepresidente Primero.

la Ley 13/1989 cada Consejero tiene asignado un Departamento, es decir, no se prevén Consejeros sin cartera y, por lo tanto, el Consejero que reciba la delegación debe ser siempre el titular de un Departamento. Sin embargo, cabe observar que esta previsión legal no viene impuesta por el Estatuto y, en consecuencia, una modificación de la Ley 13/1989 podría permitir la creación de Consejeros sin cartera y otorgar a uno de ellos la delegación de funciones. En cualquier caso la delegación debe efectuarse con indicación expresa de la persona -y no meramente del titular innominado de una determinada consejería- que va asumir las funciones delegadas<sup>48</sup>.

El artículo 86 de la Ley 3/1982 parece introducir una mayor complejidad en relación al sujeto delegado cuando incidentalmente alude a la delegación “en un Consejero o en más de uno”. De entrada, cabe señalar al respecto que el tenor literal del citado precepto se aparta de la regulación estatutaria que se refiere únicamente a “uno de los consejeros” como destinatario de la delegación y que se reproduce en estos mismos términos en el artículo 64 de la propia Ley 3/1982. En la práctica, sin embargo, se encuentran ejemplos de delegación en más de un Consejero. Así, mediante el decreto 201/1983 (art. 1), el Presidente delegó en el Consejero de Gobernación y en el Consejero de Economía y Finanzas la facultad de convocar y presidir, respectivamente, las Comisiones gubernamentales de Asuntos Políticos y de Asuntos Económicos. Incluso puede darse una delegación en más de un Consejero coexistiendo con el *Conseller en Cap*, aunque ello no resulta muy coherente con la aparente potenciación del mismo derivada de la formalización expresa de esta figura. En este sentido, tras el decreto 253/2002 (arts. 6 y 7) que modifica el decreto 12/2001, las Comisiones del Gobierno (Asuntos Institucionales y Asuntos Económicos) son convocadas y presididas, respectivamente, por los Consejeros de Justicia e Interior y de Economía y Finanzas, dejando estas funciones de ser asumidas por el *Conseller en Cap*.

### **5. Denominación del Consejero delegado.**

Ni el Estatuto ni la Ley 3/1982 asignan una denominación específica al Consejero que recibe la delegación, aunque en el debate parlamentario de la citada ley algún grupo<sup>49</sup> propuso enmiendas que pretendían incorporar la denominación “Consejero Primero”, presente en el Estatuto Interior de Cataluña de 1933.

48. Este es uno de los aspectos criticables del decreto 253/2002 (arts. 6 y 7) pues no identifica por su nombre a los consejeros delegados, sino en general a los titulares de dos Departamentos. No debe olvidarse al respecto que establecer una delegación temporal de funciones presidenciales no es identificable a una reorganización administrativa.

49. Concretamente el PSUC. Véase nota 44.

La cuestión de la denominación es relevante dependiendo de las causas y el alcance de la delegación. Si se produce por causas objetivas y tiene una corta duración y un alcance muy limitado, no tiene sentido otorgar una denominación específica al Consejero que recibe la delegación. En cambio, si la delegación responde a motivos político-institucionales, es de larga duración y total, la denominación adquiere una significación ya que contribuye a singularizar y visualizar la posición institucional del Consejero delegado. En este caso, es coherente que el Consejero delegado pueda adoptar el nombre de Consejero Primero o de *Conseller en Cap* (“Consejero Jefe”<sup>50</sup>) recuperando denominaciones históricas, como ha hecho el Decreto 12/2001 (arts. 2 y 3). En este decreto el Presidente de la Generalidad delega, hasta el final de la legislatura en curso, la totalidad de las funciones jurídicamente delegables en el Consejero de la Presidencia, y éste, mientras dure la citada delegación, recibe el nombre de *Conseller en Cap*. A este respecto cabe plantearse el interrogante de si el Consejero delegado puede conservar el nombre de *Conseller en Cap* después del decreto 253/2002, que altera la delegación acordada en el decreto 12/2001, ya que esta última norma vincula la denominación al mantenimiento de la delegación establecida por ella misma. Ciertamente es que la modificación de la delegación afecta solamente a un ámbito de la delegación, pero una interpretación estrictamente literal conduce a una respuesta negativa y, además, conviene reiterar que no es coherente crear y mantener la figura del *Conseller en Cap* y al propio tiempo efectuar delegaciones de funciones presidenciales en más de un consejero.

Sentado lo anterior, conviene detenerse en otro aspecto jurídicamente problemático relativo a la denominación. En este sentido, ante la falta de previsión legal sobre la denominación del Consejero delegado, un decreto presidencial no parece ser instrumento normativo suficiente para crear la denominación de *Conseller en Cap*. Se podría argumentar, en sentido contrario, que esta decisión del Presidente queda comprendida en la potestad, reconocida por el artículo 9 de la Ley 13/1989, reformado por la Ley 1/2000, de establecer por decreto “la creación y la determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivos de los departamentos en que se estructura la Administración de la Generalidad”. Es preciso observar, sin embargo, que el objeto de la atribución del Presidente son los departamentos y no los Consejeros y además, en este

50. “Consejero Jefe” es la traducción más literal y la que aparece en la versión castellana del decreto 12/2001 publicado en el *DOG*C de 17 de enero de 2001. Posteriormente el *DOG*C traduce *Conseller en Cap* por “Primer Consejero”. Véase, por ejemplo, el decreto 85/2001, *DOG*C, de 29 de marzo de 2001.

caso, dada la naturaleza y el contenido de la modificación institucional, no es admisible el argumento *a fortiori* de que si el Presidente puede modificar por decreto la denominación del departamento pueda también por decreto otorgar a un Consejero la denominación de *Conseller en Cap*. En definitiva, era necesaria una previsión legal expresa para poder adoptar la denominación de Consejero Jefe.

Por último, una apostilla a propósito de la denominación completa empleada en el Decreto 12/2001( *Conseller en Cap de la Generalitat*). Así, en la medida en que esta figura no es un órgano estatutario sino un delegado del Presidente de carácter potestativo y con atribuciones ejecutivo-gubernamentales, la denominación ha de reflejar su vinculación con el Gobierno y no con la Generalidad entendida como conjunto institucional de Cataluña. Por este motivo la denominación más adecuada podría ser la de *Conseller en Cap del Govern de la Generalitat*.

## **6. Forma.**

La delegación, en tanto que acto de relieve institucional general y potestativo del Presidente, se establece mediante decreto del Presidente de la Generalidad y firmado únicamente por él. El decreto ha de ser publicado oficialmente en el DOGC pues de ello depende la eficacia de la delegación. Debe entenderse que la delegación ha de ser expresa, es decir, con invocación explícita del precepto legal correspondiente y de la figura que se está introduciendo. En relación con este último aspecto puede observarse que el decreto 253/2002 (arts. 6 y 7) atribuye la Presidencia de las Comisiones del Gobierno a dos Consejeros pero no indica que se trata de una delegación de las funciones del Presidente efectuada al amparo del artículo 64 de la Ley 3/1982.

En cuanto a la motivación del decreto, no parece que, cuando no derive de causas objetivas sino de criterios de oportunidad política, sea exigible que vaya más allá de los estrictos fundamentos normativos. La Ley 3/1982 no exige que la decisión presidencial de establecer la delegación de funciones vaya precedida de una deliberación por parte del propio Gobierno, aunque, en los casos en que dicha medida pueda tener importantes y permanentes repercusiones en el futuro funcionamiento del Consejo Ejecutivo, podría ser conveniente tal deliberación.

De acuerdo con el artículo 64 de la Ley 3/1982, el Presidente ha de dar cuenta al Parlamento de la decisión de la delegación de funciones. En los términos en que está redactado este precepto, la comunicación del Presidente al Parlamento

puede producirse posteriormente a la adopción y publicación de la decisión de establecer la delegación y puede ser suficiente un simple escrito de notificación. El Presidente no está obligado a comparecer ante el Parlamento y no son preceptivos, por lo tanto, ningún debate ni ningún pronunciamiento parlamentario sobre la delegación de funciones. Ahora bien, cuando la delegación comporte una modificación de la dinámica funcional del Gobierno, es decir, cuando sea total o aunque sin serlo incorpore la figura del *Conseller en Cap*, debería estar sometida preceptivamente al control parlamentario mediante la comparecencia del Presidente ante el Pleno de la Cámara, de manera análoga a la establecida por el artículo 9 de la Ley 13/1989 (en la nueva redacción derivada de la Ley 1/2000) a propósito de los decretos presidenciales de modificación de la estructura departamental de la Administración de la Generalidad<sup>51</sup>.

### 7. Objeto.

El artículo 36.3 EAC se limita a señalar que el Presidente podrá delegar “funciones ejecutivas” y ello de entrada excluye de las posibilidades de delegación únicamente a las funciones representativas. Con todo, el hecho de que, como indica el artículo 36.4 EAC reafirmando la previsión del artículo 152.1 CE, el Presidente sea en todo caso responsable políticamente ante el Parlamento introduce la idea de un ámbito funcional del Presidente no delegable y sobre el que se sustenta su permanente responsabilidad política ante la Cámara. Los artículos 62, 63 y 64 de la Ley 3/1982 han tratado de precisar y concretar el alcance material de la delegación de funciones y, de acuerdo con el contenido de tales preceptos, ello obliga a considerar dos grandes cuestiones: por una parte, las funciones delegables y, por otra, el carácter total o parcial de la delegación.

Las funciones delegables<sup>52</sup> son la prevista en el artículo 62.c) de la Ley 3/1982 y todas las consignadas en el artículo 63 de la misma norma. Siguiendo

51. Debe señalarse que el Presidente compareció ante la Diputación Permanente del Parlamento para informar sobre la delegación de funciones operada mediante el decreto 12/2001. Véase *DSPC-D*, 2, 23 de enero de 2001. Con todo, una eventual modificación del artículo 64 de la Ley 3/1982 en el sentido indicado en el texto debería especificar que efectivamente quien ha de efectuar la comparecencia ante el Parlamento es el Presidente y que la misma debe producirse en el Pleno. Con ello se evitarían las ambigüedades de la ley 1/2000 que establece la comparecencia del “Gobierno” para dar cuenta al “Parlamento” de los cambios en la estructura departamental y que han dado lugar a que la comparecencia se celebre en Comisión y que no sea el propio Presidente quien informe de las decisiones presidenciales. Véase *DSPC-C*, 396, 8 de noviembre de 2002.

52. En términos generales la relación de funciones delegables de la Ley catalana 3/1982 es coincidente con la efectuada posteriormente por las leyes de las Comunidades Autónomas que, al menos desde el punto de vista puramente normativo, han dado un cierto relieve a la delegación de funciones. Véanse, por ejemplo, los artículos 25 de la Ley 7/1981 del País Vasco, 12 de la Ley 6/2002 de Cantabria, 12 de la Ley 4/2001 de Baleares y 10 de la Ley 1/1983 de Madrid. Sorprende que en la Ley de Madrid, siguien-

literalmente los dos preceptos citados, la relación de funciones delegables es la siguiente:

- Convocar y presidir las reuniones del Gobierno.
- Coordinar el programa legislativo del Gobierno y la elaboración de normas de carácter general.
- Convocar y presidir las Comisiones del Consejo Ejecutivo.
- Facilitar la información solicitada por el Parlamento al Gobierno.
- Encomendar temporalmente a un Consejero el despacho de un Departamento por ausencia o impedimento del titular.
- Otras funciones ejecutivas asignadas por las leyes.

Sin perjuicio del tratamiento específico que más adelante se realizará de alguna de las funciones delegables, procede en este momento constatar que la lista anterior confirma la exclusión de las funciones representativas y reduce el ámbito material de la delegación a las competencias personales del Presidente que, de acuerdo con la clasificación propuesta en otro lugar del presente trabajo, éste ejerce en el seno del Gobierno y sobre el mismo<sup>53</sup>, quedando fuera aquellas atribuciones personales del Presidente relativas a la dirección general de la acción de gobierno. Es precisamente en relación con estas indelegables competencias personales de dirección política que el Presidente mantiene permanentemente su vínculo de responsabilidad política con el Parlamento. De esta forma la regulación de la delegación llevada a cabo por la Ley 3/1982 respeta las exigencias derivadas de la Constitución y del Estatuto en el sentido de que esta figura no puede convertir al Presidente de la Generalidad en una institución meramente representativa y simbólica<sup>54</sup>.

En cuanto a la dimensión total o parcial, el ordenamiento catalán actual, a diferencia del de la época republicana, admite expresamente (art. 64 de la Ley 3/1982) que la delegación puede referirse “a todas o parte” de las funciones delegables, siguiendo el camino abierto por el artículo 36.3 EAC que aludía a “fun-

do lo establecido en el artículo 17.2 del Estatuto, el Presidente pueda delegar funciones de representación, si bien cabe referir dicha delegación a supuestos puramente protocolarios y no a las relaciones interinstitucionales del Presidente como representante supremo de la Comunidad Autónoma y representante ordinario del Estado que se derivan del artículo 152.1 CE.

53. La única excepción es la contenida en el artículo 62.f) (firmar los decretos acordados por el Gobierno y ordenar su publicación oficial), pero no es una exclusión relevante porque se trata de una atribución, como ya se ha indicado anteriormente, incardinable materialmente dentro de las funciones representativas del Presidente.

54. Véase C. Viver. “El Presidente...”. Op. cit. Pág. 349.

ciones ejecutivas” sin más determinaciones. Ahora bien, la singularidad y la entidad de una de las funciones delegables –la de convocar y presidir las reuniones del Gobierno– determina que en principio ésta sólo pueda ser delegada cuando se deleguen al mismo tiempo el resto de funciones delegables.

A la vista de cuanto se acaba de exponer puede afirmarse que la delegación parcial supone la delegación de alguna de las funciones presidenciales delegables y no incluye la posibilidad de convocar y presidir las reuniones del Gobierno. Este primer supuesto de delegación se materializó a través del Decreto 201/1983, en virtud del cual el Presidente delegó solamente la facultad de presidir las Comisiones del Consejo. Por su parte, la delegación total implica que el Consejero delegado recibe la totalidad de las funciones delegables. En la práctica institucional la delegación total se ha producido en las frecuentes y temporalmente breves delegaciones de funciones que el Presidente ha efectuado cuando se ha ausentado de Cataluña. También es una delegación total, y además con una larga proyección temporal, la instrumentada por el decreto 12/2001, que crea la figura del *Conseller en Cap*, y el carácter total de la misma no se ha visto afectado por el Decreto 253/2002, aunque éste ha introducido una nueva variante cual es la delegación total en más de un consejero y manteniendo la figura del *Conseller en Cap*.

Dejando al margen el matiz introducido por el Decreto 253/2002, ya comentado anteriormente, conviene detenerse a continuación en dos de las atribuciones delegables que son especialmente relevantes en caso de delegación total y en particular cuando se trata de una delegación con vocación de estabilidad como la introducida por el decreto 12/2001: las funciones ejecutivas asignadas por las leyes (art. 63.e de la Ley 3/1982); la convocatoria y la presidencia de las reuniones del Gobierno (art. 62.c de la Ley 3/1982).

La literalidad de la letra *e*) del artículo 63 contiene una potencialidad expansiva de la delegación ya que permite que se incorporen a la misma no sólo las funciones expresamente indicadas en la Ley 3/1982, sino todas las demás funciones ejecutivas que las leyes atribuyen al Presidente de la Generalidad. En este sentido puede afirmarse que esta cláusula, desbordando el marco tradicional de una delegación interorgánica de funciones, deja abierto el ámbito funcional del delegado y parece fijar por atribución el del delegante. De acuerdo con este criterio puede sostenerse que, salvo las funciones expresamente reservadas al Presidente por el Estatuto y la legislación institucional, el resto pueden ser objeto de delegación. Así, en términos generales, las funciones no delegables serían

las de carácter representativo y las vinculadas a la fijación de la orientación política general en los términos definidos anteriormente, es decir, la determinación del programa de investidura, la disponibilidad sobre la composición del Gobierno y la estructura departamental de la Administración, el planteamiento de debates generales o cuestiones de confianza en el Parlamento y la disolución anticipada de la Cámara.

Con respecto a la delegación de la facultad presidencial de convocar y presidir las reuniones del Gobierno<sup>55</sup>, C. Viver se plantea los interrogantes siguientes: “¿Cómo ejerce sus competencias personales de gobierno un Presidente que ha delegado la presidencia del Gobierno?, ¿desde fuera del Consejo o presidiendo una de las formaciones del Gobierno?”<sup>56</sup>. Siguiendo a este autor cabe considerar que del ordenamiento jurídico (arts. 62, 46 y 90 de la Ley 3/1982) se desprende que el Presidente ha de ejercer sus funciones personales de dirección política desde el propio Gobierno y ello tiene dos importantes consecuencias. La primera es que, incluso en las situaciones de delegación total de las funciones ejecutivas, el Presidente de la Generalidad ha de poder convocar y presidir el Gobierno para el ejercicio de las funciones no delegables. La segunda es que la delegación de la función de convocar y presidir el Consejo Ejecutivo puede dar lugar al surgimiento de dos formaciones gubernamentales: una presidida por el Presidente de la Generalidad y otra presidida por el Consejero delegado y limitada competencialmente a los ámbitos propios de las funciones delegadas. Por otro lado cabe considerar que la mera presencia del Presidente de la Generalidad en una reunión del Gobierno implica la avocación de la competencia de presidirla.

En la práctica institucional seguida tras el Decreto 12/2001 se observa que la facultad del *Conseller en Cap* de convocar y presidir las reuniones del Gobierno ha tenido un escaso relieve ya que a lo largo de los años 2001 y 2002 este supuesto solamente se ha producido en cinco ocasiones y siempre como consecuencia de encontrarse el Presidente fuera de Cataluña. Se ha dado, pues, en este punto una avocación casi general de esta función por parte del Presidente. En cambio, otras dimensiones jurídicas de la figura del *Conseller en Cap* se han revelado mucho más operativas como la coordinación y el seguimiento permanente del programa normativo del Gobierno a través del despacho individual del *Conseller en Cap* con cada uno de los miembros del Consejo Ejecutivo. Más allá de las expresas previsiones normativas la creación de esta figura ha tenido sus

55. La inclusión de esta facultad como delegable fue fruto de la aprobación de enmiendas en tal sentido presentadas por PSC y PSUC en el debate parlamentario de la Ley 3/1982. Véase nota 44.

56. Véase C. Viver. *El Presidente...* Op. cit. Pág. 349.

efectos políticos pues ha convertido al *Conseller en Cap* en el interlocutor preferente por parte del Gobierno en el terreno parlamentario y mediático.

### **8. Finalización.**

La delegación puede terminar por diversas causas: revocación por parte del Presidente, renuncia del Consejero delegado, expiración del plazo, cese del delegante. También parece admisible, como se ya se ha visto, la avocación de la delegación, es decir, que el Presidente asuma unilateralmente el ejercicio de alguna atribución comprendida en la delegación. Con respecto al carácter revocable de la delegación debe destacarse que éste, de acuerdo con el artículo 64 de la Ley 3/1982, es uno de los elementos identificadores de esta figura ya que dicho precepto establece con toda nitidez que el Presidente puede recuperar en cualquier momento las funciones delegadas. Esta revocación de las funciones delegadas es un acto discrecional del Presidente que debe cumplir los requisitos formales de la creación de la delegación, es decir, debe hacerse mediante decreto de la Presidencia publicado en el DOGC.

### **9. Responsabilidad política.**

El artículo 86 de la Ley 3/1982 establece claramente que la delegación de funciones ejecutivas no exime al Presidente de la Generalidad de su responsabilidad política ante el Parlamento, siguiendo lo que indica el artículo 36.4 del Estatuto. Ya se ha examinado anteriormente la trascendencia de estas disposiciones para delimitar el alcance material de la delegación de las funciones presidenciales. Ahora bien, sin perjuicio de estas previsiones, no hay ningún obstáculo constitucional ni estatutario para que la propia Ley 3/1982 no hubiera podido contemplar una responsabilidad política separada del Consejero delegado, o del Consejo Ejecutivo presidido por el Consejero delegado, tal como pretendían algunas enmiendas presentadas durante el debate parlamentario de esta ley en la línea de lo que regulaba el Estatuto Interior de 1933<sup>57</sup>. Dicho esto, no puede ignorarse la dificultad de formalizar una separación de responsabilidades políticas entre el Presidente y el Consejero delegado por diversos motivos: la posición institucional del Presidente, que recibe una investidura individual y programática del Parlamento; la naturaleza de la propia delegación basada en una relación de confianza entre delegante y delegado y que tiene la revocación como instrumento más apropiado de finalización; el mantenimiento en todo momento de importantes funciones de dirección política, y no sólo representativas, en manos del Presidente de la Generalidad. Con todo, es posible pensar que el Parlamento, aún aceptando la

57. Enmiendas del PSC y del PSUC. Véase nota 44.

dirección política general del Presidente, puede no estar de acuerdo con la gestión del Consejero delegado y, por lo tanto, parece aconsejable<sup>58</sup> abrir una vía procedimental a través de la cual la Cámara pueda expresar la censura, con carácter no constructivo, específicamente al Consejero delegado, como así lo contempla el ordenamiento vasco (art. 49 de la Ley 7/1981)<sup>59</sup>. Esta eventual regulación de la responsabilidad política separada del Consejero delegado debería extremar su precisión y rigor jurídico para evitar que pudiera ser utilizada por el Presidente de la Generalidad para rehuir su presencia en el Parlamento como ocurrió en la época republicana.

58. Véase R. Ribó. "El President i el Consell Executiu" en M. Caminal, J. Matas (Editors). *El sistema polític de Catalunya*. Madrid. Tecnos. 1998. Pág. 283. Con todo, contrariamente a lo apuntado por este autor, el establecimiento de la responsabilidad separada no situaría al Presidente por encima de la dinámica partidista a causa de sus indelegables funciones de dirección política.

59. Véase A. Saiz. Op. cit. Págs. 102-103.



SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DEL  
CONSUMIDOR COMO TÍTULOS COMPETENCIALES

*EXAMEN DE LA LSSI (LEY 34/2002) Y LAS COMPETENCIAS DE  
CASTILLA-LA MANCHA*

*Angel Carrasco Perera*  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

**Primera parte**

**LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR COMO TÍTULO  
COMPETENCIAL**

- 1. La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.**
- 2. Materia pluridisciplinar.**
- 3. Competencias orientadas a la realización de fines.**
- 4. No hay diferencias en los techos competenciales.**
- 5. Los límites de la competencia autonómica en materia de consumo en la doctrina del Tribunal Constitucional.**
  - 5.1. Reservas de competencia exclusiva del Estado.
  - 5.2. Unidad de mercado.
  - 5.3. Bases de la ordenación económica.
  - 5.4. Alcance de la concurrencia.
- 6. Derecho público y Derecho privado como criterio de distribución competencial.**
  - 6.1. La reserva estatal sobre el Derecho de contratos.
  - 6.2. Aplicación de la regla.
  - 6.3. Interpretación reductora.
- 7. En particular, Derecho civil y mercantil.**
  - 7.1. La contravención de obligaciones “contractuales” como infracción administrativa.
  - 7.2. Imposición autonómica de requisitos para el ejercicio del comercio.

**8. El principio de unidad de mercado.**

8.1. *Su alcance como título competencial.*

8.2. *La ponderación entre unidad interior y autonomía.*

8.3. *El test de proporcionalidad.*

8.4. *La igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos.*

**9. Tránsito: de la doctrina constitucional expuesta a los servicios de la sociedad de la información.**

**Segunda parte**

**FINALIDADES DE PROTECCIÓN Y TÍTULOS COMPETENCIALES EN LA LSSI**

**10. La protección de los consumidores en el seno de la Directiva 2000/31.**

**11. El objeto de protección de la LSSI.**

**12. El título competencial invocado por la LSSI.**

**13. La protección de los consumidores como criterio de regulación en la LSSI.**

**14. La salvaguarda expresa de los ámbitos competenciales concurrentes en la LSSI.**

**15. Normas relativas a servicios de la sociedad de la información en leyes consumeristas sectoriales.**

**16. Descripción de la regulación protectora de los consumidores y su adscripción competencial.**

**17. Ámbito de aplicación de la LSSI y ámbito de aplicación de la normativa de consumo.**

17.1. *Los criterios de aplicación territorial de la LSSI.*

17.2. *Los criterios de aplicación de las normas de protección de consumidores de Castilla-La Mancha.*

17.3. *Dos particularidades en el reparto competencial.*

**18. Conclusión: la concurrencia de competencias en la LSSI y la protección de los consumidores en la sociedad de la información.**

## **Primera Parte**

### **LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR COMO TÍTULO COMPETENCIAL**

#### ***1. La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas***

La cuestión del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas referida al ámbito del Derecho de Consumo se encuentra en España con el problema fundamental de la propia falta de precisión de la defensa de los consumidores como título de reparto competencial. La “defensa de los consumidores” no es una materia específicamente comprendida en el elenco que, a modo de reparto competencial, establecen los arts. 148 y 149 CE, aunque la atribución de tal competencia a las Comunidades Autónomas se ha llevado a cabo a través de la habilitación contenida en la LO 9/1992, de 23 de diciembre, que transfirió competencias de desarrollo sobre defensa de los consumidores, mientras que otras CCAA procedieron inicialmente a incluir este sector entre sus competencias exclusivas, al no estar enumeradas entre las reservadas al Estado por el art. 149.1 CE.

#### ***2. Materia pluridisciplinar***

Como ya afirmó la SSTC 71/1982 (FJ 1º y 15/1989, FJ 1º), el consumo es una materia de *contenido pluridisciplinar*, dificultad, que en la medida en que supone el solapamiento de diversos títulos competenciales en la regulación de una misma parcela de la realidad, es compartida por otras competencias enumeradas en los arts. 148 y 149 CE. El entrecruzamiento de títulos competenciales se ha agravado tras la reforma de los Estatutos de Autonomía propiciada por la LO 9/1992. Ahora la generalidad de las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE, cuentan, entre otras, con competencias exclusivas en las siguientes materias: 1) mercados interiores; 2) industria (sin perjuicio de las reservas estatales del art. 149.1.11ª y 13ª CE), 3) publicidad (sin perjuicio del art. 149.1.1ª, 6ª y 8ª CE), 4) comercio interior, y 5) fomento del desarrollo económico regional. Sin embargo, tan sólo se dispone de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de consumo, siendo así que se trata de una

competencia de persecución de ciertos fines que perfectamente pueden ser conseguidos con un uso instrumental de competencias alternativas sobre las que se ostenta un título en exclusiva.

Como ha afirmado el TC, la sujeción a los límites constitucionales es una característica común al ejercicio de toda competencia. De esta constatación resulta que la competencia en materia de consumo ha de respetar los límites establecidos para las competencias estatales exclusivas del art. 149 CE. La STC 88/1986, enumera expresamente los límites impuestos por los arts. 38 CE (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado) y 149.1 CE en las materias 1ª (condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), 6ª (legislación mercantil), 8ª (legislación civil, sin perjuicios de la conservación, modificación y desarrollo de las especialidades forales previas) y 13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) CE.

### ***3. Competencias orientadas a la realización de fines***

Pero el principal problema de la competencia que ahora nos ocupa resulta ser que el título no puede definirse simplemente por el solo hecho de que la regulación en cuestión sea una regulación *finalísticamente orientada* a la protección de los consumidores.

Ello es así, en primer lugar, porque cabe que concurren una finalidad de protección de los consumidores y otra finalidad distinta y compatible, cuya titularidad sea competencia del Estado. Por ejemplo, la del art. 149.1.29ª CE, (cfr. SSTC 33/1982, FJ 7º; 71/1982, FJ 7º y 15/1989, FJ 3ºc) o las bases de la sanidad (149.1.16ª, STC 147/1996, que confirmó el carácter básico del RD 1122/1998, Norma General de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios envasados); o la planificación general de la actividad económica y las bases sobre el régimen energético (STC 197/1996). El paradigma de concurrencia de finalidades normativas en el sector que nos ocupa, es el que se produce entre la finalidad de protección al consumidor y la de defensa de la competencia.

En segundo lugar, porque este modo de tratar el problema es compatible con otro que identifique el título competencial en función de la *técnica regulatoria* empleada por la norma. Así, la protección de los consumidores en el

mercado puede realizarse –y de hecho se realiza mayormente– a través de normas civiles o mercantiles, cuya competencia es exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª y 8ª CE).

Por último, cabe que la finalidad de protección de los consumidores en el comercio interior deba realizarse sobre *un objeto de regulación* que sirva de criterio para identificar una competencia estatal. Resulta, así, por ejemplo, que el título autonómico de defensa de los consumidores en el mercado interno puede concurrir con la competencia estatal para el establecimiento de las bases de la sanidad, de manera que, aunque la finalidad de protección de los consumidores se realice mediante regulaciones de Derecho público, la norma sobre prevención de riesgos para la salud procedentes de la actividad comercial sea encuadrable en el art. 149.1.16ª CE (cfr. SSTC 71/1982; 69/1988, FJ 4º; 80/1988, FJ 4º; 136/1991, STC 147/1996, FJ 5º, 15/1989; en esta última, la norma sobre venta domiciliaria de productos alimenticios del art. 5.2.d LGDCU, tiene su título competencial propio en la regulación sanitaria y no en la defensa de los consumidores).

Lo anterior conduce a que esta competencia, interpretada desde el punto de vista “finalista” de la protección de los consumidores, ceda siempre ante otros títulos que, en una interpretación teleológica (vgr. es la razón o fin de la regla el criterio que sirve para determinar la regla competencial que debe prevalecer: entre muchas otras, v. SSTC 71/1982, FJ 2º y 62/1991, FJ 4º), el Tribunal Constitucional considere más específicos. Así, por ejemplo, en las SSTC 225/1993, 228/1993, 264/1993 y 284/1993, la genérica reserva estatal del art. 149.1.13ª CE prevalece sobre las competencias sobre consumo y comercio para regular los horarios comerciales. Es decir, el fin de protección puede ser realizado de múltiples formas, y no todas ellas son de exclusiva titularidad estatal o autonómica (cfr. SSTC 88/1986, FJ 4º), y el conflicto entre *fin normativo* (competencia autonómica) y *la reserva estatal* determina normalmente la prevalencia de la competencia estatal si esta reserva se formula de forma distinta a la de una mera competencia de fines.

Bastará recordar los resultados del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la LCU. La competencia exclusiva sobre defensa de los consumidores –y lo que sigue es transcripción casi literal de la decisión jurisprudencial– sólo determina la aplicación supletoria de las normas estatales que no pueden ampararse en ningún título competencial propio del Estado (por ejemplo, los arts. 6, 14 y 15 LCU, STC 15/1985, FFJJ 3ºd y 5ºb). *A fortiori*, tampoco puede con-

cluirse que las normas autonómicas cuya finalidad sea la protección del consumidor en el comercio interior sean siempre constitucionales por el hecho de ser fruto del ejercicio de la competencia sobre defensa de los consumidores.

El ejemplo evidente son las dos competencias de tipo técnico por excelencia, que contienen el art. 149.1 Constitución. La finalidad de protección de los consumidores en abstracto, y como título, cede ante la técnica de protección consistente en normas civiles y ante las normas de Derecho administrativo estatales que se presenten como base del procedimiento administrativo común.

#### ***4. No hay diferencias en los techos competenciales***

El resultado del carácter huidizo de las competencias sobre defensa de los consumidores (y, por extensión, del comercio interior) ha sido, en primer lugar, que pueden disponerse normas protectoras del consumidor o usuario cuando se regule sobre otras materias de competencia autonómica. Ilustrativo es también aquí el ya citado FJ 10º de la STC 71/1982, o la Ley 3/1994, de 3 de noviembre, de Castilla-La Mancha, sobre Protección de los Usuarios de Entidades, Centros y Servicios Sociales, donde, con la única justificación en la competencia exclusiva sobre servicios sociales, se contienen normas de defensa de los intereses económicos de los usuarios de los mismos, entre ellas el art. 4.12, que permite al usuario desistir unilateralmente del servicio, por encima de la competencia estatal exclusiva del art. 149.1.8ª CE. Es más, la propia limitación de la competencia sobre defensa de los consumidores y usuarios explica que, hasta la fecha, el techo de regulación constitucionalmente lícito haya sido idéntico para las Comunidades Autónomas que tenían competencias exclusivas en la materia y para aquellas que contaban tan sólo con competencias de desarrollo. El caso paradigmático ha sido el de Aragón, que, teniendo tan sólo competencias de desarrollo sobre comercio interior y defensa de los consumidores, promulgó una Ley de Ordenación de la Actividad Comercial, la 9/1989, con contenidos similares a los de las regulaciones procedentes de Comunidades Autónomas que ejercitaban competencias exclusivas sobre tales materias.

El Tribunal Constitucional ha resuelto siempre considerando el título de defensa del consumidor y comercio interior de un modo global, sin distinguir entre las Comunidades Autónomas que disponen de competencias legislativas plenas y las que sólo disponen de una competencia de desarrollo.

En efecto, la jurisprudencia constitucional producida hasta la fecha de dicha LO no distinguió nunca –porque no era necesario– entre defensa del consumidor y comercio interior. Tampoco lo hacía la legislación autonómica existente hasta entonces. Con la distinción propiciada por la LO 9/1992, las Comunidades Autónomas afectadas por la misma podrán legislar en términos más amplios cuando las normas persigan la protección de los consumidores, pero no podrán regular el comercio interior ni el régimen de prácticas o establecimientos comerciales. Esta obligada distinción plantea problemas de difícil solución haciendo mucho más difícil la delimitación del título competencial de defensa del consumidor de lo que ya de suyo era antes, pues este título concurre en este momento con otro nuevo (el comercio interior) que antes se utilizaba precisamente para forzar la competencia que se quería apoyar en el título de defensa del consumidor.

La LO 3/1997 transfirió a todas las CCAA la competencia exclusiva en materia de comercio interior. Esto provocó un nuevo reajuste de títulos. Para aquellas CCAA que tuvieran una competencia exclusiva en materia de consumo, la cuestión carecía de transcendencia, pues también disponían de esta competencia exclusiva en materia de comercio interior. Para aquellas que disponían exclusivamente de una competencia de desarrollo en materia de protección a consumidores, ahora se les entregaba una competencia exclusiva paralela con la que poder legislar prácticamente con la misma libertad y las mismas restricciones con las que podían operar las CCAA que dispusieran de una competencia exclusiva sobre defensa de consumidores.

La consecuencia final resultaba clara. Ya fuera porque el Estado no disponía de un título propio para producir legislación “básica” de consumo, ya fuera porque el Estado siempre ha hecho valer títulos exclusivos oponibles a todas las CCAA distintos de un sedicente título competencial residual sobre consumo, ya fuera porque las CCAA con limitaciones competenciales en materia de consumo dispusieran de un título competencial pleno de alcance similar al de aquél, lo cierto es que no pueden hacerse distinciones apreciables entre las CCAA en virtud de su distinto techo competencial en materia de consumo.

##### ***5. Los límites de la competencia autonómica en materia de consumo en la doctrina del Tribunal Constitucional***

Los límites a la regulación autonómica sobre defensa de los consumidores y usuarios pueden ser estructurados en tres grupos, de la forma siguiente.

### **5.1. Reservas de competencia exclusiva del Estado.**

En primer lugar, la reglamentación autonómica está limitada por las *reservas estatales del art. 149.1 CE*. Aquí el grado de dificultad de aplicación de la regla competencial será distinto según que se trate de una reserva sobre una *técnica de resolución de conflictos* (vgr. competencia sobre el Derecho de contratos), sobre una *finalidad normativa* (vgr. la defensa de la leal competencia, la igualdad básica en las condiciones de salud de todos los españoles) o sobre un *objeto de regulación* (vgr. productos farmacéuticos, armas y explosivos, sanidad interior [dificultad añadida porque la competencia estatal se reduce a las “bases”], igualdad básica en el ejercicio de la libertad de empresa [objeto también de complicada delimitación]).

### **5.2. Unidad de mercado.**

El segundo tipo de límites al ejercicio de las competencias autonómicas viene constituido por el *principio de unidad de mercado*, que por el momento no ha determinado por sí sólo la inconstitucionalidad de ninguna legislación autonómica sobre las modalidades de venta, aunque sí se ha apreciado su transgresión en la regulación de otros aspectos de la actividad comercial. Así, según la STC 71/1982, FJ 9º, es inconstitucional la norma autonómica que prohíbe con carácter general la circulación de productos que impliquen riesgos para la salud, sin que la aplicación de tal medida se reduzca a los productos cuyo proceso de fabricación esté sometido a la competencia autonómica. Por razones similares, la existencia de un registro autonómico sanitario de alimentos no supondría una fragmentación inconstitucional del mercado cuando la exigencia de inscripción se refiera a productos que ingresen al mercado nacional a través del territorio autonómico, y siempre que la misma se practique también en el registro nacional (STC 87/1985, FFJJ 5º y 6º).

### **5.3. Bases de la ordenación económica.**

Hay un último límite a la regulación autonómica, que es el de *la ordenación general de la economía*, título competencial desarrollado íntegramente por la jurisprudencia constitucional, que ha elaborado un título material a favor del Estado desborda el tenor literal del art. 149.1.13ª CE. Hasta el presente, su incidencia en las modalidades de venta ha sido nula (sí que ha tenido aplicación, por ejemplo, en la materia de horarios comerciales), pero su potencial es considerable dados los términos en los que el Tribunal Constitucional ha formulado esta *competencia general* en favor del Estado.

### **5.4. Alcance de la concurrencia.**

Se expone a continuación el alcance de cada uno de los límites concretos con-

tenidos en cada uno de los grupos expuestos, adelantando ya que, en todos los casos, la técnica de argumentación utilizada por el Tribunal Constitucional –por lo demás profusamente empleada en otras materias diversas a la del presente estudio– es similar: la determinación de la norma competencial “relevante” se realiza atendiendo a la *finalidad* tanto de las normas competenciales en juego como de la disposición cuya constitucionalidad se cuestiona. Una vez *delimitada* la norma competencial prevalente, la determinación del ente competente se opera por medio de un proceso de subsunción. Cuando las normas seleccionadas son varias, a tal proceso precede la utilización de algún criterio de resolución adicional. Se emplean aquí reglas de uso incierto: basta a veces entender que la competencia estatal limita la autonómica (STC 192/1990, sobre la sanidad exterior y la competencia autonómica exclusiva en materia de agricultura; STC 67/1996 en la que las bases de la sanidad limitaron la competencia exclusiva sobre ganadería en lo referente a las autorizaciones de los aditivos destinados a la alimentación de animales con incidencia en la salud humana); en ocasiones el título específico prima sobre el genérico (bases de la sanidad sobre defensa de consumidores, SSTC 71/1982, 147/1996; comercio exterior sobre agricultura STC 71/1982); y a veces el conflicto se resuelve en favor del título más genérico, por ejemplo, porque deba preservarse la autonomía local (v. STC 213/1988). Sin ir más lejos, esta última ha sido la solución en relación con la regulación autonómica sobre horarios comerciales: aunque ésta sea una submateria del comercio interior, prevalece la competencia estatal (genérica) del art. 149.1.13ª CE (v. SSTC 225/1993, 228/1993, 264/1993 y 284/1993).

## ***6. Derecho público y Derecho privado como criterio de distribución competencial***

### **6.1. La reserva estatal sobre el Derecho de contratos.**

La regla decisoria estadísticamente más relevante y cualitativamente de mayor envergadura utilizada por el Tribunal Constitucional para resolver los conflictos de concurrencia entre defensa del consumidor/comercio interior y reserva de competencia estatal, ha sido la que distingue entre regulación jurídico administrativa y regulación jurídico privada (civil y mercantil) del Derecho de contratos. En la medida en que las normas autonómicas sometidas a examen son normas de regulación de una actividad comercial, y dado que esta actividad se desarrolla y manifiesta en la contratación con adquirentes finales, el tema a dilucidar es cómo se reparten las competencias de regulación del Derecho de contratos.

La regla, elaborada por el Tribunal Constitucional desde sus primeras resoluciones, es clara en su manifestación general, aunque pueda presentar problemas de concreción en cada caso. Dicha regla reza como sigue: *ninguno de los títulos competenciales que puedan ostentar las Comunidades Autónomas es bastante para regular el contenido de los contratos entre empresarios y consumidores, y la regulación que puedan producir las Comunidades Autónomas en el ámbito de su competencia no puede llegar hasta el punto de determinar consecuencias jurídico privadas para la infracción o contravención de las disposiciones autonómicas reguladoras de la actividad comercial*. En otros términos: la constitucionalidad de las normas autonómicas queda salvada en la medida en que su efectividad sancionadora no interfiera en los mecanismos de defensa propios del Derecho privado contractual (doctrina contenida en las SSTC 37/1981, 71/1982, 88/1986, 62/1991, 264/1993 y 284/1993).

La aplicación de la precitada regla ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar lo siguiente.

## **6.2. Aplicación de la regla.**

De la regla anteriormente expuesta deduce el TC que es inconstitucional la norma autonómica que innova el Derecho de contratos. Aunque el art. 149.1.8ª CE sólo reserve exclusivamente al Estado las “bases” de las obligaciones contractuales, la jurisprudencia constitucional no ha distinguido entre bases del Derecho de contratos y desarrollo de aquéllas, de manera que toda norma privada de Derecho de contratos es competencia estatal. El Tribunal Constitucional se refiere al Derecho privado de contratos como un todo sometido a la reserva estatal. Y es esto, lo que, como veremos, explica la mención conjunta, inespecífica, a las reservas estatales sobre el Derecho civil y mercantil. De ello derivan las siguientes consecuencias:

- (i) Es inconstitucional la disposición autonómica que incluye nuevas cláusulas abusivas no previstas en la legislación estatal (STC 62/1991, FJ 4ºb); que dispone un régimen de responsabilidad por daños (STC 71/1982, FJ 19º); que impone la obligación, contractualmente exigible, de mantener un servicio postventa (STC 71/1982, FJ 17º); que establece que en las ventas condicionadas no se contrae ninguna obligación de pago (STC 264/1993, FJ 4º); o que en la venta domiciliaria dispone un periodo de reflexión de siete días para rescindir el compromiso de compra, con los efectos de la devolución de cosa y precio (SSTC 264/1993, FJ 4º y 284/1993, FJ 5º); o que determina la responsabilidad solidaria del titular

del establecimiento y del titular de la explotación comercial de la máquina expendedora en la venta automática (STC 264/1993, FJ 4º). Inconstitucionales serán también las previsiones de los arts. 28.e y 42.d de la Ley canaria 4/1994.

- (ii) Es inconstitucional la norma autonómica que impone obligaciones generales de información a los empresarios y el correlativo derecho de los consumidores a exigirla, sin que sea preciso –como hace la STC 71/1982, FJ 18º– argumentar que, además, la Comunidad Autónoma carece de competencias sobre los “sectores” afectados. El establecimiento de una obligación de información cuya transgresión tenga efectos jurídico privados no puede ser nunca competencia autonómica, y ello aunque tal obligación no se formule en términos generales y se relacione con “objetos” de competencia autonómica.
- (iii) Obviamente, las Comunidades Autónomas no pueden tampoco determinar el ámbito de aplicación de una norma privada del Derecho de contratos. Ver por ejemplo, el art. 22.2 de la Ley canaria 4/1994.
- (iv) Es inconstitucional la norma autonómica que reitera una norma estatal jurídico privada. Es inconstitucional la norma autonómica que reitera el listado de cláusulas abusivas del art. 10 LGDCU o los efectos contractuales de la garantía de los bienes duraderos del art. 11 LGDCU (STC 62/1991, FJ 4ºb y c), aunque no es inconstitucional toda reiteración autonómica de normas estatales fruto de reservas exclusivas del Estado, v. por ejemplo el FJ 8º de la STC 71/1982, donde se determina la constitucionalidad de las normas autonómicas que reproducen la regulación estatal sobre productos farmacéuticos, competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1.16ª CE.

### **6.3. Interpretación reductora.**

Ahora bien, con el objeto evidente de salvar la constitucionalidad de una norma si es posible ofrecer de ella una “interpretación conforme a la Constitución”, el Tribunal Constitucional estima la validez de disposiciones autonómicas que contienen prohibiciones o crean obligaciones “contractuales”, bajo la presuposición (que, en el fondo no es otra cosa que una reducción del alcance natural de la norma enjuiciada) de que no incorporan ninguna consecuencia jurídica interprivados para el caso de contravención. Con este argumento, sobre el cual haremos algunas consideraciones en el epígrafe siguiente,

el Tribunal ha decidido la constitucionalidad de diversos tipos de normas autonómicas:

- (i) En primer lugar, se declara la validez de lo que el Tribunal considera declaraciones programáticas, aunque se trate de objetivos que se consiguen principalmente a través de medios reservados a la competencia estatal. Por ejemplo, que se velará por el cumplimiento de las normas sobre contratos, o para que no se impongan cláusulas abusivas en los negocios celebrados con consumidores (STC 71/1982, FFJJ 12º y 14º), por la correspondencia calidad/precio (STC 62/1991, FJ 4ºc); que se responderá por daños (STC 71/1982, FJ 19º).
  
- (ii) La segunda aplicación es aquella que determina la licitud de las normas autonómicas que prescriben obligaciones “contractuales” o que prohíben conductas o pactos “contractuales”, pero cuya transgresión comporta una sanción propia del Derecho administrativo sancionador, sin comprender las medidas específicas del Derecho contractual (en este sentido, es particularmente explícito el pronunciamiento contenido en el FJ 4º de la STC 62/1991). Son, así, constitucionales las sanciones autonómicas creadas para los casos de contravención de las obligaciones del vendedor referidas al servicio postventa, o a la garantía de bienes duraderos (SSTC 71/1982, FJ 16º y 62/1991, FJ 4ºc), o que sancionan la infracción de ciertas obligaciones de información al consumidor (STC 62/1991, FJ 4ºc), o la transgresión de las obligaciones de información del promotor de viviendas (STC 71/1982, FJ 10º), o la contravención de la prohibición de ofertas condicionadas a la obtención de otros productos o servicios (SSTC 71/1982, FJ 8ºc y 264/1993, FJ 4º). En el FJ 5º de la STC 284/1993, la norma catalana cuestionada –refundida hoy en el DLeg. 1/1993, de 9-III–sería constitucional si se limitase a sancionar al vendedor que incumple la obligación de informar al comprador del derecho que le confiere el art. 5 de la Ley 26/1991. Por lo que se refiere a las normas que definen las distintas prácticas o modalidades de venta comercial, la exclusividad estatal a la hora de reglamentar estas definiciones sólo existe en cuanto que de las mismas pudieran derivarse consecuencias en el ámbito del Derecho privado. Las Comunidades Autónomas no quedarían constreñidas sin más por estas definiciones a la hora de reglamentar su propio Derecho sancionador de disciplina de mercado. Por ello no se comprende el carácter directo que la Disp. Final de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, otorga a la previsión que define la venta de saldos (art. 28), porque de tal cali-

ficación no se sigue ninguna consecuencia jurídico privada en los siguientes preceptos.

- (iii) Igualmente, son lícitas las remisiones autonómicas a la legislación estatal para configurar la infracción de las normas de ésta como supuesto que de lugar a infracción propia de la regulación autonómica (cfr. STC 225/1993, FJ 6ºE, sobre las obligaciones relativas a la Seguridad Social).

En definitiva, cuando el Estado disponga de competencia exclusiva sobre una determinada técnica normativa de resolución de conflictos, esta competencia no queda excluida por el hecho de que la técnica en cuestión (vgr. regulación jurídico privada del Derecho de contratos) se aplique en persecución de un fin (vgr. defensa del consumidor) o en un ámbito material (vgr. comercio interior) que sea una competencia estatutariamente asumida de forma exclusiva. Así, las disposiciones autonómicas no pueden contener regulación propia del Derecho de contratos, y, además, las normas autonómicas que contienen obligaciones y prohibiciones se interpretan como si no dispusieran consecuencias jurídico-privadas para el caso de contravención. Por ello, es erróneo el carácter supletorio que la Disp. Final de la Ley estatal 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, predica de la definición de ventas con obsequio (art. 32), o de las ventas en promoción (art. 27), cuando resulta que a ambas modalidades de venta se les aplica el art. 33, que determina consecuencias jurídico privadas de tales calificaciones. Y no menos desacertado es que, según la misma Disp. Final, la previsión que obliga a cumplir las ofertas de venta hechas al público (art. 9.1) tenga carácter supletorio con respecto a la normativa autonómica; porque con ello se limita el alcance natural de una norma que, para que tenga verdadero sentido como técnica de protección de los consumidores, ha de interpretarse como Derecho privado de la contratación, y no sólo (como parece indicar su carácter supletorio), como base de una tipificación de ilicitud administrativa.

### ***7. En particular, Derecho civil y mercantil***

La doctrina constitucional reseñada y ciertas aplicaciones de las que ha sido objeto, requieren alguna reflexión.

*Existe una confusión entre las competencias de los núms. 6º y 8º del art. 149.1 CE, que son objeto de alegación indiferenciada cuando se está dirimiendo el alcance de la competencia estatal en materia de Derecho de contratos. Es más,*

se habla mayormente del Derecho de contratos en relación con la competencia sobre legislación mercantil del art. 149.1.6<sup>a</sup> CE (v. particularmente las SSTC 88/1986, FJ 5<sup>o</sup> y 62/1991, FJ 2<sup>o</sup>), cuando resulta que las compraventas celebradas con consumidores son civiles. Lo cierto es que la distinción anterior carecería de sentido práctico si no fuera porque la distribución competencial no es igual para los contratos civiles que para los mercantiles (la STC 71/1982, FFJJ 14<sup>o</sup> y 19<sup>o</sup>, contiene una mención al derecho foral como salvedad a la reserva estatal del art. 149.1.8<sup>a</sup> CE, que, según se dice, no es de aplicación en el caso). Bien es verdad que hasta el presente ninguna Comunidad Autónoma ha pretendido la competencia para dictar, como desarrollo de un derecho foral propio, una norma de Derecho privado de contratos finalísticamente orientada a la defensa de los consumidores. En todo caso, si una Comunidad Autónoma tuviera Derecho civil propio sobre contratos, sería irrelevante que dispusiera, además, de competencias sobre comercio interior o sobre consumo, porque en desarrollo de aquél podría dictar una norma civil aplicable a cualquier ámbito y en persecución de cualquier fin o de ninguno. Lo que no podría hacer, por el mandato del art. 51.1 CE, es disponer una norma civil que perjudicase al consumidor.

Ahora bien, lo que el Tribunal Constitucional quiere afirmar con la referencia conjunta a los núms. 6<sup>o</sup> y 8<sup>o</sup> del art. 149.1 CE es la competencia exclusiva del Estado para regular el Derecho privado de los contratos, normas que serán de aplicación directa incluso en aquellas Comunidades Autónomas que dispongan de competencias de “modificación y desarrollo” del Derecho civil especial propio. Como indicamos *supra*, el Tribunal Constitucional no ha distinguido entre bases de las obligaciones contractuales (de exclusiva competencia estatal) y desarrollo de las mismas (que podría corresponder a las Comunidades Autónomas), por lo que cualquier “innovación” o “reproducción” autonómica de tal materia es siempre inconstitucional.

### **7.1. La contravención de obligaciones “contractuales” como infracción administrativa.**

De la jurisprudencia constitucional se desprende que la regulación jurídico administrativa autonómica de los contratos entre particulares puede producirse fundamentalmente en dos sectores de la dinámica contractual. En primer lugar, mediante una regulación anticipatoria, que exija condiciones varias y autorizaciones diversas para el ejercicio de la actividad comercial. En segundo lugar, el régimen sancionador.

La regulación jurídico-pública de los contratos privados se viene produciendo, de esta forma, mediante la técnica de convertir las infracciones de obligaciones

contractuales en ilícito administrativo: además de llevar aparejadas consecuencias privadas, se adosan a éstas otros efectos negativos en la forma de sanciones de tipo administrativo. Se produce entonces una doble trascendencia de la infracción del estatuto contractual, sin contar con que el Estado no carece de títulos competenciales para disciplinar las infracciones administrativas en materia de disciplina de mercado, con aplicación incluso a las Comunidades Autónomas con competencia plena en esta materia: en primer lugar, la competencia sobre las bases del régimen de las Administraciones públicas (art. 149.1.18ª CE); en segundo lugar, la apelación al carácter básico del orden económico de una regulación mínimamente congruente en materia de sanciones propias del régimen de disciplina de mercado (art. 149.1.13ª CE); por último, la propia competencia de armonización de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1ª CE). Pues bien, varios son los puntos de reflexión que sugiere esta doctrina:

El primero de ellos está relacionado con la pregunta sobre los límites a la creación autonómica de nuevas obligaciones “contractuales” sancionables en vía administrativa. Esto es: ¿pueden crearse obligaciones “contractuales” no dispuestas en el Derecho privado de contratos cuya transgresión constituya un ilícito administrativo autonómico? Hasta el presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido lo suficientemente explícita al respecto, aunque los resultados obtenidos permiten responder afirmativamente. No otra cosa se desprende de lo resuelto en la ya citada STC 71/1982. En este pronunciamiento se determinó la constitucionalidad de la norma vasca que sancionaba administrativamente el incumplimiento de las obligaciones de información del promotor de viviendas que, en 1981 –antes del RD 515/1989, de 21-IV–, no existían en la legislación estatal (FJ 10º), y que, por ello mismo, ni eran exigibles por el contratante, ni su transgresión podía generar ningún efecto jurídico-civil. Siguiendo esta doctrina, la STC 62/1991 declara la constitucionalidad de la norma que impone sanciones para la transgresión de las obligaciones del vendedor referidas al servicio postventa, y ello aunque la disposición autonómica no constituya una transcripción de la normativa estatal (FJ 4ºc). No obstante, en el FJ 5º de la STC 284/1993, tras entender que se incluye entre las competencias autonómicas el cometido de establecer y regular los datos informativos que deben contener las ofertas de venta, a renglón seguido se introduce una matización: “siempre, claro está, que se refieran a derechos reconocidos en normas aprobadas por el legislador que ostente la competencia para ello; en el caso contemplado, el legislador estatal (*sic*)”. Esta acotación –por lo demás innecesaria, ya que el Tribunal estima que la norma catalana es inconstitucional por contener una regulación privada de contratos– no ha de ser interpretada en un sentido literal: si la norma auto-

nómica no constituye Derecho privado de contratos, sino que consiste en una regulación jurídico-pública, la reserva estatal en materia de contratos no obsta a la provisión de nuevas obligaciones “contractuales” cuya transgresión sólo comporte el efecto de constituir un ilícito administrativo. Ello no impedirá que la norma pueda ser inconstitucional por otras razones, porque lo cierto es que no existe una libertad omnímoda para que las Comunidades Autónomas puedan configurar libremente los supuestos de hecho de su Derecho sancionador y los caracteres de las sanciones que crean.

De hecho, los límites a la competencia autonómica son de dos tipos. El primero es el test de la proporcionalidad en la intervención administrativa. Se produciría una incidencia en la unidad del mercado si el régimen administrativo autonómico fuese desproporcionado al fin pretendido (SSTC 88/1986 y 225/1993). En este orden de cosas, las Comunidades Autónomas con competencia en la materia pueden disponer sanciones distintas a las recogidas en la legislación estatal de disciplina de mercado y protección de los consumidores (básicamente, el RD 1945/1983), estando capacitadas para modular tipos y sanciones provenientes de la legislación estatal. Eso sí, aunque la lesión de un derecho contractual no lleve aparejada sanción administrativa conforme a la legislación estatal, la imposición autonómica de una sanción en tal caso permitiría entender que la norma está a salvo del reproche de inconstitucionalidad derivado del art. 139.2 CE, por cuanto se limita a proteger mediante una técnica de Derecho público el mismo bien jurídico tutelado por una norma de Derecho privado (cfr. STC 85/1987, FJ 8º).

El segundo límite es el derivado de la igualdad en las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos constitucionales (SSTC 88/1986 y 225/1993). Esta ruptura de la igualdad se produce cuando la sanción prevista es desproporcionada en relación con la gravedad de la infracción (STC 136/1991). La STC 87/1985 se refiere en este sentido a una “unidad fundamental del esquema sancionador” y a una proscripción de las “divergencias irrazonables”.

La segunda reflexión está relacionada precisamente con el Derecho de la competencia. Lo cierto es que, por virtud de lo dispuesto en el art. 15 LCD –que contiene una norma de cierre importante en la regulación del comercio interior–, las normas autonómicas sobre la actividad comercial sí que van a tener un efecto jurídico privado: cualquier infracción de normas administrativas (estatales o autonómicas) que tengan por objeto la disciplina del mercado (reglamentaciones de precios, de horarios, monopolios de ventas, requisitos de titulación y colegia-

ción, etc.) no sólo constituirá un ilícito administrativo sancionable por la Administración actuante, sino una conducta *objetivamente ilícita desde el punto de vista jurídico privado*, que podrá ser combatida en vía civil (acciones de cesación, de prohibición y de indemnización en su caso) por los competidores, las corporaciones o asociaciones profesionales y las asociaciones de consumidores.

Como tercera reflexión hay que destacar que la multiplicación de infracciones de tipo administrativo que tienen como supuesto de hecho puras contravenciones contractuales no es irrelevante para la competencia entre empresarios. La concurrencia de una sanción administrativa, junto al coste económico (eventual) de un resarcimiento por daños contractuales, aumenta los costes de las empresas sometidas a la aplicación de la norma administrativa. Estos costes excedentarios son costes de producción que no tienen que soportar empresas sujetas territorialmente a un Derecho administrativo no intervencionista. Con ello se alteran las condiciones de la competencia en la medida en que por vía indirecta se incide sobre los precios de los productos. Ciertamente que no estamos ahora ante una intromisión en el Derecho privado de la contratación, pero sí ante una modificación, ajena al mercado, de las condiciones de partida para el ejercicio de una competencia leal en el mercado nacional.

Una última consideración. Aunque anteriormente renunciamos a pronunciarnos sobre la conveniencia de una técnica legislativa como la que estamos contemplando, sí que interesa, no obstante, llamar la atención sobre la existencia de un límite constitucional al establecimiento de sanciones por infracciones de intereses puramente contractuales. El mismo se encuentra en el art. 103 CE que, al determinar que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales [...]”, impide la publicación de intereses particulares. No es sólo que la tipificación de ilícitos administrativos por la lesión de derechos contractuales sea, por sus altos costes de administración, una norma ineficiente. Es que el art. 103 CE constituye también una cláusula competencial negativa, de manera que la Administración no puede ser puesta al servicio de intereses particulares. Como argumento que abona esta afirmación, piénsese en lo siguiente: no toda práctica desleal supone un ataque a la competencia en el mercado que ponga en marcha la maquinaria administrativa sancionadora diseñada en la LDC, para ello es preciso que el acto desleal pueda falsear de manera sensible la competencia, y que, por su dimensión, afecte al interés público (cfr. arts. 15 LCD y 7 LDC, y una muchedumbre de resoluciones en este sentido del Tribunal de Defensa de la Competencia).

## **7.2. Imposición autonómica de requisitos para el ejercicio del comercio.**

Es doctrina constitucional que las normas sobre capacidad del empresario son

contenido de la competencia estatal sobre legislación mercantil del art. 149.1.6ª CE (SSTC 88/1986, FJ 8ºf, 225/1993, FJ 5º, 133/1997). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que la instauración autonómica de sanciones y requisitos administrativos para los comerciantes no permite concluir sin más que estamos ante una regulación (inconstitucional) de la actividad mercantil. Para que exista exceso competencial es preciso que la regulación sea de carácter *esencial* y definidor de la actividad, por lo que se remite a un juicio de proporcionalidad caso por caso entre la restricción y el objetivo de protección de los consumidores (v. SSTC 88/1986, FJ 5º; 225/1993, FJ 6ºb y 284/1993, FJ 2º). Así, no son inconstitucionales las normas que condicionan el lícito ejercicio del comercio al cumplimiento de la regulación estatal, ni tampoco las normas autonómicas que introducen nuevos requisitos para la realización de la actividad comercial (típicamente, la inscripción en un registro autonómico de comerciantes, SSTC 88/1986, FJ 8ºc y g; 225/1993, FJ 5ºc; 284/1993, FFJJ 2º y 3º), o para la práctica de ciertos tipos de ventas (STC 88/1986, FJ 8ºc) o, en general, para la venta fuera de establecimiento (no sedentaria, domiciliaria y venta a distancia, STC 225/1993, FJ 6ºc). Es inconstitucional, por desproporcionada y por invadir la competencia estatal del art. 149.1.6ª CE, la prohibición, durante tres años, de ejercer una actividad similar tras una venta en liquidación (STC 88/1986, FJ 8ºf).

Pues bien, varias son las consideraciones que sugiere la doctrina expuesta:

En primer lugar, exceptuando el Derecho de la competencia, la reserva estatal del art. 149.1.6ª CE se ciñe exclusivamente a la regulación jurídico-privada mercantil. Sean cuales sean los ámbitos que comprenda el Derecho mercantil, no está sometida al Estado cualquier regulación cuyos destinatarios sean los empresarios. Esta interpretación –que, por lo demás, se desprende sin esfuerzo de la sistemática del propio art. 149.1 CE, donde, por ejemplo, se reserva al Estado la reglamentación de ciertos sectores empresariales, núms. 11º y 20º– ha sido la adoptada por el Tribunal Constitucional [v. SSTC 37/1981, FJ 3º; 14/1986, FJ 7º, 88/1986, FJ 5º, 133/1997, FJ 10,b)]. En efecto, la competencia estatal sobre legislación mercantil es una reserva sobre una técnica de regulación, no sobre un objeto de reglamentación (vgr. la empresa, o el mercado de valores). Como se dice en el FJ 3º de la STC 37/1981, a los efectos de la distribución de competencias, el problema de la delimitación conceptual del Derecho mercantil se traslada entonces al de la delimitación entre Derecho privado y Derecho público, de manera que, tratándose de normas de encuadrables en este último, habrá que situar la institución de que se trate dentro de otros criterios de reparto competencial (STC 133/1997). Ahora bien, las normas sobre capacidad no son ni de

Derecho público ni de Derecho privado, sino que simplemente constituyen el *presupuesto* de cualesquiera relaciones de Derecho. Así, la competencia no es estatal porque se trate de una norma de Derecho privado, sino tan sólo cuando el establecimiento de un ámbito de capacidad al empresario o a cualquier participante en el ámbito empresarial de que se trate determine consecuencias jurídico privadas, precisamente porque la norma en cuestión sea el presupuesto de una relación jurídico privada (vgr. según la STC 133/1997, las incompatibilidades mínimas de Administradores, Corredores de Comercio y Notarios, o las normas de conducta de las agencias de valores conforman las bases de la ordenación del crédito reservadas al Estado también en relación con las bolsas de valores creadas por las Comunidades Autónomas, porque garantizan la transparencia del mercado en interés del cliente, mientras que en la aprobación y modificación de los estatutos de las sociedades rectoras son competentes las Comunidades Autónomas en cuyo territorio esté ubicada la Bolsa de que de cuya sociedad rectora se trate).

De acuerdo con lo anterior, ninguna norma autonómica que establezca requisitos para el ejercicio del comercio o la práctica de ciertos tipos de venta, y cuya contravención genere tan sólo efectos jurídico-públicos, podrá ser inconstitucional por invadir la competencia estatal del art. 149.1.6ª CE, sin perjuicio de que pueda ser inconstitucional por otras razones (vgr. por introducir una barrera en el mercado nacional [art. 139.2 CE], por vulnerar el derecho a la libre empresa [art. 38 CE]). Por ello, y a pesar de la desafortunada justificación contenida en el FJ 8ºf ) de la STC 88/1986, la norma autonómica que prohíbe durante tres años el ejercicio de una actividad comercial similar tras una venta en liquidación, disponiendo sanciones administrativas para el caso de contravención, no puede ser inconstitucional por invadir la reserva estatal sobre legislación mercantil.

La invasión de la competencia estatal del art. 149.1.6ª CE no puede ser baremada atendiendo al carácter “esencial y definidor de la actividad” del requisito que imponga la regulación autonómica. La capacidad no es un atributo graduable: se tiene o no capacidad para el ejercicio del comercio si se reúnen las condiciones del art. 4 CCom, norma ésta que tampoco contiene requisitos esenciales y no esenciales, sino que todos ellos condicionan por igual el ejercicio de la actividad comercial. Aunque el Tribunal Constitucional ha admitido que no toda incidencia en la competencia estatal es inconstitucional (SSTC 125/1984, FJ 1º; 153/1989, FJ 8º; 76/1991, FJ 4º; 100/1991, FJ 5º; 149/1991, FJ 4ºBe), lo cierto es que en la materia de capacidad del comerciante no caben términos intermedios: la norma regulará o no la capacidad, y ello, obviamente, con independen-

cia de que la misma deba aplicarse tan sólo a un sector empresarial determinado (por ejemplo, al comerciante minorista).

Entender que el estándar de licitud varía en función de la esencialidad del requisito introducido por la regulación autonómica, sólo tiene sentido si se interpreta que la constitucionalidad de las exigencias administrativas para el ejercicio de la profesión de comerciante está relacionada –como de hecho lo está– con el principio de libertad de empresa del art. 38 CE (en conexión con el art. 149.1.1ª CE), o bien porque el parámetro de constitucionalidad de la norma sea –que siempre lo es– el art. 139.2 CE. Es en esta sede donde la regulación autonómica podrá ser inconstitucional por desigualar las condiciones básicas para el ejercicio del comercio en el territorio nacional, y/o cuando la restricción conlleve un sacrificio para la unidad del mercado que sea desproporcionado con respecto a la finalidad perseguida por la norma (v. en este sentido la STC 225/1993, FJ 5ºc).

Por último, es evidente que la constitucionalidad de las exigencias administrativas autonómicas para el ejercicio del comercio no puede justificarse –como hacen las SSTC 225/1993, FJ 6ºb y 284/1993, FJ 2º–, en el art. 9.1 CE, porque el argumento sería necesariamente circular: se dice que la norma es constitucional porque hay que obedecer las normas, con lo que la obligación de sujeción a la norma se fundamenta en su mera existencia, cuya constitucionalidad se deja sin justificar.

## ***8. El principio de unidad de mercado***

### **8.1. Su alcance como título competencial.**

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de aclarar que el art. 139.2 CE no contiene una distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino un límite a toda competencia (SSTC 1/1982, 87/1987, 52/1988). En concreto, no es un título competencial en cuya virtud pueda reservarse el Estado la facultad de “preservar la libre circulación de bienes en el territorio nacional” (STC 95/1984, FJ 7º). A pesar de este carácter neutral de la regla, sin embargo es evidente que su potencial limitador será más intenso en relación con la normativa autonómica. Desde el momento en que una regulación autonómica pretenda reglamentar el comercio de bienes y servicios mediante la instauración de condiciones, requisitos y prohibiciones de intercambio, esta regulación está, siquiera sea de modo indirecto, creando una barrera en el mercado interior, en la medida en que dificulta que los bienes y servicios que provienen del ámbi-

to externo a esta Comunidad puedan circular con el solo cumplimiento de las reglas o condiciones de comercialización impuestas a nivel general o en el propio territorio desde el que se practica el intercambio o tráfico del producto. Y ello sin contar con que el límite a la posibilidad de una regulación particular de origen autonómico no sólo proviene de las competencias estatales, sino de los compromisos que el Estado tiene contraídos en su conjunto con la Unión Europea, y que derivan del principio de libre circulación de mercancías del art. 30 del Tratado de Roma.

### **8.2. La ponderación entre unidad interior y autonomía.**

Expuesto en los términos que acabamos de adelantar, el problema parecería insoluble. En efecto, el art. 139.2 CE se traduciría de hecho en la imposibilidad de que una Comunidad Autónoma pudiera hacer uso de su competencia cuando el resultado de aquél fuera la creación de una barrera en el mercado interior o de un obstáculo que dificultara el intercambio o que lo hiciera no uniforme para los distintos operadores en el mercado.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que si una norma es de indiscutible competencia autonómica, no se puede contrarrestar o anular el efecto que se sigue de su aplicación en aras de un principio de unidad de mercado que no se compadece con la forma compleja de nuestro Estado (STC 87/1987). La existencia de un único orden económico en un mercado nacional no excluye la existencia de la diversidad jurídica que resulta del ejercicio por los órganos autonómicos de competencias normativas sobre un sector económico cuando éstas hayan sido asumidas en el Estatuto de Autonomía (STC 225/1993).

Esta doctrina es ajustada al *principio de efectividad de las competencias*, que impide negársela a una Comunidad Autónoma cuando está claramente atribuida en su Estatuto (v. también la STC 52/1988). Con igual alcance restrictivo ha de interpretarse el límite de la competencia estatal exclusiva sobre comercio exterior (art. 149.1.10ª CE), ya que, como se insiste en varias sentencias, una aplicación extensiva de este título competencial acabaría por vaciar de contenido la premisa, consolidada en la doctrina constitucional, conforme a la cual el ingreso de España en la CEE y la consiguiente transposición de las normas de Derecho comunitario derivado no altera las reglas constitucionales de distribución de competencias «ya que sería muy difícil encontrar normas comunitarias que no tuvieran incidencia en el comercio exterior, si éste se identifica, sin más matización, con comercio intracomunitario» (STC 236/1991 y en sentido similar STC 79/1992 y 313/1994).

En estos términos, la concurrencia ya no puede resolverse en función de reglas de aplicación abstracta, y será preciso una *labor de ponderación caso por caso* para fijar los límites que el principio de unidad de mercado impone al ejercicio autonómico de competencias que se proyectan sobre la reglamentación del mercado.

El Tribunal Constitucional se ha servido de dos mecanismos a través de los cuales realizar la ponderación. El primero consiste en el enjuiciamiento de los *niveles de incidencia* de la regulación autonómica. El segundo, en la elaboración de subreglas más específicas que las contenidas en el art. 139.2 CE.

El primer mecanismo de ponderación consiste en postular la diferencia entre la *incidencia* y la *obstaculización* del mercado (cfr. SSTC 37/1981 y 64/1990). Este test es de escasa utilidad. Sustituye la necesaria ponderación entre unidad y autonomía por otra no menos huidiza entre obstaculizar e impedir, lo que remite a nuevos niveles y criterios de ponderación suplementarios.

El segundo mecanismo consiste en la elaboración de diversos test de concreción del principio de unidad en subreglas. Estas subreglas –por lo demás, profusamente utilizadas por el Tribunal Constitucional en ámbitos distintos al presente– son las siguientes: el test de proporcionalidad y la igualdad de condiciones básicas en el ejercicio del derecho.

### **8.3. El test de proporcionalidad.**

Según éste, la norma autonómica no respeta el mandato del art. 139.2 CE cuando no existe proporción entre el fin constitucionalmente lícito y la medida obstaculizadora del mercado (SSTC 37/1981, 88/1986, 87/1987, 64/1990). Esta regla es también utilizada por la jurisprudencia comunitaria en el ámbito de aplicación de los arts. 30 y 36 del Tratado de Roma. Utilizando la versión comunitaria de la misma, más desarrollada que la del Tribunal Constitucional, podremos decir que una medida autonómica es contraria al principio de libre circulación cuando la medida obstaculizadora no esté justificada por el fin *legítimo* perseguido o cuando entre la medida y el fin no exista proporcionalidad, por poderse asegurar el cumplimiento del fin con una medida menos gravosa para el libre intercambio en el mercado interior (cfr. la exposición de esta regla en la famosa sentencia de *Cassis de Dijon*, As. 120/78, *Rec.* 1979, pág. 649; apuntada ya en la sentencia *Dasonville*, sentencia de 11 de julio de 1974, As. 8/74, *Rec.* 1974, pág. 837. En aplicación de la misma, en el asunto *GB-INMO-BM* -As. 362/88, sentencia de 7 de marzo de 1990, *Rec.* 1990, pág. I-667-, el Tribunal de Justicia

de las Comunidades Europeas entendió que la libertad de los consumidores queda comprometida cuando se les niega el acceso a una publicidad sobre rebajas, pues sería contraria a estos intereses una norma nacional que, bajo el pretexto de defenderlos, prohibiera la publicidad sobre rebajas, cuando esta publicidad sea veraz.

Sin embargo, este test padece de una laguna difícil de colmar, lo que impide que sea utilizado con exclusividad. Se trata de que con el mismo no es posible determinar cuándo una Comunidad Autónoma persigue un fin constitucionalmente legítimo. Es decir, el Tribunal Constitucional sitúa la aplicación del art. 139.2 CE en el terreno de la aplicación de los medios, pero no en el terreno de la selección y control de los fines perseguibles, que es, seguramente, donde la regla constitucional encuentra su máxima virtualidad. Es este control de objetivos el que puede decir hasta qué punto es aceptable un sacrificio de la unidad de mercado.

#### **8.4. La igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos.**

De acuerdo con este test, el art. 149.1.1ª CE, sería un principio, del cual la unidad de mercado aparece como una concreción; o bien aquel precepto se configura por sí mismo como límite a la posibilidad de reglamentaciones diferenciadoras. De acuerdo con ambas ideas –que no aparecen debidamente delimitadas en la jurisprudencia constitucional– la posibilidad de reglamentaciones que impongan obstáculos al libre comercio de bienes o servicios, excederán del ámbito autonómico cuando comporten desigualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales por los españoles (v. SSTC 37/1981, 32/1983, 88/1986, 87/1987, 64/1990, 62/1991).

Tampoco este test se halla exento de dudas.

En primer lugar, porque el art. 149.1.1ª CE no es un límite al ejercicio de sus competencias por las Comunidades Autónomas, sino un título competencial propio del Estado que permite a éste regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos fundamentales. Se trataría, pues, de una *competencia de armonización*, pero no de una imposibilidad por parte de las Comunidades Autónomas de regular ciertos ámbitos de la realidad social. Es decir, el art. 149.1.1ª CE no impide que las Comunidades autónomas legislen, sino que permite que el Estado armonice dicha legislación. Hay que observar al respecto que –a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en Derecho Comunitario– no se supone en la norma constitucional que la compe-

tencia estatal sea una competencia de cierre, de tal forma que, una vez ejercitada, precluyera la posibilidad de que las Comunidades Autónomas produjeran una norma propia en el mismo sector.

En segundo lugar se encuentra la dificultad misma de aprehender el alcance de esta igualdad básica. Esto conduce a que este límite constituya una regla de uso incierto y de resultados poco contrastables en la generalidad de los casos. Ello se ha constatado, en relación con la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos como consumidores, en la STC 313/1994. Según la misma, para sostener la competencia estatal sobre las actividades de normalización y homologación de productos industriales, no puede acogerse la invocación del título competencial consagrado en el art. 149.1.1 CE, que permite al Estado regular las condiciones básicas a fin de salvaguardar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos como consumidores. Y ello, porque las actividades relativas a la seguridad de los productos industriales encuentran un encaje más preciso y directo en la materia de seguridad industrial, que en la más general de protección de los consumidores. A la misma conclusión de no aplicación del art. 149.1.1 se llegó en las STC 100/1991 y 236/1991 relativas a una cuestión –metrología– que poseía una gran similitud con la planteada en la STC citada, y, aunque en *obiter dictum*, en la 146/1996, que entendió que el carácter específico de la publicidad determina que la regla del art. 149.1.1.º CE invocada por el Abogado del Estado, en relación con el derecho a la información de los consumidores y usuarios (art. 51 CE), por su más amplio alcance debe ceder a la regla de carácter más específico, en este caso, la relativa a la publicidad.

### ***9. Tránsito: de la doctrina constitucional expuesta a los servicios de la sociedad de la información***

Las reflexiones realizadas sobre la glosa de la doctrina constitucional que hemos venido haciendo en las páginas que anteceden tienen una pretensión de generalidad. Pero a nosotros nos son útiles aquí sólo en la medida en que puedan servirnos de puente argumentativo para racionalizar la posición que puede tener el título competencial (legislativo y de ejecución) en materia de protección de los consumidores (al que consideramos como título sectorial determinado en función del fin de protección de la norma, y de titularidad plena o cuasi plena autonómica) en relación con un título competencial inespecífico y genérico que pueda ser alegado para regular y administrar la “sociedad de la información” como tal.

Pues la DF 6ª de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSI), ha hecho valer como acreditaciones competenciales estatales dos títulos. El primero de ellos, el régimen de telecomunicaciones como materia reservada al Estado; el segundo, la reserva de Derecho privado, en un doble frente: reserva del Derecho privado de la competencia y reserva del Derecho privado de contratos. En consecuencia:

- (i) Ni existe ni el Estado ha pretendido aportar un título genérico sobre la sociedad de la información como tal, ni sobre los servicios de la sociedad de la información en su conjunto.
- (ii) La regulación contenida en la LSSI contiene indudablemente normas de Derecho privado. Pero ni tan siquiera la mayor parte de la regulación contractual que contiene es una regulación de Derecho privado.
- (iii) En un cierto sentido, la LSSI constituye una regulación de la competencia, en la medida que pretende garantizar un espacio de libertad empresarial independiente del lugar de prestación de los servicios de la sociedad de la información.
- (iv) El Estado no ha aportado ni hecho valer como título competencial la reserva sobre las bases del procedimiento administrativo (regla 18ª art. 149.1 Constitución), la regulación de las bases y coordinación de la actividad económica (regla 13ª), ni la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos (regla 1ª).
- (v) Por principio, la regulación que tiene cabida más procedente en el título competencial sobre telecomunicaciones es la que se refiere a los servicios y redes de telecomunicaciones. Pero, como regla, los prestadores de servicios de la sociedad de la información no son operadores de redes y servicios de telecomunicaciones, en el sentido propio de la LGTEL, y la regulación específica y propia de la LSSI no es una ordenación de las habilitaciones para tender redes o prestar servicios de telecomunicaciones, sino para regular el contenido de los mensajes que se mandan por las redes y de la información que puede ser puesta a disposición de los destinatarios que hacen uso de medios electrónicos. Los arts. 12 y 14 LSSI, al mencionar separadamente y de modo marginal a los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones con una finalidad muy precisa, acredita que los destinatarios de la regula-

ción son otro tipo de operadores no sujetos al estatuto que resulta de la LGTEL.

## Parte segunda

### FINALIDADES DE PROTECCIÓN Y TÍTULOS COMPETENCIALES EN LA LSSI

#### *10. La protección de los consumidores en el seno de la Directiva 2000/31*

En buena medida, las dificultades de encontrar un tratamiento lineal referido a la protección de los consumidores en la LSSI, así como la de saber con claridad qué papel ha querido atribuir la propia LSSI a las normas que cumplen aquella finalidad de protección, provienen de la estructura “atormentada”, y de los distintos niveles de referencia, que al respecto adopta la Directiva comunitaria relativa a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

En los Considerandos de la Directiva se invoca el principio de protección de los consumidores, como una razón de ser de la misma regulación armonizada y como una finalidad a la que tiende esta armonización (Considerando 10). Pero inmediatamente se nos aclara que esta Directiva “no afecta” al nivel de protección de los consumidores ofrecido por otras normas comunitarias, aunque “completa” los requisitos de información establecidos en estas normas, en especial en la Directiva de ventas a distancia (Considerando 11). Lleno de equívoco énfasis, el art. 1.3 de la Directiva afirmará que *la presente Directiva completará el ordenamiento jurídico comunitario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, sin perjuicio del nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses de los consumidores (...) en la medida en que no restrinjan la libertad de prestar servicios de la sociedad de la información*. Parece a veces que la Directiva se quiere situar en un nivel alejado del específico de las Directivas consumeristas, como una norma fundamentalmente liberadora de servicios necesarios para el triunfo de la sociedad de la información; pero la Directiva no renuncia a complementar a su vez esta normativa con alguna regulación propia, como se desprende sin más de lo dispuesto en los arts. 5 (información general exigida a los prestadores de servicios a favor de los destinatarios de los mismos), 6 (condiciones a cumplir por las comunicaciones comerciales), 7 (comunicaciones comerciales no solicitadas), 10 (informaciones precontractuales a suministrar a consumidores), 12 (reglas para confirmar la recepción de un pedido en contratos con consumidores).

El art. 3 de la Directiva, que es el antecedente de los arts. 3 y 8 de la LSSI, dibuja un enrevesado conflicto entre sociedad de la información y protección de los consumidores. Completando el anómalo contenido de regulación de esta norma con lo que se dispone en el Anexo de la Directiva, resulta la siguiente paradoja: El principio, según el cual los Estados miembros no pueden restringir la libertad de prestación de servicios por razones inherentes al ámbito coordinado (apartado 2 del art. 3), no se aplicará al “ámbito” de las *obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados con consumidores* (apartado 3 y Anexo). No sólo eso; también podrán los Estados miembros tomar medidas que constituyan excepciones al apartado 2 (que, recuérdese, es el que establece el principio de libertad de prestación de servicios), si se trata de medidas necesarias, entre otros motivos, para la *protección de los consumidores*, que, recuérdese también, ya había sido previamente excluida del ámbito coordinado por la Directiva.

En resumen, y con independencia de las especulaciones que puedan hacerse sobre el papel reservado a la protección de los consumidores en el art. 3 de la Directiva, podemos afirmar en síntesis que:

- (i) La Directiva 2000/31 ha excluido toda pretensión de que la armonización exigida por la eclosión de los servicios de la sociedad de la información, y el principio de libertad en el ejercicio de los mismos, pueda conseguirse a costa de los regímenes de protección comunitario y estatales que puedan existir en el ámbito de la defensa de los consumidores o que pueda incidir en ellos.
- (ii) La Directiva 2000/31 aprovecha el objeto inmediato de regulación (servicios de la sociedad de la información) para introducir nuevas normas protectoras de los consumidores, relativas al medio de contratación y promoción comercial a distancia.

### ***11. El objeto de protección de la LSSI***

El art. 1.1 LSSI establece unos objetivos plurales y no homogéneos, que pretenden ser satisfechos por las distintas normas de la ley. En términos genéricos, es objeto de la ley *la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información*, entendidos tales “servicios” en el sentido de la letra a) del ANEXO de DEFINICIONES de la propia ley. Pero junto a esta regulación

genérica, y acaso mejor como concreción de la misma, la ley pretende también regular

- (i) *la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios (...),*
- (ii) *las comunicaciones comerciales por vía electrónica,*
- (iii) *la información previa y posterior a la celebración de los contratos electrónicos,*
- (iv) *las condiciones relativas a su validez y eficacia y*
- (v) *el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.*

Como se comprende de su simple lectura, existen subobjetivos que tradicionalmente han sido considerados como objetivos específicos de la competencia de defensa de consumidores, cuando el destinatario del servicio es un destinatario final, como ocurre con el especificado supra (iii). Existen también marcos genéricos de regulación contractual que son susceptibles de ser afectados por distintos títulos competenciales y fines de regulación no específicos de la sociedad de la información, como ocurre con los especificados supra (i) y (ii).

Lo que se refiere al objetivo supra (iv) es materia claramente ajena a la regulación específica de protección de los consumidores, en la medida que comprende decisiones técnicas de Derecho civil y mercantil que deben ser tomadas por el legislador competente conforme a las reglas 6ª y 8ª del art. 149.1 de la Constitución<sup>1</sup>. Por el contrario, el régimen sancionador (supra (v)) es una superestructura que no tiene un contenido propio, pues la competencia, y su propio régimen, se determinan en función de los posibles bienes jurídicos lesionados por las conductas definidas como infracción, y estos bienes jurídicos pueden (a) o bien hallarse fuera de la propia LSSI (b) o, estando comprendidos por ésta, pueden haber sido igualmente tipificados en el ejercicio de una competencia sectorial distinta de la específica de la “sociedad de la información”, (c) o, finalmente,

1. Un cuidado examen de la regulación civil contenida en la LSSI, Cavanillas Múgica, *Los contratos electrónicos: problemas de Derecho civil relativos a su conclusión*, en Ponencias de las Jornadas de Derecho civil de las Palmas de Gran Canaria, 2002.

pueden encontrarse tipificados en la LSSI y, a pesar de ello, deberán ser eventualmente calificados como tipos de infracción propiamente consumerista.

### *12. El título competencial invocado por la LSSI*

Como en tantas otras normas estatales de naturaleza mixta, el legislador estatal ha utilizado aquí una doble cobertura competencial (DF Sexta LSSI). En primer lugar, las reglas 6ª y 8ª del art. 149.1 Constitución, relativas a la reserva estatal sobre legislación de Derecho privado material, Derecho procesal y Derecho de la competencia. En segundo lugar, la competencia jurídico administrativa de regulación de las telecomunicaciones (regla 21ª del art. 149.1 Constitución).

La suma de telecomunicaciones y Derecho privado no agotan sin embargo, el contenido de la materia regulada en la LSSI. Sin duda existe una regulación jurídico privada en aquellas reglas de la LSSI que establecen un régimen de responsabilidad civil o determinan el momento y lugar de perfección de un contrato. Pero no queda cubierto por este título el conjunto de reglas diseminadas en la LSSI que imponen deberes de información o de conducta, y a las que el legislador no ha considerado oportuno vincular una específica consecuencia de Derecho privado. Tampoco el título regulador de las telecomunicaciones sirve para cubrir competencialmente la parte más significativa de estas normas. Pues las regla 21ª del art. 149.1 Constitución no puede ser extendida a regular cualesquiera contenidos que se transmiten por redes electrónicas. “Telecomunicaciones” es un título específico de la regulación de las redes y servicios, pero no de regulación comercial o contractual que pueda entronizarse a través de este medio, ni del contenido de información que por tales medios se trasmite o comunica. Igual que la competencia sobre correos no sería un título suficiente para absorber la competencia sobre urbanismo, por el hecho de que las resoluciones administrativas de naturaleza urbanística se comuniquen por medio de notificaciones escritas. En la relación con el destinatario final del servicio “telecomunicaciones” es un título que no puede utilizarse nunca como una competencia de contenidos, sino, exclusivamente, de medios.

Es fundamental retener aquí que la nomenclatura de “sociedad de la información” no constituye ni identifica ningún título competencial específico, como, por otro, lado, resulta evidente, dada la falta de concreción de una descripción de esta clase, que de suyo podría, de ser tomado en serio tales términos, convertirse en un título de competencias universales.

Ni tan siquiera el inespecífico concepto de “ámbito normativo coordinado”, que utiliza pero no define el art. 1.2 LSSI, y que define, pero no se entiende, la letra i) del ANEXO de DEFINICIONES, constituye en la LSSI una reserva de título competencial.

### ***13. La protección de los consumidores como criterio de regulación en la LSSI***

Al margen de aquellas normas (a las que nos referimos después) que en la LSSI se refieren a la actuación de otros órganos o a la aplicación de otras reglas competentes en materia de protección de los consumidores, existen cuatro ocasiones en que la LSSI utiliza la protección de los consumidores como criterio que determina de una manera u otra la aplicación de sus normas.

- (i) El art. 3.1 LSSI impone la aplicación de la Ley a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten, entre otros extremos, a las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por consumidores. La protección de los consumidores actúa en este caso como un factor de aplicación extraterritorial de la LSSI, y supone, en consecuencia, que la LSSI contiene normas protectoras de esta clase y finalidad, cuya aplicación es lo que se trata de asegurar en el art. 3.
- (ii) Los arts. 27.2 a) y 28.3 a) permiten que las partes excluyan convencionalmente la exigencia de proveer la información pre y precontractual que allí se contiene, salvo que se trate de negocios que tengan por destinatario a un consumidor. Realmente, dado que para el resto de contratos el contenido de las normas es puramente dispositivo, ambos preceptos sólo tienen sentido entendidos como normas consumeristas.
- (iii) Según el art. 29 I LSSI, los contratos celebrados por vía electrónica en que intervenga como parte un consumidor se presumen celebrados en el lugar en el que éste tenga su residencia habitual. La norma no es, empero, especialmente significativa en el ámbito jurídico privado, pues la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor es independiente en cualquier caso de que el contrato se entienda celebrado en este lugar o en otro (art. 5 Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales).

- (iv) Las asociaciones de consumidores deben participar en la elaboración de los códigos de conducta a que se refiere el art. 18 LSSI. Las Administraciones públicas competentes deben alentar esta participación.

#### ***14. La salvaguarda expresa de los ámbitos competenciales concurrentes en la LSSI***

La propia LSSI es consciente de que las finalidades perseguidas por la misma pueden constituir finalidades de protección o materia regulable comprendidas en otros títulos competenciales. Hagamos un repaso por las distintas normas que contienen una salvaguarda expresa de estas otras áreas competenciales.

El art. 1.2 aclara que las disposiciones contenidas en la LSSI *se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de (...) los intereses del consumidor (...)*. Como puede apreciarse de la propia declaración legal, existen dos criterios de reparto competencial aparentemente claros. En primer lugar, todo lo relativo al “ámbito normativo coordinado” corresponde al ámbito regulatorio de la LSSI, y, presumiblemente, de la Administración que sobre ella tiene competencia específica. Pero, inversamente, todo lo referido a la finalidad de protección del consumidor parece que corresponde a los títulos competenciales y a las Administraciones públicas que no son los específicos de la LSSI.

La interpretación que se acaba de dar, sin embargo, es insatisfactoria. En primer lugar, porque la definición de ámbito coordinado que se realiza en la letra j) del ANEXO de DEFINICIONES es lo bastante abstrusa como para significar cualquier cosa imaginable<sup>2</sup>. En segundo lugar, porque resultará chocante que se pueda decir que la LSSI no pretende realizar, al menos en una parte, una finalidad de protección de los consumidores, y que tal finalidad permanece ajena a la norma.

Según el art. 2.4 LSSI, *los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España estarán sujetos a las demás disposiciones del*

2. Se entiende por tal ámbito “todos los requisitos aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, ya vengán exigidos por la presente Ley u otras normas que regulan el ejercicio de actividades económicas por vía electrónica, o por las leyes generales que les sean de aplicación y que se refieran a los siguientes aspectos” ( y enumera las normas relativas al comienzo de la actividad y las que se refieren al posterior ejercicio de dicha actividad).

*ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen, con independencia de la utilización de medios electrónicos para su realización.* En consecuencia, la utilización de servicios específicos de la sociedad de la información no basta a constituir una materia especial ajena a la vocación reguladora de otros ámbitos normativos.

Conforme al art. 3.1 d) LSSI, la ley se aplicará a prestadores de servicios establecidos en otro Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a (...) *obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.* Esta norma desmiente que la finalidad de protección de los intereses de los consumidores sea ajena a la finalidad protectora de la LSSI, y, además, es utilizada como criterio de aplicación extraterritorial de la propia ley. Obsérvese la distinta perspectiva que media entre esta norma y el art. 3 de la Directiva comunitaria de comercio electrónico. En ésta era la protección de los consumidores un extremo de entidad suficiente para excluir los efectos de la armonización pretendida; en la ley española, la presencia de intereses dignos de esta clase de protección es precisamente utilizado como criterio para la aplicación positiva de la norma que se pretende transposición de la Directiva.

El art. 6 LSSI consagra uno de los principios cardinales del sistema de la LSSI. La prestación de servicios de la sociedad de la información no está sujeta a autorización previa. Sin embargo, el apartado segundo aclara que esta norma *no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento español que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios.* Básicamente, la norma se está refiriendo a autorizaciones exigidas por la norma reguladora del comercio minorista, y, por lo que ahora importa, las autorizaciones que las Comunidades Autónomas hayan establecido, de acuerdo con la LOCM y sus propios títulos competenciales, sobre ventas a distancia. Una vez más se acredita por la norma que la utilización de medios específicos que definen un servicio de la sociedad de la información no comporta exclusión de la aplicación de otros regímenes normativos diseñados en función de la finalidad de protección de las normas o de la materia regulada como una unidad considerada en función de la circunstancia de que tal materia comprende relaciones comerciales entre empresarios y consumidores. La salvedad misma que se hace en este apartado del art. 6 LSSI es inconsecuente, pues, ciertamente, los otros regímenes concurrentes pueden tener vocación de aplicación en función del

carácter comercial de la relación regulada, de la presencia de un consumidor, del carácter específico de la venta como una venta a distancia; pero es evidente que no cabe imaginar una regulación paralela y ajena a la específica de la sociedad de la información que retenga como elemento justificador de esta vocación regulatoria el que la relación comercial se desarrolle por vía electrónica. ¿Para qué habría de regular una Comunidad Autónoma la específica contratación electrónica *como tal*, cuando puede hacerlo como una clase dentro del género de las ventas a distancia, o de los negocios que en general tienen lugar entre empresarios o consumidores, o como un incidente de la regulación que se provea de la ordenación turística o de la promoción comercial o de la venta de viviendas, etc?.

El art. 8.1 establece que los “órganos competentes para la protección” de los principios que a continuación enumera pueden adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación del servicio. Entre tales principios se halla *la protección de la salud pública o de las personas que tenga la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores*. El contenido ulterior de la norma es curioso, e ilustra la enorme tensión con la que en la LSSI pretenden convivir distintas vocaciones regulatorias. Pues el resto del art. 8 se dedica a establecer un detallado procedimiento (en gran parte carente de sustancia propia, por reproducir obviedades) para el ejercicio de tales competencias por los “órganos competentes”, cuando tengan por objeto la interrupción del servicio o una restricción sobre un prestador de servicios establecidos en otro Estado de la UE o del EEC. Ciertamente se trata de una norma exorbitante, pues, cualquiera sea el título competencial que se quisiera hacer valer, el Estado no puede arrogarse una competencia para determinar, ni tan siquiera con carácter básico, cómo han de ejercer sus propias competencias las Administraciones autonómicas que actúan en el ejercicio de su competencia reguladora y no meramente ejecutiva.

El art. 10 LSSI enumera una serie de circunstancias que el prestador de servicios tienen que poner a disposición de los destinatarios como información permanente, directa y gratuita. Es igualmente evidente que no puede pretenderse un título competencial específico de la sociedad de la información para imponer tal obligación de información. El propio precepto lo comprende así, cuando establece la reserva de que tal norma procederá *sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establece en la normativa vigente*. Como resulta, por ejemplo, de la circunstancia de la letra f) (información sobre el precio), la imposición de obligaciones precontractuales de información es una materia que puede

ser alternativa y simultáneamente abordada por diferentes vocaciones competenciales, y no existe un título específico excluyente que pudiera traer causa del medio utilizado para crear la comunicación comercial. De nuevo, el medio específico a través del cual se canaliza la información no puede ser un título suficiente para excluir la vocación regulatoria de otros títulos.

El art. 11 regula el deber de colaboración de los prestadores de servicios. *Cuando un órgano competente por razón de la materia hubiera ordenado (...) que se interrumpa la prestación de un servicio (...) o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España*, podrá ordenar a los prestadores de servicios que puedan colaborar, *directamente o mediante solicitud motivada* al MCYT, que se suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes o la prestación de cualquier otro servicio. Como ocurría en el art. 8, no se identifica aquí tampoco cuál es el órgano competente. Pero nuevamente resalta de este silencio que ha de serlo el que resulte competente en función de un título sectorial más específico que el que se predique de la regulación de la propia sociedad de la información.

Lo mismo puede y debe decirse del art. 27 LSSI. No es sólo que lo en él dispuesto deba entenderse *además de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente*, sino que el propio título competencial utilizado para imponer la lista de circunstancias sobre las que debe existir una información precontractual previa es un título competencial no excluyente de otros susceptibles de alcanzar idénticos objetivos. Podría pensarse que, aplicándose tales prescripciones a todo tipo de contratos, y no a los específicos contratos con consumidores, no tiene sentido que una reglamentación específica de protección de consumidores produjera una regulación de efectos equivalentes, que realmente no podría ir más allá de lo que establece la LSSI con alcance general<sup>3</sup>. Puede aceptarse este argumento, pero igualmente debe advertirse que, con el fundamento en el título competencial propio de defensa de los consumidores, la lista de las circunstancias obligatoriamente cubiertas por el deber de información puede exceder de la que figura en el art. 27 LSSI. Por ejemplo, con este título competencial específico de protección de consumidores puede establecerse una norma distinta de la del art. 27.3 LSSI, sobre el período de duración mínima de las ofertas realizadas por vía electrónica. Es claro que con dicho título no puede pretenderse que un contrato se entienda válido y aceptado en cir-

3. El precepto comentado es consciente de su mayor extensión subjetiva frente a las normas específicas de consumo, pues el apartado 2 a) específicamente declara que las obligaciones establecidas en el apartado 1º no pueden ser excluidas convencionalmente cuando el destinatario es un consumidor.

cunstancias distintas a las establecidas por la ley estatal, pero sí es posible que la norma autonómica sirva como supuesto de hecho de una tipificación de sanción administrativa.

Lo que acabamos de decir tiene una importancia considerable. Pues estamos afirmando que, si el Estado dispone de un título cualquiera para producir regulación protectora del usuario en general de un servicio, las CCAA no se hallan impedidas de hacer uso de su específica competencia consumerista para imponer normas suplementarias en función de la protección adicional que pueda merecer una clase determinada de usuarios (los destinatarios finales). Naturalmente que debe existir un límite. Y este límite no es otro que el de la proporcionalidad de la medida de protección suplementaria en función de los intereses que se pretenden proteger. Pues es inconcuso que a mayor protección adicional territorializada, mayor número de barreras al mercado interior, y en último extremo alguien deberá practicar la ponderación necesaria entre protección de los consumidores y mantenimiento de la posibilidad de existencia de un mercado interior sin barreras.

Obsérvese que la obligación de información precontractual del art. 27 LSSI no es el supuesto de hecho de ninguna consecuencia civil específica, por lo que queda remitido al régimen sancionatorio administrativo del art. 38. Pero lo mismo ocurre con el incumplimiento de la obligación, que establece el art. 28, de confirmar la recepción de la aceptación hecha por el destinatario de la oferta. Nada se dice en la norma sobre las consecuencias civiles de tan importante precepto (¿se entiende perfeccionado el contrato a pesar de la falta de confirmación?, ¿podrá revocarse la aceptación?), y la única atención que la LSSI presta en el terreno de las consecuencias de la infracción es la configuración de un tipo específico de infracción administrativa [cfr. art. 38.3 d) y 38.4 f)].

Los arts. 15, 16 y 17 LSSI contienen un régimen específico de responsabilidad civil de distintos tipos de prestadores e intermediadores de servicios de la sociedad de la información. Uno de los fundamentos de la responsabilidad que se diseña es que tales prestadores no retiren la información ilícita que hayan almacenado, o hagan imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento de que (...) *un órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella* [art. 15 e) 3ª; igualmente, art. 16.1 b) II y 17 b) II]. En ningún caso se presupone que tal decisión corresponda expresamente al Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Los arts. 19 a 22 LSSI regulan las comunicaciones comerciales por vía electrónica. Los supuestos regulados (información exigida sobre ofertas promocionales y concursos, prohibición de comunicaciones no solicitada o realizadas a través de correo electrónico, derechos de revocación del consentimiento de los destinatarios de las comunicaciones comerciales) ya revelan que se trata de materias susceptibles de una regulación alternativa fundada en títulos competenciales de alcance equivalente. Nuevamente la LSSI es consciente de este solapamiento, cuando en el art. 19.1 constata que estas *comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se regirán, además de por la presente ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad*. O cualquier otra normativa que resulte procedente, pues es claro que el art. 19.1 LSSI no puede arrogarse la función de ser una norma atributiva de competencias regulatorias. Observemos igualmente cómo en los arts. 21 y 22 no se establece ninguna sanción específica de naturaleza jurídico privada, con lo que resulta que todo el supuesto normativo diseñado en tales preceptos por la LSSI se halla enteramente abierto a la incidencia de otros títulos competenciales sectoriales.

Los arts. 23 a 29 LSSI se refieren a la contratación por vía electrónica. El art. 23.1 se apresta a declarar que tales contratos se regirán, entre otros, *en especial, por las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial*.

El art. 33 LSSI determina que los prestadores de servicios podrán dirigirse a los Ministerios de Ciencia y Tecnología y Justicia, y *a los órganos que determinen las respectivas Comunidades Autónomas*, a efectos de conseguir información general sobre sus derechos y obligaciones contractuales *en el marco de la normativa específica aplicable a la contratación electrónica*, o para informarse de los procedimientos de resolución judicial o extrajudicial existentes u obtener datos de las autoridades u organizaciones que puedan facilitarles información adicional o asistencia práctica.

El art. 35 LSSI es la norma fundamental a nuestros efectos, pues parece concebirse a sí misma como una regla delimitadora de competencias. El apartado 1 atribuye al MCYT la competencia para controlar *el cumplimiento por los prestadores de servicios de la sociedad de la información de las obligaciones establecidas en esta ley (...) en lo que se refiere a los servicios propios de la sociedad de la información*. Con todo, la norma ahora glosada contiene dos reservas relevantes, que en definitiva suponen el reconocimiento de que el contenido de regulación de esta ley es materia pluricompetencial. En primer lugar se recuerda

que los órganos administrativos a los que se refieren los arts. 10, 11, 15, 16 y 17 de la ley serán los *que en cada caso lo sean en función de la materia*. A continuación, el fundamental apartado 3 establece una norma de cierre, que no es otra cosa que el reconocimiento de que la distribución de competencias en el territorio normativo de la sociedad de la información sigue abierto y necesitado de criterios de reparto que la propia LSSI ni puede ni quiso aportar: *en todo caso (...) cuando las conductas realizadas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información estuvieren sujetas, por razón de la materia de que se trate, a ámbitos competenciales, de tutela o supervisión específicos, con independencia de que se lleven a cabo utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos, los órganos a los que la legislación sectorial atribuya competencias de control, supervisión, inspección o tutela específica ejercerán las funciones que correspondan*.

En el capítulo de infracciones y sanciones se mantiene la ambigüedad relativa al ámbito de aplicación de las prescripciones de la ley en relación con otras normas específicas del sector del comercio electrónico o con normas sectoriales protectoras de intereses de los consumidores. Los prestadores de servicios *están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente ley les sea de aplicación* (art. 37 LSSI). Se nos viene a decir que siempre que las prescripciones de esta ley (aunque puedan estar referidas a ámbitos de protección o pertenezcan a sectores de regulación específica, que dispondrán acaso de su propia regulación sancionatoria) sean de aplicación, el régimen sancionador, y las competencias para ello, son los de la LSSI. ¿Mas cuando será de aplicación esta ley, a efectos sancionadores, cuando concorra con otros regímenes normativos que tengan una equivalente vocación de aplicación?. ¿Y qué ocurrirá cuando existan normas propias del régimen jurídico de la sociedad de la información, pero no estén incluidas en la LSSI o en sus normas de desarrollo?.

Hemos visto ya cómo los “órganos administrativos” a que se refieren los arts. 8 y 11 pueden ser órganos autonómicos competentes en virtud de algún título de eficacia sectorial diversa del que ha querido individualizar la LSSI. Mas si las “órdenes” de referencia han sido tomadas en virtud de semejante competencia sectorial, no se comprende cómo puede ser una infracción específica de la LSSI el incumplimiento de las órdenes dictadas en virtud del art. 8 *en aquellos supuestos en que hayan sido dictadas por un órgano administrativo* [art. 38.2 a)] o el incumplimiento de la obligación de suspender la transmisión, alojamiento, acceso u otro servicio de intermediación *cuando un órgano administrativo competente lo ordene* [art. 38.2 d)]. ¿Quién sancionará en tales casos?. El art. 43.1 II

LSSI determina que la competencia en tales casos *corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida*. De nuevo se trata de una curiosa norma. No sólo determina qué normas ha de aplicar una Administración pública distinta de la estatal, y competente por otros títulos diversos del específico de la LSSI, sino que encomienda a Administraciones eventualmente autonómicas la ejecución de normativa sancionadora estatal; incluso detalla qué órgano de esta otra Administración debe actuar, incidiendo con ello en la estructura organizativa interna de Administraciones autónomas.

Si repasamos la lista de infracciones contenida en el art. 38 LSSI advertimos que en no pocos casos se trata de supuestos de hecho que igualmente podrían haber sido regulados sobre la base de un título competencial relativo al comercio interior o a la protección de los consumidores. Así ocurre con los supuestos del art. 38.3 a), b), c), d), art. 38.4 b), c) d), e), f).

Con la salvedad que ya hemos mencionado del art. 43.1 II, la competencia sancionadora corresponde al MCYT (art. 43.1 LSSI). Naturalmente, puede producirse una concurrencia de normas sancionadoras. El art. 44.2 LSSI pretende solucionar esta situación mediante un procedimiento que, realmente, sólo puede imponerse a las CCAA si se entendiera que se trata de una norma básica de la regulación del procedimiento administrativo. Según el precepto, la imposición de una sanción específica de esta ley no impedirá la tramitación y resolución de otro procedimiento sancionador por los órganos competentes en cada caso *cuando la conducta infractora se hubiera cometido utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos y resulte tipificada en otra Ley, siempre que no haya identidad del bien jurídico protegido*. ¿Pero por qué semejante precedencia de los procedimientos sancionadores de la LSSI cuando exista identidad de bien jurídico protegido?. O mejor: ¿porqué una norma que no pretende ser legislación básica del procedimiento administrativo sancionador establece una regla de solución del *bis in idem* (realmente tomada del art. 5.1 del RD 1393/1993) que tenga que imponerse a la legislación sectorial autonómica?. ¿Y si el procedimiento alternativo se ha iniciado o concluido antes de que se proceda a instruir expediente sancionador de la LSSI?. ¿Habría algo así como una litispendencia?. ¿Funciona el principio de prioridad igualmente cuando dos expedientes distintos se han instruido, pero ninguna ha concluido?. Sorprendentemente el art. 44.3 contiene una norma paradójica, pues *no procederá la imposición de sanciones según lo previsto en esta Ley cuando los hechos constitutivos de infracción lo sean también de otra tipificada en la norma sectorial a la que esté sujeto el prestador del servicio y exista identidad del bien jurídico protegido*. La contradic-

ción entre los dos párrafos es manifiesta, pues la “identidad de bien jurídico” no actúa ahora como una barrera para que las “otras” sanciones puedan ser impuestas, cuando ya lo ha sido una sanción específica de la LSSI, sino que de hecho impide que se pueda imponer bajo ninguna circunstancia una sanción específica de la LSSI cuando la conducta esté igualmente tipificada como infracción en una regla sectorial, aunque la sanción correspondiente no haya sido impuesta. ¿Y cómo puede saber el funcionario del MCYT que existe una legislación sectorial (autonómica) aplicable?. ¿Tendrá que interpretar tal norma para saber si existe tal identidad de bien jurídico?. ¿Se inhibirá a favor de los órganos autonómicos, a la espera de que éstos decidan si instruyen expediente sancionador o no?. ¿Hemos, finalmente, de concluir que la LSSI es, desde el punto de vista de su estructura jurídico administrativa, una ley de puro alcance subsidiario, y que cede ante regulaciones más específicas?.

Obsérvese que el art. 44 LSSI no presupone que en todo caso el concurso de normas sancionadoras se corresponda con un concurso ideal de infracciones, en el que el mismo hecho realiza dos transgresiones diversas tipificadas en dos normas represivas distintas. Ello sólo ocurrirá cuando exista “diversidad de bienes jurídicos tutelados”. Si no existe esta diversidad, estaremos ante un puro concurso de normas represivas, sujeto al *non bis in idem*. Pero la norma es sorprendente, pues ni da elementos para saber dónde puede hallarse la clave para averiguar si la infracción afecta o no a bienes jurídicos dispares y, caso de que ello no ocurra, provee una solución paradójica: si la sanción propia de la LSSI se ha impuesto antes, no se podrá imponer otra sanción por una infracción que no afecte a un distinto bien jurídico; pero si existe esta concurrencia susceptible de incurrir en un caso de bis in idem la sanción LSSI no debería imponerse nunca (¿)<sup>4</sup>.

### ***15. Normas relativas a servicios de la sociedad de la información en leyes consumeristas sectoriales***

Hemos dicho que existen otras leyes, y los correspondientes títulos competenciales para producirlas, que pueden tener como materia regulable determinados supuestos de hecho que se corresponden con la definición de “servicios de la sociedad de la información”. Nos referiremos a algunas de ellas:

4. Sobre la concurrencia de normas sancionadoras administrativas y el concurso de infracciones, por todo Rebollo, en Bercovitz / Salas, *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, 1992, págs. 889-897 y Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 3ª edic., 2002, págs. 439 y ss.

- (i) La Ley 7/1996 (LOCM, modificada por Ley 47/2002) considera las ventas a distancia como un tipo especial de venta (art. 36). A pesar de lo que establece la LSSI, el art. 37 LOCM impone – con carácter de norma básica- que este tipo de ventas “deben” contar con una autorización autonómica, que será estatal cuando las propuestas de venta a distancia se difundan por más de una Comunidad Autónoma (art. 38.2). Es claro que las ventas realizadas por medios de dispositivos electrónicos constituyen un supuesto del género de ventas a distancia del art. 38 (junto a la venta por catálogo, venta televisiva, venta telefónica, etc). Los arts. 39 y 40 contienen una lista de deberes de información precontractual. El art. 41 establece que el silencio no valdrá nunca como aceptación, y el art. 42 regula el destino de los envíos no solicitados. El art. 43 determina el plazo de cumplimiento y pago. Los arts. 44 y 45 regulan el derecho de desistimiento del consumidor. El art. 46 reglamenta el pago realizado mediante tarjetas de crédito y el art. 47 impone los contenidos informativos que tienen que haberse comunicado al consumidor en el momento de la ejecución del contrato. A estas reglas específicas de la contratación a distancia (una clase de la cual es el comercio electrónico) hay que contar con la existencia de reglas más generales que se refieren a prácticas contractuales que pueden ser desempeñadas también por medio del comercio electrónico; así, las reglas que contiene el art. 33 sobre la entrega de obsequios y regalos.
- (ii) Téngase presente que la LOCM es *específicamente* una ley cuyo ámbito de aplicación queda reducido a las ventas al consumo (art. 1.2), aunque no es una ley cuya finalidad exclusiva sea la protección al consumidor. Los tipos de infracción se delimitan por la ley estatal, pero la competencia sancionadora corresponde a las CCAA (art. 63.1 II).
- (iii) La Ley de Castilla-La Mancha 3/1995, del Estatuto del consumidor de Castilla-La Mancha, establece en su art. 33 que *se consideran infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios las que así vengán establecidas por la legislación vigente*. En el momento en que tal norma se promulga, la remisión prácticamente se agotaba en el art. 34 LCU y en el RD 1945/1983. Pero la norma de Castilla-La Mancha contiene una remisión abierta a toda legislación estatal o autonómica que, producida en el ámbito de las respectivas competencias, contenga una tipificación de infracciones consistentes en conductas contrarias a los intereses de los consumidores. Hay que tener en cuenta esta particularidad de la

ley castellano-manchega, que en el fondo significa que los órganos competentes de CLM pueden sancionar conductas tipificadas en normas estatales distintas de la LCU, siempre que se trate de una tipificación de conductas producida en el seno de un régimen jurídico de protección de los intereses de los consumidores, con independencia del título competencial que el autor de la norma haya hecho valer para producirla.

- (iv) La Ley 7/1998, de Ordenación del comercio minorista de Castilla-La Mancha somete en su art. 34.2 a autorización previa las ventas a distancia, cumpliendo así la exigencia de la LOCM, pero sólo cuando se trate de ventas en las que la propuesta de contratación se difunda por medios limitados a la propia Comunidad Autónoma. Básicamente, entonces, en CLM no existe ningún régimen autorizatorio previsto para las ventas realizadas por medios electrónicos y telemáticos, pues el medio de difusión es, por definición, supracomunitario. La Ley no contiene ninguna regulación adicional de las ventas a distancia, asumiendo lo dispuesto en la LOCM. Pero la lista de infracciones tipificadas en el art. 49 sí delimita conductas que pueden producirse en el contexto de una contratación electrónica a distancia. Así, la limitación al derecho de desistimiento reconocido por la ley, el incumplimiento del plazo legal de entrega de obsequios y regalos, las ofertas en ventas a distancia en las que se omiten los datos legalmente exigidos, el incumplimiento de las obligaciones relativas a la ejecución y pago en contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, la realización de actividades promocionales sin ajustarse a las prescripciones legales, el incumplimiento de los deberes de información o publicidad frente a los adquirentes.

### ***16. Descripción de la regulación protectora de los consumidores y su adscripción competencial***

En este apartado procederemos a realizar una exposición de las reglas de la LSSI y de otras leyes sectoriales que contienen normas materiales protectoras de los consumidores.

- (i) Las Administraciones competentes pueden adoptar medidas necesarias para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para retirar datos, cuando un determinado servicio de la sociedad de la información atente a la protección de los consumidores. Si

para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación del servicio o la retirada de datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado, estima el órgano competente que es necesario impedir el acceso desde España, podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España que tomen las medidas necesarias para impedir dicho acceso (art. 8 LSSI).

Se trata de una norma que atribuye las competencias descritas a las Administraciones competentes en materia de protección de consumidores. Si el bien jurídico protegido que se intenta salvaguardar con esta media es precisamente el principio de protección de los consumidores, la competencia para adoptar tales medidas será de la Administración pública competente en esta materia.

- (ii) Los prestadores de servicios estarán obligados a disponer de los medios que permitan a los destinatarios o a las autoridades competentes acceder por medios electrónicos y de forma directa y gratuita a la siguiente información: datos identificativos del prestador; inscripción en el Registro Mercantil; datos relativos a la autorización que pueda ser exigible; circunstancias relativas a su titulación profesional; información exacta del precio del producto o servicio, identificando si incluye o no los impuestos, y de los gastos de envío; códigos de conducta a que estuviese adherido. Esta información se considerará cumplida si tales datos se incluyen en la página o sitio de Internet (art. 10 LSSI).

Esta no es *específicamente* una norma consumerista, pues la protección del destinatario que en ella se dispensa no depende de su cualificación como destinatario final en el sentido del art. 1 LCU. Por tanto, salvo que exista una norma estatal (distinta de la LSSI) o autonómica que establezca un deber equivalente, o más intenso, en función de la condición del destinatario final de tales servicios como consumidor, la Administración castellano-manchega competente no puede considerar que la infracción de tal deber se encuentra amparado por la tipificación genérica por remisión del art. 33 del Estatuto de los Consumidores de CLM. De acuerdo entonces a los arts. 38.3, 38.4 y 43 LSSI, la competencia sancionadora correspondería en estos casos al MCYT.

- (iii) El deber de retención de datos de tráfico relativo a las comunicaciones electrónicas, del art. 12 LSSI, no es una norma específicamente consume-

rista. Como su finalidad de protección atiende a intereses jurídicos específicos del régimen de protección de datos, la Administración castellano-manchega carece de competencias que puedan sustituir a las que el art. 38.2 c) LSSI atribuye al MCYT.

- (iv) La responsabilidad civil que diseñan los arts. 13 a 17 LSSI (operadores y proveedores de acceso, prestadores de servicios de copia temporal, prestadores de servicios de alojamiento, prestadores de servicios que faciliten enlaces o instrumentos de búsqueda) constituye un régimen de responsabilidad de Derecho privado<sup>5</sup>. La Administración castellano-manchega carece de competencias para reconducir tales regímenes de responsabilidad a supuestos de hechos de infracciones administrativas. Con todo, sería posible que una norma específicamente sustentada en el título competencial específico de protección de los consumidores estableciera un régimen paralelo de responsabilidad administrativa construido sobre los mismos criterios que los utilizados en la LSSI. Por lo demás, en el art. 38 LSSI no existe una cláusula genérica de infracción consistente en la violación de preceptos legales, que pudiera ser utilizada por la Administración autonómica para considerar satisfecho el requisito de tipificación de la infracción, como infracción de consumo.
- (v) Las Administraciones públicas impulsarán la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores. En la elaboración de tales códigos ha de garantizarse la participación de las asociaciones de consumidores. Estos códigos deberán ser accesibles por vía electrónica (art. 18).

Sin duda, la Administración castellano-manchega, competente en materia de consumo, es destinataria de esta norma, que contiene una habilitación competencial, por demás de tipo obvio.

- (vi) Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deben ser claramente identificables como tales y deberán identificar a la persona en nombre de la cual se realizan. Deberán incluir al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”. En los supuestos de ofertas promocionales, previa la

5. Sobre el mismo, cfr. Clemente Meoro, *La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, en Ponencias de las Jornadas de Derecho Civil de las Palmas de Gran Canaria, 2002.

correspondiente autorización, se deberá asegurar del cumplimiento de los requisitos anteriores y de las normas de ordenación del comercio, y que las condiciones de acceso o participación se expresen de forma clara e inequívoca (art. 20 LSSI).

La norma remite al cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 18, 19, 20, 21, 32, 33 de la LOCM, o de la correspondiente norma autonómica, así como a los arts. 8.1, 9 y 13 LCU. Aunque el art. 38.4 c) LSSI considera que el incumplimiento de tales deberes constituye infracción específica de la LSSI, se trata claramente de un caso de concurrencia de protecciones sobre un mismo interés jurídico. La Administración castellano-manchega es plenamente competente, no sólo para aplicar las normas oportunas específicas de las leyes de comercio y de consumidores, sino para instruir el expediente sancionador por la comisión de la infracción del precepto citado de la LSSI. Ni el título competencial de telecomunicaciones ni ningún otro de los alegados por el Estado para promulgar la LSSI puede cubrir semejante competencia. El art. 33 del Estatuto del Consumidor de CLM garantiza que la infracción se halle conveniente tipificada para el ámbito de la propia Comunidad Autónoma como infracción en materia de consumo.

- (vii) Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica (art. 21 LSSI). El art. 22 regula el modo en que se entiende prestado tal consentimiento y la forma de revocación del mismo. Los arts. 38.3 b) y 38.4 d) tipifican estas conductas como infracciones específicas de la LSSI.

Debe aquí reproducirse lo ya dicho en el apartado anterior, y afirmar en los mismos términos la competencia autonómica.

- (viii) El prestador de servicios que realice actividades de contratación tendrá la obligación de informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos: trámites a seguir para contratar; si el documento en que se formalice el contrato será archivado y accesible; medios técnicos para identificar y corregir errores, lengua o lenguas. Las ofertas serán válidas durante el período que fija el oferente o, en su defecto, durante el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio. Con carácter previo al inicio del procedimiento, el prestador del servicio debe poner

a disposición del destinatario las condiciones generales del contrato, de modo que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario (art.27 LSSI).

Los arts. 38.3 c) y 38.4 e) tipifican como infracciones específicas de la LSSI las conductas incumplidoras de tales deberes.

Como demuestra el art. 27.2 a), la finalidad de protección de esta norma es típicamente consumerista. Una vez más hemos de afirmar que, merced a la particular estructura remisiva del art. 33 del Estatuto de Consumidores de CLM, la LSSI tipifica infracciones que valen como infracciones de consumo de esta Comunidad Autónoma.

- (ix) El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación hecha por el destinatario, por alguno de los medios establecidos en el art. 28.1 LSSI. Si es el destinatario el que debe confirmar, el prestador pondrá a disposición de aquél alguno de los medios en cuestión. El art. 38.3 d) tipifica la correspondiente infracción.

Como demuestra el art. 28.3 a), se trata también aquí de una norma consumerista. Además, la LSSI no ha previsto ninguna consecuencia jurídica privada derivada del hecho del incumplimiento del deber en cuestión. Entendemos entonces que la competencia corresponde a la Administración de Castilla-La Mancha.

- (x) Los arts. 30 y 31 LSSI regulan la acción de cesación contra las conductas contrarias a la presente ley que lesionen los intereses colectivos o difusos de los consumidores. Se trata de una regulación procesal, y las Administraciones públicas son incompetentes en cuanto a una regulación paralela. Pero el art. 31 e) de la ley habilita competencialmente a los órganos competentes de las CCAA para actuar como partes, con legitimación activa, en los correspondientes procesos civiles. Igualmente ocurre con las asociaciones de consumidores que reúnan los requisitos establecidos en la legislación autonómica.
- (xi) Si la normativa específica así lo establece (y deberá ser normativa estatal, dados los términos del RD 636/1993), podrán utilizarse medios electrónicos en los procedimientos arbitrales de consumo (art. 32 LSSI). Los órganos arbitrales comunicarán al Ministerio de Justicia los laudos y decisio-

nes que revistan importancia para la prestación de tales servicios y el comercio electrónico.

- (xii) Todo incentivo promocional que se haga en comunicaciones comerciales electrónicas o de otro tipo deberá ser entregado a los compradores en el plazo que determinen las CCAA, y, a falta de plazo específico (es el caso de Castilla-La Mancha), en el plazo de tres meses desde que el comprador reúna los requisitos exigidos (art. 33 LOCM).
- (xiii) En toda propuesta de contratación a distancia ha de constar que se trata de una oferta comercial y se deberá incluir, al menos, los siguientes extremos: identidad del proveedor, características especiales del producto, precio y gastos de transporte, forma de pago, modalidades de entrega, plazo de validez de la oferta (art. 39 y 40 LOCM).

Se trata de un deber de actuación cuyo incumplimiento se corresponde con un tipo de infracción administrativa específica de protección de consumidores.

- (xiv) El prestador del servicio de la sociedad de la información que realice las propuestas comerciales no puede imponer como aceptación el silencio del destinatario (art. 41 LOCM).
- (xv) Si la oferta no indica un plazo distinto, el prestador del servicio debe cumplir su obligación de entrega en el plazo de treinta días desde la aceptación. Por principio, no puede exigirse pago antes de la entrega (art. 43 LOCM).

Se impone un deber cuya violación constituye infracción propia de consumo.

- (xvi) Como regla, el comprador puede desistir de la compra, sin que ello comporte penalidad alguna salvo la satisfacción de los gastos directos de devolución (art. 44 LOCM). El art. 4 RD 1906/1999 desarrolla (y circunstancialmente contradice) esta regla legal.

Además de las consecuencias civiles específicas de la omisión de este deber, la violación de la norma constituye supuesto de infracción típica de consumo.

- (xvii) Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito, sin que ésta hubiese sido presentada físicamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo (art. 46 LOCM).
- (xviii) A la ejecución del contrato, el comprador debe haber recibido toda la información exigida por el art. 40, y, además: dirección de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio social; condiciones de crédito o pago escalonado; documento de revocación o desistimiento (art. 47 LOCM).

La infracción administrativa correspondiente es típicamente consumerista. Las consecuencias jurídico privadas constituyen materias reservadas al Estado.

- (xix) Según el art. 2 RD 1906/1999, previamente a la celebración de un contrato a distancia, y con tres días como mínimo de antelación necesaria, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo eficaz, veraz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato, y remitirle el texto completo de las condiciones generales por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia.
- (xx) Conforme al art. 3 de la norma citada, celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al adherente, a más tardar en el momento de entrega de la cosa o comienzo de ejecución del contrato, justificación por escrito, o, a propuesta del adherente, por otro medio adecuado que puede servir de soporte duradero, relativa a la contratación efectuada, donde deberán constar todos los términos de la misma. Se exceptúan de este deber los supuestos recogidos en el apartado 2 de la norma.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 24 Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, la competencia sancionadora estatal corresponde al Ministerio de Justicia, y sólo para los casos allí determinados. La norma expresamente salva el régimen de infracciones administrativas que pueda existir en la legislación autonómica. Es evidente que la LSSI no puede pretender cubrir con el título competencial relativo al régimen de telecomunicaciones un régimen sancionador específico a supuestos como los aquí descritos. Pero sí cabe en el régimen sancionador de protección de los consumidores, y la eventual tipificación que

se contenga en la LOCM o en la LSSI sirve como tipificación a los efectos del art. 33 del Estatuto de Consumidores de Castilla-La Mancha. Esta circunstancia no variará aunque se haya modificado la LOCM por la reforma operada por la Ley 47/2002, disponiéndose en el nuevo art. 38.6 LOCM que “cuando la contratación a distancia de bienes y servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”. Pues, como ya hemos explicado, es precisamente en esta normativa sectorial donde se contiene o puede contener una tipificación a la que el art. 33 Estatuto de Consumidores de CLM remita, como infracción de consumo.

- (xxi) Finalmente, debe tenerse en cuenta que tanto la regulación de las ventas o negocios a distancia como la específica de los prestadores de servicios de la sociedad de la información son regulaciones relativas al medio de contratación o al canal a través del cual se emiten las declaraciones contractuales. Pero ninguna de esta regulación excluye la aplicación de las normas específicamente reguladoras de contenidos contractuales. Es decir, que la LSSI es compatible con la regulación material del régimen de viajes combinados o con el régimen de la contratación turístico o la celebración de contratos de crédito o de aprovechamientos por turno. En la medida en que tales normas regulen relaciones jurídicas específicas de consumo, habrá aplicación simultánea de las respectivas regulaciones. Pensemos, por ejemplo, en la obligación de suministrar información específicamente regulada en el art. 3 de la Ley de Viajes Combinados.

## ***17. Ámbito de aplicación de la LSSI y ámbito de aplicación de la normativa de consumo***

### **17.1. Los criterios de aplicación territorial de la LSSI.**

La LSSI sigue un sistema complejo para determinar el ámbito de aplicación de sus propias normas, de la LSSI en su conjunto y como tal, y de las normas materiales españolas que eventualmente son reclamadas en aplicación por la propia LSSI.

La LSSI se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España, entendiéndose que tal cosa ocurre cuando la gestión centralizada de sus negocios radique en España (art. 2.1). También se

aplica la ley en su conjunto a los prestadores de servicios domiciliados o residentes fuera de España pero que dispongan en España de un establecimiento permanente (art. 2.2). No se considera que exista establecimiento en España por el solo empleo de medios tecnológicos situados en España (art. 2.3 II).

La LSSI se aplicará a prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE cuando –a los efectos que nos importan ahora– (i) el destinatario radique en España y (ii) los servicios afecten a obligaciones nacidas en contratos con consumidores o a la licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio electrónico, cuando se trate de comunicaciones no solicitadas, (art. 3.1). Ahora bien, el art. 3.4 LSSI establece que no se aplicará la LSSI (ni otras normas españolas) si “las normas reguladoras de las materias enumeradas” establecieran que no sería de aplicación la ley del país en que resida o esté establecido el destinatario del servicio. Tales “normas reguladoras” no pueden ser otras que las normas de Derecho internacional privado vigentes en España. En el caso presente, el art. 5 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que determina sustancialmente que la ley aplicable a las relaciones comerciales en las que intervenga un consumidor serán las del país en que éste tenga residencia habitual, siempre que el empresario se haya dirigido de alguna manera a este consumidor pasivo para promover o celebrar el contrato.

De acuerdo al art. 5 del Convenio de Roma, pues, se aplicaría la LSSI, tal como establece el art. 3.1, pues el destinatario consumidor tiene su residencia en España, y este criterio de conexión es sustancialmente el utilizado por el Convenio para determinar la ley aplicable.

Continúa el art. 3.3 complicando el sistema de ley aplicable cuando, supuesta que se da ya la condición del art. 3.4, establece que, en tal caso, no sólo se aplicará la LSSI sino también “el resto de las normas del ordenamiento jurídico español que regulan las materias señaladas”; en nuestro caso, las materias que regulan las relaciones entre consumidores y empresarios. Es decir, tal regulación depende en su aplicación de que, de acuerdo con el régimen de Derecho internacional privado vigente en España, fuera aplicable la ley de la residencia habitual del destinatario.

Para los prestadores de servicios no establecidos en la UE o EEE, el art. 4.1 LSSI establece que se les aplicarán los arts. 7.2 y 8 de la Ley. Además de ellos, *los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español*

*quedarán sujetos a las obligaciones previstas en esta Ley*, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales.

La aplicación incondicional del art. 8 LSSI a este tipo de prestadores vuelve a introducir un criterio de aplicación que utiliza factores consumeristas, igual que hacía el art. 3 para los prestadores de servicios establecidos en la UE y EEE. En efecto, según el precepto, y por lo que importa a nuestra actual consideración, *los órganos competentes para la protección de (...) la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores*, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación o para que se retiren los datos que vulneran esta protección. Ya conocemos el procedimiento y límites que los apartados siguientes de este precepto imponen a semejante actuación.

Más allá de tales reglas generales de delimitación de ámbito de aplicación de la LSSI, existirán otras normas que por su propia configuración no podrán aplicarse a determinados prestadores de servicios. Así, la obligación impuesta en el art. 9 de hacer constar en el Registro Mercantil el nombre de dominio del prestador sólo será aplicable a las empresas que estén sujetas a inscripción, siquiera facultativa, en el Registro Mercantil. Igualmente ocurre con las obligaciones de información establecidas en las letras a) y b) del art. 10.1 LSSI.

El art. 26 LSSI regula la ley aplicable a los contratos electrónicos, y remite al régimen general de Derecho internacional privado español. Mas de nuevo se trata de una norma específica del régimen de Derecho privado, único al que pueden referirse tales normas. Hemos de observar, además, que la ley española eventualmente aplicable no tiene que ser (ni será) exclusivamente la LSSI. Incluso pueden ser otras normas jurídico privadas españolas, y no serlo la LSSI. Pues teóricamente al menos cabe la posibilidad de que la LSSI no resulte como tal aplicable por los arts. 3 y 4 de la misma, y que sin embargo sí resulten aplicables otras normas de Derecho material español, como consecuencia de la aplicación de las reglas generales de Derecho internacional privado.

Existen condicionantes de tipo fáctico para la aplicación universal de otras reglas establecidas en la LSSI. Así ocurre con el deber de colaboración impuesto en el art. 11, que sólo es practicable respecto de empresas prestadoras de servicios que tengan una estructura y un grado de establecimiento que permitan atender en cada territorio al cumplimiento de este deber.

## **17.2. Los criterios de aplicación de las normas de protección de consumidores de Castilla-La Mancha.**

Ha de observarse que este trabado sistema no puede aplicarse a las normas jurídico públicas, autonómicas normalmente, relativas a la protección de los consumidores. El Derecho público no sigue en su aplicación el sistema de Derecho internacional privado, sino la pura aplicación territorial. Por tanto, las normas de Derecho público autonómico, y especialmente el Derecho sancionador, se aplicarán cuando las conductas contempladas por la norma se realicen en el ámbito de aplicación territorial de la ley autonómica, con independencia del lugar de establecimiento o de las normas de Derecho internacional privado; adicionalmente, las normas jurídico públicas de naturaleza autonómica no pueden pretender una aplicación territorial que exceda los límites territoriales de la propia Comunidad<sup>6</sup>.

A ello ayuda el art. 29 I LSSI, que es una norma de eficacia independiente de los efectos jurídico privados o públicos que se quieran aplicar. Pues esta norma establece como regla de eficacia (pública o privada) universal que los contratos electrónicos celebrados por un consumidor radicado en España se entienden celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Obsérvese que la norma no se limita a sancionar que el destinatario consumidor que emite en España su declaración de voluntad realiza *aquí* actos relevantes y necesarios para la celebración del contrato, precedidos de una oferta o publicidad del prestador domiciliado en el extranjero (que es lo que exigen los arts. 5 del Convenio de Roma, 22.4 LOPJ y 13.3 del Convenio de Bruselas, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, para que pueda hablarse de consumidor “pasivo” merecedor de una tutela privilegiada), sino que afirma que el contrato como tal se ha celebrado en España<sup>7</sup>. Se dan todas las condiciones para que los elementos del supuesto de hecho del consumidor “pasivo” se den incondicionalmente y con carácter normativo, con independencia de lo que hayan pactado las partes y del curso que haya seguido el proceso de formación contractual.

La “celebración del contrato en España”, que se predica legalmente con la fuerza de una presunción irrefragable por prueba o pacto en contrario, determi-

6. Con carácter general, sobre criterios de asignación territorial de la competencia sancionadora, Rebollo Puig / Izquierdo Carrasco, *Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final*, Estudios de Consumo 56 (2001), págs. 69 y ss, 90 y ss.

7. Sobre la situación actual en el Convenio de Bruselas y en – todavía no en vigor- Reglamento de Bruselas, cfr. Virgós / Garcimartín, *Derecho procesal civil internacional*, 2000, pág. 120.

na y aísla, igualmente, el lugar en que se entiende cometida la infracción, que es el criterio predominante de reparto territorial de competencias sancionadoras en la doctrina de los tribunales<sup>8</sup>. Si el contrato se entiende celebrado aquí, éste se convierte en el elemento preponderante de todo el curso comercial, pues al contrato quedan referidas las prácticas pre o postcontractuales que tengan lugar como entorno de este contrato.

Lo dicho ha de entenderse con la salvedad de que la propia norma autonómica excepcione su propia aplicación. Por ejemplo, considerando infracción la práctica comercial correspondiente sin disponer de licencia, y establecer que tal licencia autonómica sólo será exigible si el prestador está establecido en Castilla-La Mancha, o si se realiza la difusión de las comunicaciones de modo exclusivo en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha.

### **17.3. Dos particularidades en el reparto competencial.**

El régimen general sancionador de consumo encuentra dos particularidades, una referida a la materia propia de la sociedad de la información, y la otra que es específica de Castilla-La Mancha.

La primera particularidad proviene de que la prestación que contractualmente se suministra en red no es normalmente un producto, sino un servicio, o que, en cualquier caso, el régimen de protección específico de la regulación de la LSSI lo es en función del medio, no del producto final que a través de él se pueda comprar o vender. Al no tratarse en puridad de infracciones relativas a productos de consumo, no pueden aplicarse los criterios de reparto y preferencia territorial contenido en el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Consumo de 10 de noviembre de 1997. Las infracciones de consumo siguen plenamente la regla de la comisión universal y ubicua, y el criterio preferencial por el lugar de establecimiento no se ha impuesto todavía normativamente en este ámbito, como prueba la propia excepción que se hace en el Acuerdo respecto de los servicios. En cualquier caso, la aplicación analógica de este Acuerdo resultaría imposible cuando el prestador de servicios no tuviera establecimiento en España, aunque de hecho se le acabara aplicando la LSSI, en virtud de lo dispuesto en los arts. 3 y 4 de esta Ley<sup>9</sup>.

8. Cfr. Rebollo / Izquierdo, Responsabilidad, cit., pag. 91; Carrasco (director), *Estudio del Derecho de Consumo en España*, V.5 (en publicación).

9. Cfr., sobre el alcance y límites de este Acuerdo de la Conferencia sectorial de consumo, Carrasco (director), *Estudio*, cit., V.5.2

El Acuerdo a que nos referimos no serviría, pues, para quitar u otorgar competencias ni delimitar la aplicación territorial de las normas de Derecho público. Con todo, nos podría servir de apoyo para encontrar una solución analógica a los conflictos de concurrencia entre varias CCAA competentes, ya que entonces, de acuerdo a los criterios utilizados por el Acuerdo, la competencia prevalente a falta de establecimiento será la de la Comunidad que primero acuerde iniciar el procedimiento sancionador.

Una segunda particularidad deriva del art. 33 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, en el sentido ya explicado. Hemos expuesto anteriormente que existen tipos de infracción administrativa tipificados en la LSSI que propiamente son infracciones de consumo, y que no existe otro título competencial específico que puede sostenerlas. Estos tipos de infracción por incumplimiento de deberes establecidos en la propia LSSI han sido asumidos en virtud de la remisión abierta del art. 33 de la ley de Castilla-La Mancha, por lo que sus condiciones de aplicación territorial son las propias del Derecho público autonómico, no las específicas de la LSSI, que se concibe a sí misma como ley cuya aplicación se determina en virtud de las reglas de Derecho internacional privado.

Esto quiere decir, también, que las restricciones que los arts. 4 y 8 establecen respecto de la aplicación de normas de protección a los prestadores de servicios radicados fuera de la UE o del EEE no son decisivas para delimitar la competencia de actuación autonómica. En primer lugar, de acuerdo con lo dicho, porque la aplicación de las normas autonómicas de Derecho público no sigue el sistema de reparto que resulta de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado. En segundo lugar, porque una norma estatal que no ha sido producida sobre la base de un título de legislación básica que pueda imponerse a la competencia autonómica en materia de protección de consumidores, no puede determinar el modo en que las CCAA han de ejercer sus competencias relativas a títulos competenciales específicos para la defensa del consumidor.

No obstante lo dicho, existen limitaciones de tipo fáctico que condicionan en su ejercicio efectivo las competencias territoriales de las CCAA en el cumplimiento de sus títulos competenciales. Es evidente que, aunque se trate de una norma generalizable a todo prestador por virtud de los arts. 3 y 4 LSSI, las obligaciones (consumeristas) establecidas en el art. 20.2, relativas al cumplimiento de los requisitos legales exigidos para realizar ofertas promocionales, no podrán ser eficazmente exigidas a prestadores de servicios no establecidos en el territorio correspondiente a la jurisdicción de la Administración competente. Mucho

más evidente resulta la prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas que se contiene en el art. 21 LSSI. Semejante prohibición sólo es fácticamente eficaz respecto de operadores establecidos en el territorio en el que la autoridad oportuna ejerce sus competencias. También las autoridades autonómicas pueden exigir (y sancionar en caso contrario) el cumplimiento de los deberes de información precontractual y postcontractual de los arts. 27 y 28 LSSI. Pero igualmente aquí resultan limitaciones fácticas a esta aplicación, y al ejercicio correspondiente de las competencias autonómicas.

***18. Conclusión: la concurrencia de competencias en la LSSI y la protección de los consumidores en la sociedad de la información***

Podemos sintetizar el recorrido normativo realizado a través de la LSSI.

- (i) No existe un título competencial específico sobre “sociedad de la información” en su conjunto, ni sobre “servicios de la sociedad de la información”. Ni tan siquiera puede decirse que el “ámbito normativo coordinado” designe un espacio normativo propio de las competencias estatales reservadas en función de la eclosión de la sociedad de la información. El Estado ofrece en la LSSI una regulación determinada de la “sociedad de la información” sobre la base de dos títulos competenciales propios (Derecho privado y Telecomunicaciones). Las CCAA pueden hacer lo propio sobre la base de títulos competenciales específicos, como puede ser el de la protección de consumidores.
- (ii) Las materias reguladas en la LSSI son en gran medida materias que pueden corresponder a un título competencial normativo o ejecutivo que se defina en función de la finalidad de protección de la norma (finalidad de protección de consumidores, en nuestro caso). En este caso, la LSSI expresamente reconoce la existencia de estos títulos concurrentes y la posibilidad de que sean actuados para producir una normativa propia y diversa, que pueda afectar a los servicios de la sociedad de la información.
- (iii) La LSSI delimita a través de un complejo sistema la aplicación en el espacio de la propia ley, y del resto de normas jurídico privadas sujetas a los efectos de las reglas españolas de Derecho internacional privado. Esta delimitación carece de eficacia cuando se trata de decidir sobre la aplicación territorial de la normativa específica de Derecho público de las

CCAA. Las CCAA actúan siempre sobre su espacio, e imponen sus normas con independencia de que la LSSI resulte o no aplicable, conforme a sus propios criterios de aplicación.

- (iv) La regla fundamental del sistema diseñado en la LSSI (a saber, la libertad de operar estos servicios sin necesidad de autorizaciones administrativas) no impide que estas autorizaciones puedan ser impuestas sobre la base de competencias específicas actuadas por las CCAA para regular la actividad comercial en su conjunto, o la actividad comercial realizada en forma de contratación a distancia. O, en general, una autorización comercial que eventualmente se exigiera en todo tipo de contratación con consumidores.
- (v) Paradójicamente, del art. 1.2 de la LSSI resultaría que esta ley ni tiene ni pudo tener como objeto la protección de los consumidores, pues semejante función correspondería a normas producidas por un título competencial específico. Pero una comprensión tal del problema sería irreal. De hecho, el art. 3.1 a) LSSI –al que ya nos hemos referido– prueba que, en materia de consumidores, la propia ley considera que tiene un contenido de protección; de otra forma no se entendería su empeño en ser aplicada a negocios celebrados por prestadores de servicios situados fuera de España.
- (vi) Hay títulos competenciales que se definen en función de la materia objeto de regulación. Estos títulos coexisten con la regulación específica de la LSSI, y, además, son de naturaleza más específica. La LSSI respeta la independencia de tales títulos, y, en consecuencia, la existencia de una regulación parcialmente paralela o diversa, que pueda tener también como objeto “servicios de la sociedad de la información”.
- (vii) Existen poquísimos supuestos de infracción tipificadas en el art. 38 LSSI que puedan considerarse cubiertos por el único título competencial hecho valer por el Estado para producir el Derecho público de la LSSI: la competencia sobre la regulación de las telecomunicaciones.
- (viii) La LSSI parece pretender un único espacio de exclusividad. La pretensión del legislador es excluir que pueda existir cualquier regulación diversa a la de la LSSI, que tenga como ocasión o como objeto regular el comercio por medios electrónicos, siempre que esta regulación alternativa no se

incluya en un materia más amplia, como pueda ser la regulación genérica del comercio, de la publicidad, de la protección de los consumidores, de la venta a distancia, etc.

- (ix) Inconsecuentemente, la LSSI crea reglas de derecho cuya ejecución atribuye a órganos que pueden ser órganos administrativos no estatales y que resulten habilitados por normas distintas de la LSSI.
- (x) El sistema de reparto de la competencia sancionadora es incongruente en la LSSI. De un lado porque pretende establecer reglas vinculantes a las distintas Administraciones autonómicas que tengan competencia por un título específico distinto del que el Estado puede haber hecho valer para producir la LSSI. De otro, porque pretende condicionar o excluir el ejercicio autonómico de su propia y exclusiva competencia, cuando se haya ejercitado primeramente la competencia sancionatoria del MCYT. Finalmente, porque la norma acaba dando a entender que la propia competencia sancionadora del MCYT es exclusivamente supletoria de otros regímenes sancionadores cualesquiera que tengan por objeto proteger el mismo bien jurídico que el que motivó la promulgación de la LSSI.
- (xi) En la LSSI hay normas específicamente “consumeristas” [cfr. arts 3.1 d), 27.2 a) y 28.2 a)] y existen otras normas que generalizan a cualquier destinatario de servicios de la sociedad de la información un régimen que nació y se desarrolló, antes de la LSSI, como régimen de protección específico para consumidores. Esta absorción y generalización de la protección no puede significar que queden igualmente absorbidas o abolidas normas preexistentes (especialmente no estatales) que ya establecían un régimen de protección específico para consumidores en el ámbito de la contratación electrónica o a distancia. Así resulta reconocido en el art. 23.1 LSSI, por lo que se refiere a contratación electrónica. Podemos dejar abierta la cuestión (cuya resolución es aquí innecesaria) de si el Estado disponía de título competencial suficiente para producir todas las normas que se contienen en la LSSI y que protegen al usuario genérico en un modo de regulación que no es de Derecho privado. Lo que ha de quedar fuera de duda es que las CCAA tienen competencia para (a) mantener las normas equivalentes que al respecto tenían, y que se referían a consumidores, (b) producir normas de protección suplementarias destinadas a consumidores.

- (xii) En el seno del art. 33 del Estatuto de los Consumidores de Castilla-La Mancha, toda tipificación estatal de infracciones determinadas por la protección del destinatario final en cuanto consumidor, es una tipificación que sirve como tipificación autonómica de consumo. Pero si la tipificación estatal de conductas y sanciones se realiza en función de la protección de un usuario genérico (consumidor o no consumidor), CLM, que puede producir o mantener normativa consumerista suplementaria, no puede servirse de aquella tipificación estatal como tipificación de infracciones a efectos del art. 33 del Estatuto de los Consumidores.
- (xiii) Específicamente respecto de la imposición de deberes de información pre o postcontractual (arts. 10, 27 y 28 LSSI), las CCAA con competencia en materia de comercio interior o protección de consumidores pueden imponer regulaciones adicionales o diversas a la contenida en la LSSI.
- (xiv) Cuando una norma propia de la LSSI pretenda proteger genéricamente a los usuarios de un servicio como clase, esta regulación no excluye que las Comunidades Autónomas puedan proveer una protección suplementaria sobre la base de su competencia específica en materia de consumidores, siempre que, conforme al principio de proporcionalidad, exista una necesidad o justificación para esta protección adicional, que pudiera ponderarse con el necesario principio de mercado interior. El principio de salvaguarda del mercado interior en la sociedad de la información, creado por la Directiva de comercio electrónico, ha de valer entre las distintas CCAA españolas, adicionalmente, como una exigencia del art. 139.2 de la Constitución.
- (xv) En el caso de Castilla-La Mancha, el art. 33 del Estatuto de los Consumidores “asume” como tipificación propia de protección de los consumidores toda tipificación estatal que se corresponda con este tipo de norma protectora y por esta finalidad de protección. Esto tiene consecuencias sorprendentes. En primer lugar porque la tipificación castellano-manchega es siempre una tipificación abierta. En segundo lugar, porque la tipificación operada por la legislación estatal no tiene que ser la específica contenida en la LCU o en sus normas de desarrollo, pudiendo hallarse la tipificación correspondiente en cualquier ley estatal. La LSSI es una ley de este tipo, a la que se remite el art. 33 del Estatuto de los Consumidores, y las tipificaciones consumeristas que realiza son tipificaciones propias y específicas del Derecho sancionador de consumo de Castilla-La Mancha.

En estos casos no puede hablarse propiamente ni de concurso ideal de infracciones ni de concurso de leyes represivas, sino de que el Estado tipifica infracciones de consumo a favor de la competencia sancionadora que corresponde a Castilla-La Mancha.

- (xvi) El Estado disponía de las competencias precisas de armonización para haber impuesto entre CCAA un principio de “reconocimiento mutuo” de la suficiencia de las respectivas regulaciones relativas a la protección de los consumidores, al menos cuando tales regulaciones pudieran afectar, por su variedad u dispersión, a la unidad del mercado interior en la sociedad de la información, que la Directiva 2000/31 ha querido optimizar por encima de cualesquiera otras consideraciones. La LSSI no lo ha hecho.
- (xvii) Las normas de Derecho privado contenidas en la LSSI vinculan a las CCAA, y no pueden ser modificadas ni desarrolladas por ellas. Pero lo que vincula de tales normas no es el supuesto al que prestan atención, sino la consecuencia jurídica civil que imponen para cada caso. Supuestos de hecho contractuales pueden ser utilizados por las CCAA competentes como tipos de conductas que se hallan a la base de una infracción administrativa.
- (xviii) No existe ningún título competencial específico sobre la sociedad de la información ni sobre la prestación de servicios de la sociedad de la información. La LSSI no ha invocado competencias para regular las bases de la economía nacional, ni el procedimiento administrativo común, ni la igualdad en el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores. El título competencial de telecomunicaciones es insuficiente para conseguir la mayoría de los objetivos que se incorporan a las normas de la LSSI. Lo que el Estado debería haber hecho en este terreno hubiera sido: (a) establecer el régimen civil correspondiente en la contratación electrónica y a la prestación de servicios de la sociedad de la información; (b) establecer el régimen de protección de datos e intimidad en la prestación de servicios de la sociedad de la información; (c) establecer normas que garantizaran la unidad del mercado interior frente a las desviaciones motivadas por el ejercicio de competencias autonómicas. Salvo en sectores específicos de protección de datos y de obligaciones propias de operadores de redes y servicios de telecomunicaciones, el Estado carece básicamente de cualquier competencia para establecer un régimen sancionatorio específico y propio de la sociedad de la información.

- (xix) Las limitaciones fácticas que la estructura de la sociedad de la información impone al ejercicio de las competencias autonómicas son más fuertes que las limitaciones jurídicas que pudieran provenir de la existencia de otras competencias, correspondientes a otras CCAA o al Estado. Con independencia de la vigencia y aplicación territorial de sus normas, las CCAA no tienen posibilidad real de ejercer una política de protección efectiva y de incentivos correctos sobre conductas que tengan su origen en proveedores de servicios situados fuera del territorio de la Comunidad Autónoma.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ENTIDADES  
LOCALES. SISTEMA DE FUENTES Y AUTONOMÍA  
COMO FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS  
DEL DERECHO LOCAL \*

*Javier García Fernández*  
*Catedrático de Derecho constitucional*  
*Universidad de Alicante*

SUMARIO

- 1. El Derecho constitucional y las Entidades Locales.*
- 2. Las Entidades Locales en los textos constitucionales.*
- 3. El sistema de fuentes de las Entidades Locales.*
- 4. El contenido realmente constitucional de la autonomía local, especialmente municipal.*
- 5. El núcleo de la regulación constitucional de las Entidades Locales.*

\* El presente trabajo se complementa con otro anterior, “La elección directa de los Alcaldes: contexto político y problemática jurídica”, que publiqué en el núm. 52 (2001) de la *Revista de Derecho Político* y ambos tienen como finalidad depurar y esclarecer los principios constitucionales del Derecho local a fin de poder fijar los contenidos locales (o al menos, municipales) de un programa-tipo de Derecho constitucional. Ambos artículos se complementan, a su vez, con un tercero, en curso de elaboración, sobre la organización política de los Ayuntamientos, de las Diputaciones Provinciales y de los órganos insulares.

### *1. El derecho constitucional y las entidades locales*

La delimitación de los contenidos materiales que configuran las áreas de conocimiento del Derecho constitucional plantea problemas metodológicos importantes. Hace poco tiempo Antonio Ruggeri suscitó el problema de cómo las elaboraciones doctrinales acaban centrándose en lo que él denomina un “círculo cultural” en el que acaba penetrando también la jurisprudencia que aprehende aquellas partes doctrinales que considera más útiles para su propia elaboración pero que, con frecuencia, acaba realizando elaboraciones menos formalistas, más realistas, que la doctrina<sup>1</sup>. El manejo de la mejor compilación legislativa sobre régimen local que hay disponible en la actualidad<sup>2</sup>, anotada con una buena selección jurisprudencial, me ha llevado con frecuencia a recordar el citado trabajo de Ruggeri porque la comparación entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>3</sup> y la elaboración doctrinal y la jurisprudencia constitucional siempre me ha dejado la sensación de que los principios constitucionales de la Administración local han sido frecuentemente abordados desde posiciones poco prácticas. El caso más notable es el de la garantía institucional que, a partir de una elaboración brillante pero excesivamente apegada a un ordenamiento extranjero, ha discurrido por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional sin que casi nadie se atreviera a señalar sus insuficiencias máxime cuando viene a conectar con la función que, respecto a la autonomía local, desempeña la ley. No es de extrañar que esa noción de garantía institucional haya dado lugar, por parte de su difusor en España, a una concepción total y cerradamente radical de las Entidades locales como entes administrativos ajenos a lo político.

Esta cierta disociación entre el hiperdogmatismo de las construcciones teóricas y del Tribunal Constitucional y el realismo de las construcciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo puede en parte deberse, según creo, a la dificultad de muchos constitucionalistas para entender los fenómenos jurídicos que

1. Antonio Ruggeri: “Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema”, *Diritto e Società*, núm. 1, 2000, págs. 141-184.

2. Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuertes López: *Código de la Administración Local*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido recogida y bien comentada por Rafael Fernández Montalvo en los sucesivos números del *Anuario del Gobierno Local*. En este anuario ha habido, aunque no en todos los números, una buena síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre el régimen local, síntesis que han elaborado José Manuel Alegre Ávila y Germán Valencia Martín. Por último, hay un tratamiento monográfico sobre las principales orientaciones jurisprudenciales en la obra col. *La autonomía local. Análisis jurisprudencial*, Marcial Pons-Diputació de Barcelona, Madrid, 1998, pág. 21.

rebasan el constitucionalismo clásico. Para muchos constitucionalistas los Entes locales son entidades administrativas inquietantes (por su carácter electivo) y ello conduce a situaciones de difícil respuesta como hemos visto hace algunos años cuando esta incomprensión condujo a configurar el recurso en defensa de la autonomía local con piezas sueltas de los distintos procedimientos que se aplican en el Tribunal Constitucional, dando como resultado un procedimiento poco práctico y dogmáticamente confuso (¿no es confusión obligar a entes autónomos a acudir previamente a órganos consultivos gubernamentales?).

Además, esa confusión sobre la verdadera dimensión constitucional de las Entidades locales se produce en un momento en que el Derecho local tiene en España un auge notable. Varios manuales recientes y otros varios de la década de los ochenta han venido a conformar un rico acervo jurídico que asegura una gestión sólida y rigurosa a los miles de Municipios, a las decenas de Provincias y a la docena de Islas que constituyen las Entidades Locales españolas. La rama local del Derecho administrativo es hoy una de las más trabajadas y más coherentes de nuestro Derecho administrativo<sup>4</sup>. Pero el Derecho local no se agota en el Derecho administrativo. Sin entrar en innecesarias y estériles confrontaciones por áreas del conocimiento jurídico, y partiendo de la base de que el Derecho local es ante todo, desde un punto de vista cuantitativo, Derecho administrativo, no se pueden olvidar sin embargo los fundamentos constitucionales que posee<sup>5</sup>. Estos fundamentos, si aceptamos el valor normativo de la Constitución, no son exclusivos del Derecho local: toda rama del ordenamiento, desde el Derecho financiero hasta el Derecho civil, funda algunos de sus principios básicos en el texto constitucional pero, aunque algunos lo intentan sin mucho fruto, no tendría mucho sentido hablar de un Derecho constitucional del trabajo o de un Derecho constitucional mercantil. No parece riguroso considerar, en efecto, que el derecho de huelga, el derecho a la autonomía universitaria o el derecho a contraer matrimonio constituyen el contenido central del Derecho constitucional porque tal concepción expansiva es confusa y además identifica indebidamente el contenido de la jurisprudencia constitucional con el Derecho constitucional propia-

4. Por citar solamente los manuales y tratados más sólidos y útiles, véanse: Luis Morell Ocaña: *El régimen local español*, Civitas, Madrid, 1988; Santiago Muñoz Machado (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Civitas, Madrid, 1988, 2 tomos; Luciano Parejo: *Derecho básico de la Administración Local*, Ariel, Barcelona, 1988; Francisco Sosa Wagner: *Manual de Derecho Local*, Aranzadi, Pamplona, 1999, 4ª ed.; José Luis Rivero Ysern: *Manual de Derecho Local*, Civitas, Madrid, 1999, 4ª ed.

5. Véase, por todos, la tercera parte ("La constitutionnalisation du droit administratif") del libro de Christian Starck *La Constitution, cadre et mesure du droit*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 1994, págs. 123-170.

mente dicho. El constitucionalista puede y debe señalar el basamento constitucional de los Colegios profesionales, de la ordenación del transporte o de las relaciones internacionales pero no debe caer en el expansionismo que supone elaborar un Derecho macroconstitucional que ha de aportar elaboraciones dogmáticas a cualquier rama del Derecho<sup>6</sup>.

Muy distinto es el tema del Derecho local. Sin olvidar que en su mayor parte es, como acabamos de señalar, un elemento muy consolidado del Derecho administrativo<sup>7</sup>, el contenido básico del Derecho constitucional tal como se entiende usualmente en España (básicamente fuentes del Derecho, órganos del Estado y sus relaciones jurídicas, régimen de derechos y libertades y sus garantías, participación política, Derecho autonómico) ha de englobar necesariamente referencias municipales y provinciales sin necesidad de penetrar para ello en el Derecho administrativo. Por poner ejemplos evidentes, un manual de Derecho constitucional que se precie no puede olvidar, en la parte dedicada a las fuentes del Derecho y dentro de las fuentes de rango reglamentario, las Ordenanzas, los Reglamentos y los Bandos municipales. Ese mismo manual no puede (o al menos no debe) tratar los órganos constitucionales y demás órganos del Estado sin referirse a la organización territorial básica del Estado (Municipio, Provincia e Isla), ni olvidar el sistema electoral local ni los procedimientos jurídicos que aseguran la gobernabilidad y la responsabilidad (especialmente, la moción de censura) de estas Entidades. Por seguir con algunos sencillos ejemplos, el Derecho autonómico se quedaría mutilado si no se hiciera alusión a las competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas tienen atribuidas con relación a las Entidades Locales. Para acabar, en fin, el Derecho constitucional no puede ser ajeno al principio que explica, al menos parcialmente, la posición jurídica y política de estas Entidades (el principio de autonomía) y los instrumentos procesales que permiten su defensa.

El Derecho constitucional tiene pues un contenido municipal reducido pero relevante y este contenido ha de incidir en la configuración dogmática de esta rama del Derecho público. Pero no siempre ha sido así. En aquel mare magnum

6. Por poner un ejemplo muy querido para el autor de este trabajo, el Derecho del Patrimonio Histórico es, ante todo, Derecho administrativo si bien tiene perfiles que denotan su conexión con el Derecho mercantil, el Derecho financiero, el Derecho penal o, sin duda, el Derecho constitucional. Pero el enfoque constitucional que se desprende del Derecho del Patrimonio Histórico no produce un Derecho constitucional del Patrimonio Histórico.

7. “El Derecho local... como un Derecho propio de las Entidades Locales que se sitúa más allá del Derecho común a todas las Administraciones Públicas...” dice Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 142.

de saberes y métodos que era el Derecho político español preconstitucional<sup>8</sup>, las Entidades Locales estaban completamente al margen del mismo pues no eran otra cosa que una rama de la Administración del Estado: los miembros de los Ayuntamientos, de las Diputaciones Provinciales y de los Cabildos Insulares canarios se designaban sin elección democrática, el principio de autonomía no existía ni menos aun el control sobre el Alcalde o el Presidente de la Corporación. No era posible, por ende, un Derecho mínimamente político que disciplinara la posición jurídica de aquellas Corporaciones<sup>9</sup> por mucho que el Municipio fuera uno de los cauces de participación de la llamada democracia orgánica.

Ahora bien, como se deduce de lo que hemos señalado más arriba, no basta con que la Constitución recoja algunos principios básicos de una institución para que la disciplina científica de ésta forme parte del Derecho constitucional. Menos aun que el Tribunal Constitucional haya elaborado jurisprudencia acerca de la misma. Si una materia, en este caso las Entidades que conforman la Administración Local, configura el contenido canónico de una determinada disciplina jurídica es porque sus elementos estructurales y estructurantes básicos se insertan sin dificultad en la economía general de dicha disciplina de manera que la dogmática de ésta, así como la normativa que de la misma se desprende, viene a recubrir el núcleo central de tal

8. Y aun prefranquista pues, como he señalado en algunas ocasiones, la influencia de Posada me parece más bien negativa por causa de su enciclopedismo y de su escasa juridicidad (salvo precisamente sus aportaciones al Derecho municipal que poseen un fundamento constitucional y político muy alejado del enfoque administrativista dominante). He escrito anteriormente que en el Derecho político español de la Restauración y de la Segunda República sólo encontramos un autor riguroso que asume la plena juridicidad del Derecho político y que entiende que éste es el ordenamiento jurídico del Estado democrático aunque, paradójicamente, se situaba en la extrema derecha: Carlos Ruiz del Castillo.

9. De las pocas publicaciones con contenido municipal insertas en el Derecho político de los años de la dictadura se pueden señalar: Jorge de Esteban, Santiago Varela, Javier García Fernández, Luis López Guerra y José Luis García Ruiz: *Desarrollo político y Constitución española*, Ariel, Barcelona, 1973, págs. 354-361; Sebastián Martín-Retortillo: "Presupuestos políticos del régimen local", *Revista de Administración Pública*, núm. 43, enero-abril 1964, págs. 9-35; y Diego Sevilla Andrés: "La función política de la provincia", en la obra col. *La provincia. Dimensiones histórica y política*, Instituto de Ciencias Sociales, Madrid, 1966, págs. 159-169. Y desde la perspectiva sociológica de las pseudo-elecciones: Departament de Dret Politic de la Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona: *Les eleccions municipals à Barcelona del 16 de octubre 1973. Assaig de sociologia electoral*, Fundació Jaume Bofill, Barcelona, 1975; Antonio Elorza: "Elecciones municipales en Madrid (1948-1970)", *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, núm. 19, 1972, págs. 547-562; Fernando Garrido Falla: "Límites constitucionales de la reforma de la Ley de Régimen Local en materia de elecciones municipales", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 169, enero-marzo 1971, págs. 1-9; Diego Sevilla Andrés: "El derecho a ser proclamado candidato", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 169, enero-marzo 1971, págs. 155-164; Jordi Solé Tura: "Elecciones municipales y estructura del poder político en España", *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, págs. 785-799; y José Vidal-Beneyto: "Elecciones municipales y referéndum", *Cuadernos de Ciencias Sociales*, núm. 1, págs. 157-205.

materia y no sólo unos principios generales o algún elemento estructural secundario o periférico. Pero ¿por qué la Administración Local puede formar parte, o integrar el contenido, del Derecho constitucional?

Hace muchos años, en una monografía de similar finalidad<sup>10</sup>, me planteé si del tratamiento constitucional del Municipio se podían desprender principios que permitieran hablar de una organización política y no sólo administrativa. La respuesta era afirmativa pues entendía que la autonomía, el sistema de fuentes y la función de gobierno<sup>11</sup> constituían principios definitorios de una organización política. Esta organización se inserta en los órganos del Estado y su tratamiento jurídico corresponde al Derecho constitucional en esos elementos primigenios si bien su funcionamiento interno (como ocurre también en los órganos constitucionales) se rige en parte por el Derecho administrativo. Y además, en cuanto entes capaces de desarrollar acción política, son cada vez más el objeto de la ciencia política, lo que en España (no en los países anglosajones ni en Francia) es una relativa novedad<sup>12</sup>.

Y ello porque las Entidades que forman la Administración Local (Municipios, Islas, Provincias) son, además de Administración, órganos de poder político democráticamente elegidos<sup>13</sup> y con capacidad de establecer relaciones jurídicas con otros órganos del Estado<sup>14</sup>. El poder político propio y no

10. Javier García Fernández: “La autonomía del Derecho político municipal. Fundamentos dogmáticos en la Constitución española”, en la obra col. *Organización territorial del Estado (Administración Local)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985, vol. II, págs. 1373-1424. Con el paso de los años, ya no sería tan rotundo en la insistencia de un Derecho político municipal autónomo. En primer lugar, porque se ha asentado ya un Derecho constitucional que extrae su origen del Derecho político pero que ya es una disciplina plenamente jurídica. Y en segundo lugar porque, como trato de establecer en el presente trabajo, en el Derecho constitucional hay un componente municipal relevante pero no es buen enfoque epistemológico segregar partes de una disciplina jurídica para convertirlas en ramas autónomas.

11. Sobre este tema, Javier García Fernández: “Autonomía municipal y acción de gobierno”, en la obra col. *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas-Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autonòmics i Locals, Madrid, 1992, págs. 347-353.

12. El trabajo más sólido en lengua castellana de esta orientación politológica es el de Carlos Alba y Francisco J. Vanaclocha (eds.): *El sistema político local: un nuevo escenario de gobierno*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997.

13. Véase Miguel Sánchez Morón: *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, págs. 291-320. Igualmente, del mismo Miguel Sánchez Morón, el capítulo que con el título “El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación ciudadana” publica en la obra col. *Informe sobre el Gobierno Local* cit., págs. 289-321.

14. La necesidad de que el Derecho constitucional supere la visión que señalan las tradicionales funciones del Estado y descienda a los niveles territoriales del poder está muy bien descrita por Harry Calvert: *An Introduction to British Constitutional Law*, Financial Training, Londres, 1985, págs. 43-44.

vicario (como ocurría en la dictadura) es la causa de que las Entidades Locales se inserten en el Derecho constitucional pues esta disciplina, como dice Pérez Royo, tiene como función ofrecer un cauce al proceso de autodirección política de la sociedad<sup>15</sup> siendo su contenido material las normas que reconocen y garantizan los derechos individuales y las que organizan los poderes básicos del Estado<sup>16</sup>.

En definitiva, porque las Entidades Locales han sido configuradas en la Constitución como órganos del Estado con poder político (limitado pero autónomo), y no como meros órganos administrativos dirigidos por el Gobierno, y, asimismo, porque la formación de aquéllas se realiza conforme al principio democrático (y no al principio autocrático), el régimen jurídico que las disciplina es el Derecho constitucional sin perjuicio de que en su funcionamiento interno y en muchas de sus relaciones jurídicas externas (pero no en todas) se aplique el Derecho administrativo como un sistema jurídico cerrado “de máximos”<sup>17</sup>.

Por eso la finalidad de este trabajo es examinar de qué manera, o a través de qué cauces, el Derecho local se va insertando en la estructura del Derecho constitucional pues si logramos identificar el punto de inserción y lo despojamos de tantas construcciones ilusorias que nada tienen que ver con el ordenamiento español vigente, estaremos en mejores condiciones de aportar instrumentos prácticos tanto al Poder Judicial como al legislador. Y estos cauces son, básicamente, el sistema de fuentes y el principio de autonomía municipal. ¿Por qué éstos y no otros como el Derecho electoral y la organización política local?

Por dos motivos. En primer lugar porque el Tribunal Constitucional ha levantado toda su noción del régimen local en el binomio autonomía + ley. Es muy clara y representativa esta formulación en una sentencia constitucional, la 46/1992, de 2 de abril, que compendia perfectamente una línea jurisprudencial iniciada en el mismo año 1981:

“... la autonomía local, tal y como se reconoce en los arts. 137 y 140 CE, goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el Legislador debe respetar; más allá de este contenido mínimo, la autonomía local es un concepto

15. Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 4ª ed. (hay eds. posteriores), págs. 52.

16. Luis López Guerra: *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 18-20.

17. Para la noción de Derecho de mínimos y de máximos, véase Javier Pérez Royo: op. cit., págs. 53-54.

jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones diversas, válidas en cuanto respeten esa garantía institucional”<sup>18</sup>.

Parece por ello conveniente examinar en qué medida está acertado el Tribunal Constitucional cuando ha erigido autonomía y ley como elementos esenciales de la configuración constitucional de la Administración Local.

Y en segundo lugar porque, conceptualmente hablando, sistema de fuentes y principio de autonomía son previos y son el presupuesto de la organización política local que a su vez es presupuesto del sistema electoral. Puede decirse, en definitiva, que el Derecho local se inserta en el Derecho constitucional conforme al siguiente esquema:

Constitución → Sistema de fuentes (ley) + Principio de autonomía →  
Régimen electoral → Organización y gobierno local

Hay que advertir, no obstante, que esta inserción no tiene todavía reflejo en los textos académicos. A diferencia de algunos manuales italianos<sup>19</sup>, o británicos<sup>20</sup>, los textos académicos españoles aun no han incorporado esa estructura estatal básica. Tenía razón Joaquín García Morillo en uno de sus últimos escritos publicados al señalar el escasísimo interés despertado por la regulación constitucional de los Entes locales entre los constitucionalistas, que él lo atribuía al papel secundario que éstos han desempeñado históricamente, a su dependencia política, al protagonismo de las Comunidades Autónomas y, en fin, a la heterogeneidad de estas instituciones en el Derecho comparado<sup>21</sup>. Y desarrollando esta

18. STC 46/1992, de 2 de abril, Pleno, cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas frente un artículo de la Ley 4/1984, de 10 de febrero, de la Asamblea de Madrid, sobre Medidas de Disciplina Urbanística, Ponente: López Guerra, FJ 2 (J.C., t. 32, págs. 583-591).

19. Como por ejemplo Giuliano Amato y Augusto Barbera (a cura di): *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1986, págs. 612-622; Carlo Lavagna: *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Turín, 1986, reimp. de la 6ª ed., págs. 859-869; Alessandro Pizzorusso: *Lecciones de Derecho Constitucional* (trad. J. Jiménez Campo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, vol. II, págs. 135-142; Giuseppe Ugo Rescigno: *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bolonia, 1982, 3ª ed. págs. 567-573; y Giancarlo Rolla: *Manuale di diritto pubblico*, Giappichelli, Turín, 1998, 3ª ed., págs. 463-484.

20. Aunque hay muchos manuales británicos que tratan conjuntamente el Derecho constitucional y el Derecho administrativo, por lo que no se sabe muy bien si el Municipio forma parte de uno u otro, se puede citar el relativamente reciente de Eric Barendt: *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 64-68.

21. Joaquín García Morillo: *La configuración constitucional de la autonomía local*, Diputació de Barcelona–Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 17-19. Conviene señalar que este trabajo, así como otro anterior de Eliseo AJA (“Configuración constitucional de la autonomía municipal”, en la obra col. *Informe sobre el gobierno local cit.*, págs. 41-66) constituyen dos de las mejores aportaciones que se han efectuado desde el Derecho constitucional al tema del régimen local.

idea, otro autor, José Manuel Bandrés, añadía: "...superar el estado de inercia científica sobre la cuestión local exige también activar y movilizar el Derecho constitucional local desde parámetros jurídicos y políticos que coadyuven a comprender y formalizar una posición institucional diferente de los poderes locales en el Estado"<sup>22</sup>.

## ***2. Las entidades locales en los textos constitucionales***

Antes de entrar a examinar la manera en qué sistema de fuentes locales y principio de autonomía local se insertan en el Derecho constitucional conviene recordar qué tratamiento tienen las organizaciones locales en los textos constitucionales pues creo que ha sido precisamente el olvido o el desconocimiento de la regulación municipal en el constitucionalismo histórico, español y comparado, lo que ha dado lugar a tanta elucubración doctrinal alejada de la práctica municipal. Es cierto que aunque una Constitución regule los elementos básicos de la estructura local del Estado ello no significa que estemos ante una materia propia del Derecho constitucional pues lo relevante es que configure a las Entidades del poder local como órganos territoriales del Estado, y no como una instancia inferior y subordinada de la Administración Pública. Como esta materia daría para muchas páginas, y no sin señalar que desde hace muchos años se ha estudiado con aportaciones valiosas como la de Jornada de Pozas en 1930<sup>23</sup>, empecemos por señalar un ejemplo muy significativo cual es el de la primera Constitución francesa, la de 1791, que tiene interés no sólo para conocer el tratamiento de la materia en la primera Constitución democrática europea sino por la interesante metodología que refleja.

Señalemos previamente que el artículo 7 del Título II de esta Constitución establecía:

*“La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. - Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes”.*

22. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat: “Comunicación”, en Joaquín García Morillo: op. cit., pág. 80.

23. Luis Jordana de Pozas: *El Municipio en las Constituciones europeas vigentes (Estudio preliminar y textos constitucionales)*, Unión de Municipios Españoles, Madrid, 1930. Y para la historia del constitucionalismo español, Adolfo Posada: *Evolución legislativa del Régimen Local en España* (1910), Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982. Finalmente, conviene recordar del mismo Posada *El régimen municipal de la ciudad moderna*, Ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1936.

Tras lo cual, y a continuación, en los artículos 8, 9 y 10 del mismo Título se regulaba:

\* la existencia del Municipio, entendido como reunión de ciudadanos de las ciudades y del campo;

\* el derecho de los ciudadanos que componen cada Municipio a elegir a los Oficiales Municipales;

\* la función de estos Oficiales Municipales, consistente en gestionar los asuntos particulares del Municipio y en la posibilidad de encargarse, por delegación, de algunas funciones relativas al interés general del Estado;

\* la reserva de Ley para las reglas que disciplinan las funciones de los Oficiales Municipales tanto las propias del Municipio como las que le delegue el Estado;

Además, la Sección II del Capítulo IV del Título III (“*De l’administration intérieure*”) establecía la Administración periférica del Estado con la cual, a través de los administradores de Departamento y de Distrito, se venía a delimitar el alcance de las competencias del municipio.

Este tratamiento constitucional paralelo del matrimonio y del Registro Civil, por un lado, y del Municipio, por otro, denota algunos fenómenos de interés que se proyectan sobre el constitucionalismo europeo de los siglos XIX y XX. Desde el primer constitucionalismo encontramos en los textos constitucionales materias muy alejadas del contenido propio de una Constitución: en el caso francés de 1791 el matrimonio y el Registro Civil, es decir, las prescripciones legal-constitucionales que no son fundamentales como decía, con su peculiar visión de la Constitución, Carl Schmitt<sup>24</sup>. ¿El Municipio y su regulación en la Constitución de 1791 entrarían en esta categoría?. Todo lo contrario. Sin entrar en contenidos concretos, esta Constitución inserta al Municipio en la estructura de poder del Estado y ello aun cuando se sitúe sistemáticamente al margen del Título III (“*Des pouvoirs publics*”). Y coloca al Municipio en esa estructura de poder del Estado por varios motivos:

\* por el carácter electivo, es decir político, de los Oficiales Municipales que lo gestionan;

24. Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala), Alianza Ed., Madrid, 1982, págs. 37-38.

- \* por la naturaleza político-asociativa de la entidad territorial resultante;
- \* por la posibilidad de asumir “*fonctions relatives à l’interêt général de l’Etat*”;
- \* por la conexión simétrica con la Administración periférica de los Departamentos y Distritos que se integran en el Poder Ejecutivo.

Este primer diseño de la Monarquía constitucional no fue un mero ejercicio de redacción normativa. Precedido por los Decretos de 14 y 22 de diciembre de 1789 (en los que se encuentran todos los elementos que reproduce luego la Constitución), el Municipio fue desde esa fecha, y hasta el advenimiento de Napoleón, el centro de la vida política local e incluso se celebraron elecciones municipales en febrero y marzo de 1790 creando una dinámica política rica y, lógicamente, sedienta de autonomía<sup>25</sup>. Si el Municipio se viene a insertar en la Constitución con ese alcance político es a causa de una construcción doctrinal coetánea a la revolución francesa (en su fase girondina) que sirve de arquitrabe de toda la columna orgánico-territorial del nuevo Estado (incluso con los jacobinos) y que viene a combinar uniformismo y descentralización<sup>26</sup>. Nos referimos a la noción de poder municipal.

La noción de poder municipal experimenta, desde la revolución, una evolución muy significativa. En sus orígenes, como señaló García de Enterría, esta noción se configura (con cierta influencia de la *Mémoire sur les municipalités* de Turgot de 1775) como un poder doméstico o particular que no va a competir con el poder político que se expresaba a través de la voluntad general<sup>27</sup>. Posteriormente, ya con la Restauración y de vuelta del modelo centralizador de Napoleón, Constant introduce un giro muy importante al elaborar la doctrina del poder municipal<sup>28</sup> en donde, libre de la dogmática russoniana de la voluntad

25. Jacques Godechot: *Les institutions de la France sous la Révolution et l’Empire*, Presses Universitaires de France, París, 1968, 2ª ed., págs. 108-112.

26. Luciano Vandelli: *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones* (trad. P. Menéndez García y J. Suay Rincón), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990, págs. 58-67.

27. Eduardo García de Enterría: “Turgot y los orígenes del municipalismo moderno” y “La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración”, recogidos en su *Revolución francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Taurus, Madrid, 1981, págs. 71-105 y 107-130.

28. Benjamin Constant: *Principes de politique* (1815), cap. XII (la traducción más reciente es la de M. L. Sánchez Mejía que la incluye en los *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989); y *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1819), cap. XVIII (existe una traducción de M. A. López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820).

general, configura el Municipio como un poder del Estado, autónomo dentro de una estructura federal. El planteamiento de Constant abre una senda por la que entran los doctrinarios a partir de *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes* de Henrion de Pansey<sup>29</sup> y de *Les communes et de l'aristocratie* de Barante<sup>30</sup> en donde el Municipio se concibe como un núcleo de poder autónomo a fin de evitar el eventual control político del Parlamento. Esta disociación de dos poderes (el parlamentario y el municipal) venía así a expresar el pacto político-social de la Restauración en donde el Parlamento era la expresión institucional de la burguesía y el Municipio institucionalizaba el poder de la aristocracia agraria<sup>31</sup>.

Cierto que esta concepción no tendrá reflejo en las Cartas constitucionales de 1814 y de 1830 pero la politización de la Administración municipal (aceptando incluso ese alcance doméstico o particular que vio García de Enterría) es evidente. Y lo mismo puede decirse de España a partir de la Constitución de 1812 si bien, como ocurre también en Francia, el antecedente del modelo gaditano está en la reforma municipal de Carlos III que se instrumentó a través del Auto acordado de 5 de mayo de 1766<sup>32</sup>.

Lo determinante es que una concepción del Municipio como ente político (por el carácter electivo de los Oficiales Municipales), que es la que está presente, en clave descentralizadora, en los Decretos de 1789, conduce de forma natural a su regulación constitucional como órgano estatal. Y, como ocurre en España a partir de la década de los treinta del siglo XIX, el poder político que el Municipio puede contraponer al Estado, esto es, al Ejecutivo dual y al Parlamento, exige una regulación constitucional muy precisa en donde deben quedar fijadas las siguientes cuestiones:

\* el grado de democracia de la Corporación en su conjunto (sufragio universal o censitario y, en este último caso, la extensión del cuerpo electoral);

29. Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey: *Del poder municipal y de la policía interior de los municipios* (1820) (trad. J. García Fernández), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990.

30. M. de Barante: *Des communes et de l'aristocratie*, Librairie Française de Ladvoat, París, 1821.

31. Javier García Fernández: *El origen del municipio constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, págs.105-121, así como "Henrion de Pansey, municipalista doctrinario", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, abril-junio, 1990, págs. 321-341.

32. Javier García Fernández: *El origen del municipio constitucional...* cit., págs. 170-190, así como "El municipio en los orígenes del constitucionalismo español. Notas sobre la génesis de la organización municipal a través de tres modelos constitucionales" en las *Actas del II Seminario de Historia de la Administración*, "El Municipio Constitucional", Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, en prensa.

\* el nivel de legitimidad democrática del Presidente de la Corporación o del Alcalde (elección indirecta, directa o designación por el Gobierno);

\* el alcance de la tutela ejercitable por el Gobierno, que está normalmente en relación con las competencias del Estado que el municipio asume por delegación.

Por ver dos ejemplos del constitucionalismo histórico español, comparemos los artículos 70 y 71 de la Constitución de 1837 con los artículos 73 y 74 de la de 1845 o, en similares términos, los artículos 83 y 84 del texto constitucional de 1876 con el artículo 9 del de 1931. Todos estos preceptos dan respuesta a dichas cuestiones con alcance muy diferente pero en todo caso igualmente político porque parten de la idea del Municipio como órgano político que puede ocupar una posición incluso enfrentada al Poder Ejecutivo<sup>33</sup>. Por el contrario, en regímenes autoritarios los textos pseudo-constitucionales sitúan al Municipio en el escalón inferior de la Administración estatal sin electividad democrática y con una maraña de controles de oportunidad que suele ejercitar el representante de la Administración periférica (artículo 46 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 y artículo 127 de la Constitución portuguesa de 1933).

En conclusión, cuando se atribuye al Municipio la naturaleza de órgano político inserto en la estructura de poder del Estado con carácter democrático-electivo y más o menos autónomo (lo que tiene siempre reflejo en la Constitución), esta regulación se inserta en el Derecho constitucional<sup>34</sup>. En regímenes autoritarios, por el contrario, donde el Municipio se sitúa en la escala jerárquica de la Administración del Estado y donde sus cargos dirigentes no se eligen conforme al sufragio universal, el Derecho que disciplina al Municipio es solamente una parte especial del Derecho administrativo.

33. Véase, para los diferentes modelos político-municipales, Javier García Fernández: "Historia y presente de la realidad municipal en España", en el vol. col. *Manual de formación municipal*. Centre d'Estudis Urbanístics, Municipals i Territorials, Barcelona, 1979. págs. 7-40.

34. Como recuerda Antonio Fanlo Loras (*Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 239-240), el Anteproyecto que había elaborado la Ponencia constitucional incluía a la Administración Local en el Título dedicado al Gobierno y a la Administración, pero esa redacción no era más que un gesto inercial del ordenamiento de la dictadura. Más complejidad presentan algunos ordenamientos federales, como el alemán (artículo 28 de la Ley Fundamental) donde la inserción del Municipio en los Estados federados plantea la duda de si se trata de una rama local de la Administración de éstos [véase al respecto el muy completo trabajo de José Esteve Pardo: *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre Administración autonómica y orden local (La experiencia de la RFA. Bases y perspectivas en España)*, Diputació de Barcelona – Civitas, Madrid, 1991, págs. 139-151 y 167-171].

Es obvio que los artículos 137 y 140 a 142 de la Constitución responden a ese modelo que hace de las Entidades Locales unos órganos políticos insertos en la estructura de poder del Estado:

\* los Municipios y las Provincias son, junto a las Comunidades Autónomas, la base organizativo-territorial del Estado *ex* artículo 137;

\* unos y otras disfrutan de autonomía para la gestión de sus intereses *ex* artículo 137;

\* los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales ejercen no sólo la administración sino el gobierno de los municipios y de las provincias *ex* artículos 140 y 141.2;

\* los Concejales y los Alcaldes se eligen democráticamente si bien estos últimos pueden ser elegidos por sufragio indirecto por los Concejales *ex* artículo 140;

\* como apoyo a la autonomía municipal y provincial, las Haciendas Locales han de disponer de medios suficientes *ex* artículo 142.

No vamos a entrar en más pormenores acerca de todos estos principios que por ahora nos sirven para fundamentar la idea de que una Administración Local democrática y autónoma, a diferencia de la que es propia de los regímenes autoritarios, extrae su régimen jurídico básico de la Constitución y que esta regulación constitucional forma parte, juegos de palabras aparte, del Derecho constitucional.

### ***3. El sistema de fuentes de las entidades locales***

Actualmente parece evidente que el sistema de fuentes en un determinado ordenamiento es materia propia del Derecho constitucional pues es la Constitución (normalmente con bastante asistematicidad<sup>35</sup>) y ya no el Código Civil, la que viene a establecer ese sistema de fuentes y porque, además, éste trae causa de la forma de Estado y de la forma de gobierno<sup>36</sup>. Se trata de una cuestión

35. Salvo excepciones como la reciente Constitución polaca de 1997 que dedica expresamente un Título, el III, al sistema de fuentes del Derecho.

36. Véase, por ejemplo, Alessandro Pizzorusso: “Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo”, *Quaderni costituzionali*, año 6, núm. 2, agosto 1986, págs. 217-235.

aceptada pacíficamente en la doctrina italiana o española (no así en la francesa todavía lastrada por el sociologismo duvergeriano) pero no siempre dogmáticamente fundada: examínese por ejemplo el volumen correspondiente de las *Lezioni* de Crisafulli<sup>37</sup> que se inician con un capítulo, por otra parte brillante y profundo como todos los de su autor, donde la dogmática se construye más sobre las Disposiciones Preliminares del Código Civil y de otros textos legislativos que sobre la Constitución. Por el contrario, el volumen dedicado a las fuentes del *Manuale* de Zagrebelsky da un paso significativo al fundamentar el sistema de fuentes en la Constitución material que es a su vez una fuente legítima en cuanto proviene del exterior del orden formal de fuentes<sup>38</sup>. Y en términos todavía mucho más rotundos se expresa Paladin quien, tras señalar que los constitucionalistas han acabado monopolizando los estudios sobre todo el sistema de actos y hechos normativos, explica este fenómeno por “*il fatto incontestabile che la disciplina delle fonti normative si colloca al crocevia dell’odierno diritto costituzionale*”<sup>39</sup>. En cambio, la doctrina española, desde sus inicios tras 1978, asumió la necesidad de llevar al Derecho constitucional todo el estudio del sistema de fuentes porque éste ha sido diseñado en la Constitución<sup>40</sup>.

El sistema de fuentes que producen las Entidades Locales<sup>41</sup> ha de integrarse pues en el estudio del sistema general de fuentes ya que suscita los suficientes problemas (creo que no resueltos adecuadamente) como para exigir una respuesta que sólo puede dar el Derecho constitucional. En pocas palabras, estos problemas se compendian en tres: a) qué órgano del Estado puede establecer el sistema de fuentes del Derecho local; b) qué posición ocupan las fuentes producidas por las Entidades Locales y cómo se relacionan con las de su mismo rango producidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas; c) en qué medida las peculiaridades que expresan los puntos anteriores conducen a hablar de un ordenamiento propio de las Entidades Locales.

La primera cuestión no afecta en puridad al sistema de fuentes municipales sino al alcance de la propia Constitución y a la función que a este respecto,

37. Vezio Crisafulli: *Lezioni di diritto costituzionali*, Cedam, Padua, 1984, 5ª ed., vol. II.1, págs. 1-19.

38. Gustavo Zagrebelsky: *Manuale di diritto costituzionale*, UTET, Turín, 1987, vol. I, págs. 20-28.

39. Livio Paladin: *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bolonia, 1996, pág. 7.

40. Javier Pérez Royo: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 13-24; Ignacio de Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 22; Francisco Balaguer: *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, t. I, págs. 19-30.

41. Es decir, las normas de producción. No entramos en este apartado en las normas sobre la producción del Derecho local que la Constitución distribuye (Estado/Comunidades Autónomas; Ley/Reglamento) y que corresponde a la regulación constitucional general del régimen local.

desempeña la Ley<sup>42</sup>. Detrás de ese poder normativo heterónomo que la Ley representa está latiendo en realidad otro problema constitucional más importante que es el *quantum* que puede regular la Ley para desarrollar la Constitución y en qué medida la Ley está vinculada a un concepto jurídico indeterminado como la autonomía municipal. En definitiva, como señala Morell Ocaña, de qué manera la Constitución impone un contenido normativo a la Ley para que delimite el ámbito de la autonomía local que lleva implícita la aptitud de las Entidades Locales para crear Derecho<sup>43</sup>. Las soluciones técnicas pueden ser diversas pero en todo caso la corrección de éstas y el alcance de la función reguladora de la Ley es una cuestión propia del Derecho constitucional que los constitucionalistas debemos resolver. Y este tema viene a enlazar, obviamente, con los viejos artículos 5 y 20 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley de Bases del Régimen Local en adelante) cuya primera redacción fue declarada inconstitucional por la sentencia 214/1989, de 21 de diciembre<sup>44</sup>. Si se recuerda el núcleo del razonamiento de dicha sentencia acerca de la prohibición al legislador de interpretar la Constitución<sup>45</sup> (pues no llegó a entrar en los problemas sustantivos que suscitaba), se puede ver que lo que está latiendo es el referido *quantum* que la Constitución otorga al legislador a la hora de desarrollar un precepto como es su artículo 140. Por otra parte, este tema enlaza muy derechamente con el de la autonomía local pues, como veremos más abajo, se ha planteado con mucha intensidad si esta noción, por su carácter indeterminado, necesita o no a la Ley para hacer efectivo su pleno contenido constitucional<sup>46</sup> o incluso si es la Ley, antes que la Constitución, la que fija *in totum* el régimen de la autonomía local.

42. El trabajo más completo sobre esta materia es el de Luis Morell Ocaña: op. cit., págs. 135-224.

43. *Ibidem*, pág. 171.

44. STC 214/1989, de 21 de diciembre, Pleno, recursos de inconstitucionalidad acumulados contra determinados preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, Ponente: de los Mozos y de los Mozos (*J.C.*, t. 25, págs. 736-833).

45. Sobre esta materia véanse: Francisco Sosa Wagner: op. cit., págs. 45-48; y José Luis Rivero Ysern: op. cit., págs. 85-87 (con toda la bibliografía existente sobre la sentencia y sus efectos).

46. Véase la Exposición de Motivos de la Reforma del Reglamento del Senado de 17 de octubre de 2000 destinada a crear una Comisión Permanente no Legislativa de las Entidades Locales, en donde se afirma: “se puso de manifiesto que, en relación con la Administración Local, es el legislador ordinario, estatal o autonómico, el que define el ámbito de sus competencias”. Y anteriormente, la STC 213/1988, de 11 de noviembre (recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 3/1984, de 9 de enero, del Parlamento de Cataluña, sobre medidas de adecuación del Ordenamiento Urbanístico de Cataluña, Ponente: Latorre Segura, FJ 3 [*J.C.*, t. 22, págs. 539-548]), afirma: “...no se garantizaría el nivel mínimo de autonomía local establecido por el legislador estatal...”. Además, la STC 259/1988, de 22 de diciembre (impugnación *ex* Título V LOTC de algunos artículos del Decreto 146/1984, de 10 de abril, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, de desarrollo de la Ley 3/1984, Ponente: Bugué Cantón, FJ 2 [*J.C.*, t. 22, págs. 1080-1085]), vuelve a reiterar la misma expresión de la STC 213/1988.

La segunda cuestión, relativa a la posición que ocupan las fuentes producidas por las Entidades Locales y a cómo se relacionan con las de su mismo rango producidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas, nos sitúa, en primer lugar, ante un problema mucho más hondo, bien descrito por la doctrina italiana, cual es el alcance jurídico de la autonomía política que el Estado, a través de la Constitución, reconoce a las colectividades infraestatales, que veremos a continuación. En este punto, sin embargo, nos centraremos en otra cuestión mucho más concreta cual es la relación Reglamento estatal/autonómico y Reglamento local y ello porque, como señaló García Morillo, la consecuencia más relevante de la subordinación de la autonomía local a la Ley, y no a la Constitución, es la indisponibilidad normativa superior a la Ley por parte de las Entidades Locales<sup>47</sup>. En el Estado autoritario no cabe otra respuesta que la subordinación pues la Ley (y no la Constitución) es la única norma que atribuye potestad normativa y la norma local siempre es residual<sup>48</sup>, por lo que difícilmente puede situarse en el mismo plano jerárquico que el Reglamento ejecutivo o independiente. Por el contrario, en el Estado democrático, la cuestión adquiere mucho mayor complejidad porque conecta además con la propia posición del Reglamento que emana de un órgano dotado de tanta legitimidad democrática como es el Gobierno por lo que su relación con la Ley no puede concebirse como en los ordenamientos fundados en el Principio Monárquico<sup>49</sup>. En esta materia, ha sido Luciano Parejo quien ha planteado soluciones con carácter más innovador<sup>50</sup> al apuntar que, a diferencia de la relación que vincula al Reglamento del Gobierno con la Ley, el Reglamento local tiene a la Ley como límite negativo por lo que la relación de éste con el gubernamental se basa más en una relación de competencia que de subordinación jerárquica pues las Entidades Locales poseen una legitimación democrática directa de la que carecen los Reglamentos del Gobierno. La construcción es atractiva y personalmente me parece adecuada pero no deja de presentar algún problema pues sitúa al Gobierno en una posición política residual<sup>51</sup> que casa mal con su función constitucional de dirección política (lo que a su vez

47. Joaquín García Morillo: op. cit., pág. 31.

48. Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 168.

49. Véase Ignacio de Otto: op. cit., págs. 233-235; José María Baño León: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1991, págs. 163-224.

50. Luciano Parejo: *Derecho básico...* cit., págs. 124-132, así como en *La potestad normativa local*, Marcial Pons-Diputació de Barcelona, Madrid, 1998, *in totum*; igualmente Carles Pareja I Lozano: "Autonomía y potestad normativa de las Corporaciones Locales", *Revista de Administración Pública*, núm. 138, septiembre-diciembre 1995, págs. 107-142. Sintetiza bien esta cuestión Luis Rivero Ysern: op. cit., págs. 88-89.

51. Sobre la posición supletoria que a lo sumo le resta al Gobierno, véase Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 178.

enlaza con el tema de la subsidiaridad). Y a ello se agrega el tema de la posición que ocupaba el Reglamento local de organización sobre la Ley autonómica en los antiguos artículos 5 y 20 de la Ley de Bases del Régimen Local que ofrecía una solución audaz que hubiera merecido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional<sup>52</sup> máxime cuando, anteriormente, en el tema de la relación Reglamento estatal/Reglamento autonómico había mantenido una posición probablemente poco fundamentada (o, lo que es lo mismo, sólo fundada en nociones muy anticuadas<sup>53</sup>). Claro que más rotundo ha sido, en Italia, Livio Paladin<sup>54</sup> quien considera que la atribución de autonomía a los Municipios y Provincias por parte de la Constitución italiana conduce a considerar que los Reglamentos gubernamentales están excluidos de estos ámbitos salvo que las Leyes atribuyan competencias concurrentes. Se podría hablar, según Paladin, de una reserva de Reglamento local. Muy interesante es asimismo la posición de Pietro Virga<sup>55</sup> para quien el Estatuto municipal es una norma subprimaria, subordinada a la Ley pero en posición supraordenada a los Reglamentos municipales. En definitiva, como puede verse, estamos en un campo complejo y extenso que incita a trabajar a los constitucionalistas.

En tercer y último lugar, el tema de las fuentes autónomas del Derecho local plantea también en qué medida sus peculiaridades permiten hablar de un ordenamiento propio de las Entidades Locales. La sentencia 4/1981, de 2 de febrero<sup>56</sup>, como es sabido, señaló que la autonomía local es cualitativamente diferente de la autonomía política de las Comunidades Autónomas pero este razonamiento es más voluntarista que descriptivo salvo que se entienda lo “político” como una cualidad que conlleva necesariamente la existencia de un Parlamento y un Gobierno. Pero las concepciones pluralistas del Estado, a cuya formulación tanto contribuyó Giannini<sup>57</sup>, avalarían la impresión de que la preci-

52. Véase Francisco Sosa Wagner: op. cit., págs. 47-48. Acerca de la poca afortunada redacción del artículo 20 que ha aportado la Ley 11/1999, de 21 de abril, véase Luis Rivero Ysern: op. cit., pág. 87.

53. En la STC 179/1985, de 19 de diciembre, Pleno, recursos de inconstitucionalidad acumulados contra diversos preceptos de la Ley 24/1983, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes de Saneamiento y Regulación de las Haciendas Locales, Ponente: Rubio Llorente, (J.C., t. 13, págs. 572-592). Esta sentencia ha sido comentada por Luciano Parejo en *Derecho básico...* cit., págs. 126-128.

54. Livio Paladin: op. cit., págs. 362-363.

55. Pietro Virga: *Diritto amministrativo*, vol. 3: *Amministrazione locale*, Giuffrè, Milano, 1994, 2ª ed., págs. 20-23.

56. STC 4/1981, de 2 de febrero, Pleno, rec. de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953 y legislación concordante, Ponente: Gómez-Ferrer Morant (J.C., t. 1, págs. 31-61).

57. Massimo Severo Giannini: *Derecho administrativo* (trad. L. Ortega), Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, vol. I, págs. 125-127; del mismo *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bolonia, 1986, págs. 87-92.

sa proclamación constitucional de la autonomía local debe conducir a un ordenamiento que en realidad agrupa a los miles de ordenamientos locales en donde se producen normas que permiten ejercitar las competencias que la Constitución proclama y la Ley delimita pero no “inventa”. El tema tiene evidente interés para el Derecho constitucional pues es la Constitución, cada Constitución, la que ha de establecer los criterios de articulación de ese ordenamiento plural con el del Estado.

Como puede observarse, sin haber intentado siquiera profundizar en estas materias, el campo al que está llamado el Derecho constitucional respecto al sistema local de fuentes es extenso y complejo y además prácticamente virgen para los constitucionalistas. Y ello porque abre el campo real a la delimitación normativa del principio de autonomía local.

#### ***4. El contenido realmente constitucional de la autonomía local, especialmente municipal***

Las tempranas sentencias 4/1981, de 2 de febrero<sup>58</sup>, y 32/1981, de 28 de julio<sup>59</sup>, permitieron afrontar rápidamente el tratamiento dogmático de la autonomía local con algunos criterios que luego han marcado toda la construcción posterior. Pero antes de entrar en las cuestiones precisas de Derecho constitucional que se suscitan querría hacer una advertencia: no es arbitrario que trate el prin-

58. STC 4/1981, de 2 de febrero, cit.

59. STC 32/1981, de 28 de julio, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/1980, de 17 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, de Transferencia Urgente y Plena de las Diputaciones Catalanas a la Generalidad, Ponentes: Rubio Llorente, Gómez-Ferrer Morant y Escudero del Corral (*J.C.*, t. 2, págs. 227-243). Reiteran el argumento básico de esta sentencia: STC 76/1988, de 26 de abril, Pleno, recurso de inconstitucionalidad frente a varios artículos de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, del Parlamento Vasco, sobre relaciones entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos, Ponente: López Guerra, FJ 4 (*J.C.*, t. 20, págs. 903-932); STC 170/1989, de 19 de octubre, cit., FJ 9; STC 33/1993, de 1 de febrero, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra un art. de la Ley 6/1989, de 25 de mayo, del Parlamento de Cataluña, de reforma de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de regulación de las Cajas de Ahorro, y conflicto positivo de competencia planteado frente al Decreto 190/1989, de 1 de agosto, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, Ponente: Rodríguez-Piñero, FJ 3 (*J.C.*, t. 35, págs. 327-335); STC 109/1998, de 21 de mayo, Pleno, cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas contra varios de la Ley 5/1987, de 4 de abril, del Parlamento de Cataluña, del Régimen provisional de las Competencias de las Diputaciones Provinciales, y de la Ley 23/1987, de 23 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre el Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña, Ponente: García Manzano, FJ 2 (*J.C.*, t. 51, págs. 134-188); y STC 204/2002, de 31 de octubre, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden Social, Ponente: Conde Martín de Hijas, FJ 13 (*B.O.E.*, núm. 278, de 20 de noviembre de 2002).

cipio de la autonomía local en segundo lugar después del sistema de fuentes, y no en el primero, cuando precisamente muchos autores sitúan este principio como núcleo fundamental del tratamiento constitucional de las Entidades Locales. En el coloquio celebrado con ocasión del trabajo de García Morillo sobre la configuración constitucional de la autonomía el Magistrado Bandrés Sánchez-Cruzat afirmó lo siguiente:

“Quizá, paradójicamente, en la idea de consagración del principio de autonomía local como un *totum*, en una visión absolutista, con carácter excluyente, para significar la posición constitucional de los entes locales en menosprecio de otros principios y valores que informan el régimen local, se encuentre la debilidad del propio principio jurídico para servir de referente obligado en la solución de los conflictos institucionales que suscitan los poderes locales”<sup>60</sup>,

añadiendo a continuación:

“Los gobiernos locales son constituidos y garantizados por la Constitución, por lo que la ley es un instrumento subalterno en la configuración de su estatuto. El principio de autonomía local sí que es objeto directo de concretización por el legislador ordinario y por el legislador comunitario...”<sup>61</sup>.

Y en tan breves palabras se ha hecho una de las mejores aportaciones a los problemas constitucionales del Derecho local.

Por poner un ejemplo similar: cuando evocamos la posición jurídica de las Comunidades Autónomas, más concretamente su regulación constitucional, el principio autonómico se nos aparece como un presupuesto dogmático incuestionable pero la regulación constitucional de las Comunidades Autónomas se desliza de inmediato a través de otras varias instituciones: el Derecho transitorio de su creación *ex* artículos 143, 144, 146, 151 y Disposiciones Transitorias Primera a Sexta; su organización institucional *ex* artículos 147.2 y 152.1; su sistema de fuentes *ex* artículos 146, 147 y 152; sus competencias *ex* artículos 148 y 149; y los principios de su autonomía financiera *ex* artículos 156 y 157. Todos estos preceptos constitucionales contienen remisiones normativas muy amplias para su aplicación, remisiones que han de trabajar a partir de un concepto relativamente determinado de autonomía, pero a nadie se le ocurriría pensar que el pro-

60. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat: “Comunicación” cit., pág. 85.

61. *Ibidem*.

blema dogmático central del sistema autonómico es la configuración del principio de autonomía porque éste (aun siendo necesaria su configuración doctrinal y jurisprudencial como guía necesaria para el legislador de todas las clases) es el presupuesto del que se parte.

En el ámbito local ocurre curiosamente lo contrario. Las mejores aportaciones al Derecho local postconstitucional se han realizado probablemente a partir de la noción de autonomía, con monografías realmente valiosas<sup>62</sup>, pero como el principio (como cualquier otro principio constitucional) necesita cierta concreción positiva so pena de caer en la especulación irreal, al final los cultivadores de esa delicada flor han de rodearla de otras plantas menos delicadas: las competencias, los controles y hasta los procedimientos. Algo así sería impensable en el Derecho autonómico: evidentemente que las competencias de las Comunidades Autónomas traen causa del principio de autonomía pero a nadie se le ocurriría reconstruir dogmáticamente el principio de autonomía de las nacionalidades y regiones prolongando esa reconstrucción hasta las competencias o hasta los controles del Tribunal Constitucional o de la jurisdicción ordinaria. Esta comparación puede ayudar a entender la posición de la autonomía local en la economía general del régimen constitucional de las Entidades Locales.

La posición central que ocupa el principio de autonomía local en detrimento de otros principios a los que ahora aludiremos comporta una visión meramente administrativa del régimen local. No quiero decir con ello que sea ésa la visión que se desprende de los administrativistas o, en términos menos subjetivos, del Derecho administrativo. Todo lo contrario. Es una visión más propia del Derecho constitucional o (volviendo a subjetivizar) de los constitucionalistas que hasta ahora han rehuído eso que se llamaba la Administración Local. Desde la noción de Entidad Local que ha configurado la Constitución hay que señalar, por el contrario, que el principio de autonomía local tiene naturaleza claramente subordinada al principio democrático que sustenta la organización local. Sin la representatividad democrática de los Ayuntamientos, de las Diputaciones

62. Miguel Sánchez Morón: *La autonomía local* cit.; Antonio Fanlo Loras (*Fundamentos constitucionales...* cit.); Luciano Parejo: *Derecho básico...* cit., págs. 91-173; Francisco Sosa Wagner: "La autonomía local en la Constitución", en la obra col. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 19991, t. IV, págs. 3185-3225; Gloria Alarcón García: *Autonomía municipal, autonomía financiera*, Civitas – Dirección General de Administración Local de la Región de Murcia – Caja de Ahorros de Murcia, Madrid, 1995; Almudena Marazuela: "El principio de autonomía local en el ordenamiento español", en Jaime Rodríguez-Arana (dir.): *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, págs. 341-393.

Provinciales, y de los Cabildos y Consejos Insulares, la autonomía local no sería más que descentralización o desconcentración pero no autogobierno autónomo<sup>63</sup>. Aunque este aserto requiere dos matizaciones. En primer lugar, como recuerda Aguiar de Luque citando a Kelsen, la descentralización es compatible tanto con la democracia como con la autocracia<sup>64</sup> pero la autocracia es incompatible con el principio de autogobierno. Y en segundo lugar, es cierto que, como enseña el ordenamiento francés, puede haber entidades territoriales democráticas y escasamente autónomas. Pero en Francia a nadie se le ocurre hablar de autonomía local (y aun municipal) pues el artículo 72 de su Constitución contiene las suficientes cautelas para disuadir a los hipotéticos defensores de este principio<sup>65</sup>.

En definitiva, si la Constitución, en los artículos 137 y 140, establece el principio de autonomía local es porque éste trae causa del principio democrático que emerge igualmente en ambos preceptos así como en el 141.2. Es más, en términos conceptuales, desde una construcción dogmática coherente, este artículo 141.2 (“El gobierno y la administración autónoma de las provincias...”) es más preciso que los otros dos antecitados porque conecta la noción de autonomía con la función de gobierno de la Entidad Local<sup>66</sup>. Lo que justifica que los Entes locales gestionen sus intereses no es la búsqueda de una técnica de gestión burocrática más eficaz (principio-técnica constitucionalizado para la organización administrativa) sino el principio democrático en virtud del cual se organizan: porque son organizaciones democráticas y representativas, su radio de acción exterior (en el sentido que Nawiasky utiliza esta noción para los órganos de la persona jurídica<sup>67</sup>) no puede conducirles a establecer relaciones jurídicas de jerarquía sino de autarquía con el Gobierno (y con la Administración que éste dirige). O, como ha escrito Morell Ocaña, la autonomía otorga a las Entidades Locales una posición que rebasa la de mera Administración Pública<sup>68</sup>. En definitiva, sin el principio democrático, el principio de autonomía sería una entelequia pues inclu-

63. Sobre la diferencia entre la autonomía local y la descentralización funcional, véase Miguel Sánchez Morón: *La autonomía local...* cit., págs. 173-175.

64. Luis Aguiar de Luque: “Comunicación”, en Joaquín García Morillo: op. cit., pág. 100.

65. Todo lo contrario que en el Reino Unido o en Italia donde autonomía y democracia representativa de los Entes Locales se funden en la noción de autogobierno. Véanse, por todos, Tony Byrne: *Local Government in Britain*, Penguin, Harmondsworth, 1981 que es ya un clásico, así como Francesco Staderin: *Diritto degli Enti Locali*, Cedam, Padua, 1998, 7ª ed.

66. En el mismo sentido, José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat: “La autonomía local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en la obra col. *La autonomía local. Análisis jurisprudencial* cit., pág. 21.

67. Hans Nawiasky: *Teoría General del Derecho* (trad. J. Zafra Valverde), Editora Nacional, México, D.F., 1980, 2ª ed., págs. 257-258.

68. Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 42.

so una Administración Local descentralizada estaría vinculada jerárquicamente a la Administración central. Situar conceptualmente el principio de autonomía por delante del principio democrático es poner a la carreta delante de los bueyes, lo que no quiere decir que, como el principio democrático es un presupuesto de todo el ordenamiento, el de autonomía local no se sitúe al comienzo de la dimensión constitucional de las Entidades Locales aunque más a efectos metodológicos que dogmáticos, como veremos más abajo<sup>69</sup>.

El elemento que sustenta esta concepción que ha hecho de la autonomía local el núcleo de la construcción dogmática del régimen jurídico de los Entes Locales es doble, con un elemento manifiesto y otro latente. El elemento manifiesto es la calificación de estos Entes como Administraciones (que lo son) y sólo Administraciones (que no lo son). No hace falta recurrir a argumentos nominalistas (“...Su gobierno y administración...”) pues una noción simple de Administración Pública conforme a la Constitución nos dice que ésta no gobierna, que está separada del Gobierno que la dirige, que es un instrumento al servicio de una política fundada en un programa de gobierno aceptado por el Congreso de los Diputados y, en fin, que los ciudadanos no elegimos por votación a los Ministros o a los Subsecretarios. En cuanto al elemento latente (que difícilmente se explicitaría) es que, por tratarse de una Administración, ésta realiza una gestión despolitizada cuando precisamente su capacidad de dirección política, de selección entre varias políticas públicas conforme a un programa de gobierno, su funcionamiento fundado en la dialéctica mayoría-oposición y hasta el control democrático que suponen las elecciones, en fin, hace de estas Entidades unos órganos con facultades de gobierno (con intereses limitados pero reales) que se valen, para la ejecución de sus políticas específicas, de una Administración que actúa con criterios y medios semejantes a las Administraciones estatal y autonómicas<sup>70</sup>. Por eso la doctrina más lúcida ha podido hablar del sistema político local<sup>71</sup>.

69. La STC 33/1993 cit., FJ 3, señala que “... uno de los aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado atañe al funcionamiento democrático de los órganos de gobierno de las Corporaciones locales...” También destacan la importancia del elemento democrático como componente básico de la autonomía municipal Alarcón García: op. cit., págs. 77 y 95-96; y Marazuela: op. cit., págs. 380-381.

70. Véase Miguel Sánchez Morón: *La autonomía local...* cit., págs. 175-178, así como Javier García Fernández: “Autonomía municipal y acción de gobierno”, cit., *in totum*.

71. Miguel Sánchez Morón: “El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación ciudadana” cit. También Mariano Baena del Alcázar: “Problemas políticos y administrativos de los municipios españoles”, en Carlos Alba y Francisco J. Vanaclocha (eds.): op. cit., págs. 301-319.

De ahí que el debate sobre el *quantum* y las modulaciones del alcance de la reserva de ley para ordenar las competencias municipales con el fin de respetar la autonomía sea bastante estéril. Y más lo es la contraposición entre garantía institucional y constitucional a lo que nos referiremos más adelante. El Derecho constitucional ha de realizar una tarea primordial cual es la de inferir de la Constitución una formulación completa del principio de autonomía local en la medida que este principio es el instrumento que posibilita la gestión de sus intereses respectivos. Esta formulación, digámoslo de entrada, no se deduce exclusivamente de los Capítulos Primero y Segundo del Título VIII pues, sin ánimo exhaustivo, se extrae de otros muchos preceptos constitucionales:

- \* el artículo 3 para el uso de las lenguas en el ámbito del régimen local;
- \* el artículo 5 dedicado al régimen municipal de la villa de Madrid;
- \* el artículo 9 relativo al sometimiento de las Entidades Locales al ordenamiento y a los principios fijados en el apartado 3 de este precepto;
- \* el artículo 11 en cuanto que la nacionalidad se puede adquirir de origen por el nacimiento en el territorio de un término municipal, territorio que entra, además, en el ámbito de opción del extranjero que adquiere aquélla, todo lo cual incide en las competencias de organización del Padrón Municipal de Habitantes<sup>72</sup>;
- \* el artículo 21 para el derecho de reunión dentro del término municipal<sup>73</sup>;
- \* el artículo 22 para la inserción del derecho de asociación en la participación en las instituciones municipales;
- \* el artículo 23 tanto para la referida participación como el acceso individual a cargos públicos locales;
- \* el artículo 24 para acceder a la tutela judicial frente a las decisiones de las autoridades locales;
- \* el artículo 25.3 sobre el alcance de la potestad sancionadora de los Entes Locales;

72. Ex artículos 15 y 17 a 28 del Código Civil.

73. Como se puede observar en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión tras su reforma por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril.

\* el artículo 26 sobre la prohibición de los Tribunales de Honor en las Entidades Locales;

\* el artículo 27 sobre la posición de los Entes Locales ante el derecho a la educación;

\* el artículo 28 en relación con el respeto de las Entidades Locales por los derechos de sindicación y de huelga;

\* el artículo 29 sobre la posición de las Entidades como destinatarias del derecho de petición;

\* el artículo 30 en cuanto las Entidades Locales pueden ser, si la Ley lo establece, Administraciones colaboradoras en la gestión del servicio militar;

\* el artículo 31 en lo que se refiere a las características del sistema tributario;

\* el artículo 32 en cuanto a las formas del matrimonio que abre, como así ha ocurrido conforme a la Ley ordinaria, nuevos campos competenciales a las Entidades municipales o, al menos, a sus órganos<sup>74</sup>;

\* los artículos 33, 37 y 38 en cuanto los derechos ahí reconocidos (de propiedad, de negociación colectiva, de conflicto colectivo y de libertad de empresa) enmarcan la acción económica y laboral de las Entidades Locales;

\* los artículos 39 a 41 y 43 a 51 que establecen principios sociales y económicos que vinculan a todos los poderes públicos y abren la posibilidad y al propio tiempo legitiman las políticas públicas locales<sup>75</sup>;

\* el artículo 54 en cuanto la referencia a la Administración (*tout court*) cuya actividad supervisa el Defensor del Pueblo parece aplicable a las Administraciones de las Entidades Locales<sup>76</sup>;

74. Artículos 49, 51, 55, 57 y 58 del Código Civil en la redacción establecida por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre.

75. Véase Quim Brugué y Ricard Gomà (coords.): *Gobiernos locales y políticas públicas. Bienestar social, promoción económica y territorio*, Ariel, Barcelona, 1998, cuyos tres apartados (políticas locales de bienestar social, políticas locales de promoción económica y políticas locales de territorio) parecen un comentario práctico, en clave local, del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución

76. Aunque la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, no contiene referencias particulares a la Administración Local, la práctica de este órgano ha extendido su supervisión a ésta.

\* los artículos 68 y 69 que fijan como circunscripción electoral a una de las Entidades Locales, a la Provincia para el Congreso de los Diputados, y a ésta y a las Islas para una parte del Senado;

\* el artículo 81 en cuanto se requiere la forma de ley orgánica para la legislación electoral general que disciplina las elecciones locales;

\* el artículo 86 en cuanto, *a contrario sensu*, proscribire la utilización del decreto-ley para ese régimen electoral local;

\* el artículo 87 por la misma interpretación *a contrario sensu* al prohibir la iniciativa legislativa popular para el régimen electoral local;

\* el artículo 103 cuyos principios fijados en el apartado 1 y cuya reserva de ley sobre la función pública *ex* apartado 3 son predicables del aparato administrativo de las Entidades Locales;

\* el artículo 105 establece reserva de ley para un conjunto de materias relativas a la actuación administrativa que abarca a las Administraciones Locales;

\* el artículo 106 que establece el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa;

\* el artículo 117.3 que, *a contrario sensu*, excluye a las Entidades Locales de toda actuación jurisdiccional (incluso la meramente ejecutiva) de lo juzgado;

\* el artículo 123 permite que se interponga ante el Tribunal Supremo el recurso de casación de las actuaciones de control jurisdiccional relativas a las Entidades Locales contempladas en el anteriormente citado artículo 106 (interpretando *a contrario sensu* lo previsto en el artículo 152.1);

\* el artículo 127 prohíbe a los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo desempeñar cargos representativos en las Entidades Locales;

\* el artículo 128.2 conforme al cual se reconoce la iniciativa local en la actividad económica;

\* el artículo 130 que obliga a todos los poderes públicos a modernizar y desarrollar los sectores económicos incluidas las zonas de montaña;

\* el artículo 132 que establece la reserva de ley para la regulación de los bienes de dominio público locales y, dirigido expresamente el precepto a las Entidades Locales, de los bienes comunales;

\* el artículo 133.2 que reconoce potestad tributaria a las Corporaciones Locales con sometimiento a la Constitución y a la ley;

\* el artículo 133.4 somete a la ley las obligaciones financieras de las Entidades Locales;

\* el artículo 134.7 que prohíbe crear tributos (en otros, locales) mediante ley de presupuestos;

\* el artículo 136 atribuye al Tribunal de Cuentas la fiscalización de las cuentas y de la gestión económica de las Entidades Locales;

\* el artículo 143 faculta a las Provincias a constituirse en Comunidades Autónomas y atribuye a Diputaciones, órganos interinsulares y Municipios la iniciativa del proceso autonómico;

\* el artículo 144 que contiene una previsión similar en supuestos más excepcionales;

\* el artículo 146 prevé que el proyecto de Estatuto será elaborado por una asamblea compuesta, entre otros, por los miembros de las Diputaciones y órganos interinsulares;

\* el artículo 148.1.2 permite atribuir a las Comunidades Autónomas competencias sobre alteraciones de términos municipales más las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre Corporaciones Locales y cuya transferencia autorice la legislación de régimen local;

\* el artículo 148.1.3 también permite atribuir a las Comunidades Autónomas competencias sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, que son materias que, conforme a la legislación sectorial y local vigente en el momento de promulgarse la Constitución, guardan estrecha relación con el régimen local;

\* el artículo 148.1.9 permite atribuir igualmente a las Comunidades Autónomas competencias sobre la gestión medioambiental, de evidentes conexiones sobre todo municipales;

\* el artículo 148.1.15 y 16 contempla atribuir a las Comunidades Autónomas competencias sobre museos, bibliotecas y patrimonio monumental, materias todas de clara conexión con las Entidades Locales;

\* el artículo 148.1.18, 19, 20 y 21 prevé la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias sobre turismo, deporte, asistencia social, sanidad e higiene, que, conforme a la legislación de régimen local vigente en 1978, poseen alcance local (municipal o provincial);

\* el artículo 148.1.22 permite atribuir a las Comunidades Autónomas la coordinación y demás facultades con relación a las policías locales en los términos de una ley orgánica;

\* el artículo 149.1.14 atribuye al Estado competencias sobre Hacienda General, lo que abarca la de naturaleza local si ponemos en relación este precepto con el artículo 142;

\* el artículo 149.1.16, al atribuir al Estado competencias sobre bases y coordinación general de la sanidad, abre la posibilidad de que la ley atribuya competencias sanitarias a las Entidades Locales;

\* el artículo 149.1.18 no precisa mayores comentarios pues desde los primeros momentos se aceptó pacíficamente que entre las Administraciones Públicas a que se refiere este precepto estaban todas las Administraciones Locales;

\* el artículo 149.1.21 atribuye al Estado la competencia sobre tráfico y circulación de vehículos de motor, competencia que, conforme a la legislación vigente al promulgarse la Constitución, permite atribuir ciertas funciones a las Entidades Locales, especialmente a las municipales;

\* el artículo 149.1.23 cuyo contenido medioambiental, igual que decíamos respecto el artículo 148.1.9, permite que la legislación configure competencias locales sobre el medio ambiente;

\* el artículo 149.1.29 que se refiere a la seguridad pública y que, al igual de los números que estamos viendo en el artículo 149.1, permite configurar competencias de las Entidades Locales que ya estaban reguladas antes de entrar en vigor la Constitución;

\* el artículo 150, en su triple contenido de leyes marco, leyes orgánicas de transferencia y delegación, y leyes de armonización permite, en sentido descendente o ascendente, transferir, delegar, armonizar o establecer el marco estatal de las materias que hemos citado a propósito de los artículos 148 y 149;

\* el artículo 152.3 autoriza a los Estatutos de Autonomía a establecer circunscripciones territoriales propias que evidentemente tienen naturaleza de Entidades Locales<sup>77</sup>.

Esta relación de preceptos constitucionales puede parecer demasiado extensa o incluso “inflada” pero está elaborada exclusivamente con aquellos artículos que en la Constitución aluden expresamente a las Entidades Locales<sup>78</sup> o bien con aquéllos que contemplan o contienen materias que, conforme a la legislación vigente al entrar en vigor la Constitución o, incluso, conforme a la legislación histórica de régimen local, estaban atribuidas a Municipios y Provincias.

Con este elenco de artículos, ¿cómo es posible sostener que la Constitución no aporta una noción de autonomía local y que esta noción es sólo de configuración legal, como suele señalar el Tribunal Constitucional?. Mucho más determinada está la noción de autonomía local a partir de su inferencia constitucional que muchos de los derechos fundamentales cuyo núcleo esencial ha tenido que acabar configurando el propio Tribunal Constitucional. Y está muy determinada porque la Constitución establece, no sin precisión, cuales son los intereses que corresponden a las Entidades Locales, intereses que gestionan con autonomía como dice el último inciso del artículo 137 de la Constitución. Así lo ve Morell Ocaña cuando afirma que la dotación de un contenido preciso a la autonomía local se realiza mediante el otorgamiento de unos poderes que se expresan en forma de competencias administrativas<sup>79</sup>. Lo que ocurre es que para extraer el contenido constitucional de la autonomía local la mayoría de la doctrina se queda en los artículos 137 y 140 a 142 y eso da una visión limitada y reduccio-

77. Artículo 37 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, artículos 27.2 y 40.1 del Estatuto de Autonomía para Galicia, etc.

78. Un autor que expresamente cita otros varios preceptos constitucionales que inciden en la autonomía local es José Luis Carro Fernández-Valmayor: “El debate sobre la autonomía municipal”, *Revista de Administración Pública*, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, págs. 60-61. Esta interpretación del principio de autonomía local no limitada a los artículos 137 y 140 a 142 está también apuntada, aunque de pasada en el trabajo de Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urríes “Aspectos institucionales de la autonomía local”, en la obra col. *La autonomía local. Análisis jurisprudencial* cit., págs. 53-54.

79. Luis Morell Ocaña: op. cit., pág. 58.

nista<sup>80</sup>. Aunque hay autores que de estos escasos artículos extraen consecuencias concretas para sentar las bases de algunos de los elementos fundamentales del régimen local como, por ejemplo, Ortega Álvarez para las competencias<sup>81</sup>.

En consecuencia, si la Constitución, al aportar una noción amplia de las Entidades Locales, de sus intereses (y por ende, de sus competencias) aporta, en paralelo, una noción igualmente amplia de autonomía local, este principio no está sometido, en un primer grado, a la configuración legal ni la ley está llamada a fijar el *quantum* de autonomía local, como suele afirmarse<sup>82</sup>. La misión de la Ley es traducir normativamente el principio fijando:

\* qué organización es más respetuosa con la autonomía definida en la Constitución;

\* qué competencias permiten el ejercicio pleno de la autonomía para asegurar la efectividad de sus intereses;

\* qué tipo de relaciones jurídicas pueden desarrollar con el Estado y con las Comunidades Autónomas para hacer efectivo el principio,

\* qué procedimientos respetan más la posición preeminente del Estado o de las Comunidades Autónomas a fin de asegurar el ejercicio de las competencias del uno o de las otras;

\* con qué medios financieros y materiales pueden contar las Entidades Locales para gobernar y administrar con plena autonomía.

80. Tiene razón en parte Javier García Roca cuando afirma que “el carácter escueto y elástico de los preceptos constitucionales sobre la autonomía local ha constituido un pretexto para no extraerles toda su eficacia normativa” (“El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 282, enero-abril 2000, pág. 34) y digo en parte porque, como hemos visto, de la Constitución se desprenden muchos más elementos configuradores de la autonomía local de lo que aparece a primera vista.

81. “Son, como vemos, un conjunto de elementos constitucionales expuestos [se refiere a los artículos 133.2, 137, 140 y 142] que ponen las bases de una construcción del régimen constitucional de las competencias locales” (Luis Ortega Álvarez: “Las competencias como paradigma de la autonomía local”, *Justicia Administrativa*, núm. extra., 2000, pág. 35). Este autor matiza así su posición anterior (*El régimen constitucional de las competencias locales*, Instituto Nacional de Administración Local, Madrid, 1988, págs. 15-17) donde señalaba la pobreza del tratamiento constitucional de las competencias.

82. “No es una autonomía en el marco de la ley, es una autonomía en el marco del bloque de la constitucionalidad” (Javier García Roca: “El concepto actual... cit., pág. 36).

Determinar estos extremos es la función de la ley pero esta determinación parte de la configuración que la Constitución ha establecido acerca de lo que es la autonomía local. Por eso puede decirse, como conclusión, que la Constitución contiene una noción precisa y relativamente amplia de la autonomía local y que esa noción es previa a la ley<sup>83</sup>, la cual viene a servirla y a desarrollarla, nunca a recrearla, lo que obliga a matizar lo que apuntó en su momento el propio Tribunal Constitucional, como por ejemplo y a modo de resumen de otras muchas, la sentencia 170/1989, de 19 de octubre, donde se afirma “la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal”<sup>84</sup> ya que el contenido aparece bastante determinado en la Constitución. Es más, la ley está limitada y no podría arrogarse la función de extender o limitar el alcance real de la autonomía local so pretexto de la indeterminación conceptual de la Constitución<sup>85</sup> porque la autonomía es un instrumento al servicio (y para la garantía) de los intereses propios como bien señala el segundo y último inciso del artículo 137 de la Constitución<sup>86</sup>.

### ***5. El núcleo de la regulación constitucional de las entidades locales***

De ello resulta, descendiendo un poco más en el contenido local de la Constitución, que el núcleo de la regulación constitucional de las Entidades Locales no es la autonomía sino los intereses propios garantizados por medio de la autonomía, en donde lo sustantivo son los intereses y lo instrumental es la autonomía. Luego, la función de la ley no es tanto concretar el principio sino definir esos intereses que los Entes Locales tienen ya atribuidos por la Constitución. Ciertamente que la noción de intereses respectivos o propios es un concepto indeterminado como apuntó el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/1981, pero es más difícil compartir con el Tribunal que esa indeterminación sólo permite orientar al legislador<sup>87</sup> ya que la orientación del legislador viene de

83. “Quiere, en especial, decirse que es la Constitución –y no la ley– quien directamente esboza el ámbito de un ente territorial, la función principal y algunas características y deja a la ley su concreción o desarrollo” (Javier García Roca: “El concepto actual... cit., pág. 36).

84. STC 170/1989, de 19 de octubre, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/1985, de 23 de enero, de la Asamblea de Madrid, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, Ponente: Gimeno Sendra, FJ 9 (J.C., t. 25, págs. 274-296). En la misma concepción, STC 46/1992, de 2 de abril, cit. Y antes en la STC 4/1981, de 2 de febrero cit., FJ 3.

85. Cuestión similar se ha planteado en Italia respecto a la relación Constitución/Ley como se ve en el breve trabajo de Elisabetta Lamarque: “Consideración sulla ‘forma’ della legge italiana sugli enti locali”, en el vol. col. *Autonomie locali in Germania e in Italia*, Giuffrè, Milano, 1998, págs. 145-152.

86. Sobre el alcance de estos intereses, véase José Luis Rivero Ysern: op. cit., págs. 52-54.

87. STC 37/1981, de 16 de noviembre, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/1981, de 12 de febrero, del Parlamento Vasco, sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías, Ponente: Rubio Llorente, FJ 1 (J.C., t. 2, págs. 293-322).

numerosos preceptos constitucionales de modo que no se da el esquema siguiente:

concepto constitucional indeterminado → legislador,

sino la siguiente secuencia que es algo más compleja:

conceptos constitucionales determinados → (se resumen en un) concepto constitucional genérico (pero no indeterminado) → legislador.

Queda sin embargo una objeción que puede presentarse: si el principio de autonomía local tiene naturaleza doblemente subordinada (porque trae causa del principio democrático y porque es un instrumento al servicio de los intereses propios de las Entidades Locales) ¿por qué en el presente trabajo lo presento, junto al sistema de fuentes, como fundamento constitucional básico del Derecho local?. Porque es el primer fundamento específico del Derecho local, esto es:

\* el principio democrático recubre todos los órganos e instituciones creadas por la Constitución de modo que no puede ser el fundamento de un órgano o institución concreta al serlo de todas<sup>88</sup>;

\* los intereses locales a que alude el artículo 137 si bien son específicos de las Entidades Locales no van necesariamente conectados al principio democrático, de modo que la Administración Local de un Estado autoritario también tiene atribuidos ciertos intereses propios<sup>89</sup>;

\* por ende el principio de autonomía es la forma jurídica concreta que permite conectar principio democrático e intereses de las Entidades Locales.

88. Sobre el principio democrático véase el magistral trabajo de Carlo Lavagna “Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici”, recogido en sus *Problemi giuridici delle istituzioni*, Giuffrè, Milán, 1984, págs. 3-33. Y para el ordenamiento español, Manuel Aragón Reyes: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, *in totum*.

89. Por ejemplo, en la Base Primera de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 se decía: “Corresponden a los Municipios y a las provincias, por medio de sus órganos representativos, el gobierno y dirección de los intereses peculiares de su territorio...”. Y el artículo 5 del Texto Articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 se iniciaba de la siguiente manera: “Los Ayuntamientos y las Diputaciones provinciales son Corporaciones a las que corresponde el gobierno y administración de los intereses públicos peculiares de su territorio...”.

Luego, es el carácter instrumental y no sustantivo de la autonomía local lo que paradójicamente convierte a ésta en uno de los fundamentos de la constitucionalización del Derecho local. De ahí que sea innecesaria la polémica acerca de si está dotada de una garantía institucional o constitucional pues el principio de autonomía local no sólo está recogido en la Constitución sino que hay muchos preceptos constitucionales, como hemos visto más arriba, que configuran el ámbito de los intereses locales propios y es sobre ese ámbito sobre el que planea, para su adecuada gestión, el principio de la autonomía. Y ese es el ámbito atribuido a la ley, el de ordenar conforme a técnicas jurídicas el alcance de los intereses locales y fijar los procedimientos para su gestión autónoma.

Con lo dicho no pretendo criticar la posición de alguna doctrina (Aja, García Morillo, García Roca)<sup>90</sup> que se inclinan por la noción de garantía constitucional antes que la discutible noción de garantía institucional. Creo que estos autores han contribuido positivamente a salir del campo “institucionalista-schmittiano” en el que alguna doctrina y el propio Tribunal Constitucional encerraron al principio de autonomía local con lo que vinieron a desconstitucionalizarlo. Pero, cumplido correctamente este cometido, ¿qué sentido tiene mantenerlo en la actualidad?. ¿Tiene sentido hablar de una garantía constitucional de las Comunidades Autónomas o del Gobierno por temor a que la Ley, ordinaria u orgánica, desvirtúe aquéllas o éste?<sup>91</sup>.

La autonomía local es un principio constitucional bien determinado en la Constitución y una Ley que desvirtuara o mermara su alcance sería pura y llanamente inconstitucional no por causa de ninguna declaración expresa de garantía sino por vulnerar la Constitución<sup>92</sup>. Hay que recordar a este respecto que Mortati, asumiendo toda la doctrina anterior que había trabajado sobre la noción

90. Eliseo Aja: op. cit.; Joaquín García Morillo: op. cit.; y Javier García Roca: “El concepto actual...” cit. Un constitucionalista que, en principio, se alinea con la doctrina de la garantía institucional pero que alude luego a la garantía constitucional es Manuel Aragón Reyes: “El tratamiento constitucional de la autonomía local”, en la obra col. *Organización territorial del Estado (Administración Local)* cit, vol. II, pág. 486.

91. Por eso la somera referencia al constitucionalismo histórico, extranjero y español, del apartado segundo de este trabajo. ¿Es concebible que una materia tan constitucionalizada como el Gobierno necesite una especial garantía?

92. En el trabajo de Javier García Roca, “El concepto actual...” cit., se conecta la Constitución con la Carta Europea de Autonomía Local (págs. 45-48) para añadir un criterio hermenéutico para una interpretación constitucionalmente adecuada del principio de autonomía local. Pero me parece una extensión inadecuada pues si bien puede ser un criterio orientador para el legislador no puede serlo para el interprete constitucional que no está condicionado por un Tratado internacional salvo (relativamente) los contemplados por el artículo 93 de la Constitución.

de garantía constitucional (especialmente Galeotti) afirmaba: “*tutto l’ordine giuridico ha..., questa funzione de garanzia; ed in particolare ogni istituto è congegnato, nella struttura e nel funzionamento, in modo de prevenire possibilità di deviazioni dalle finalità cui è indirizzato*”<sup>93</sup>, agregando que esa finalidad de garantía informa todos los institutos que establece la Constitución: separación de poderes, bicameralismo, renovación periódica de los cargos públicos, que normalmente poseen, más específicamente, una garantía jurisdiccional por medio de la jurisdicción constitucional. Por eso, una vez rebasada la noción de garantía institucional no tiene sentido sustituir un adjetivo por otro. Como instituto fijado en la Constitución, la autonomía local tiene la misma garantía que el sufragio universal, la iniciativa legislativa del Gobierno o la Regencia y no se nos ocurre hablar de la garantía constitucional de estas instituciones. En definitiva, a mi entender, la expresión garantía constitucional sólo quiere decir que la autonomía local ha de tener una garantía jurisdiccional en sede del Tribunal Constitucional<sup>94</sup>, lo cual iba de suyo pues, como decía Virga, toda violación de la Constitución constituye un ilícito contra el que el ordenamiento debe reaccionar con las sanciones adecuadas<sup>95</sup>. Y si descendemos un poco más y nos vamos a la muy completa taxonomía que hizo Lavagna<sup>96</sup>, llegamos a una conclusión similar, la autonomía local sería una garantía explícita, directa y de observación... como otras similares que contiene la Constitución.

Por eso, cuando la Constitución afirma en su artículo 140 que “La Constitución garantiza la autonomía de los municipios” está introduciendo, más que una especial garantía constitucional para el principio de autonomía, una afirmación de pleno contenido histórico para remachar que el texto constitucional se inclina del lado de las Constituciones progresistas españolas que reconocían la posición política autónoma del Municipio.

Y por ello también tiene pleno sentido (más allá de la forma procesal concreta) un procedimiento que en sede de Tribunal Constitucional venga a defender la autonomía local pues lo que realmente está en juego es un sistema de distribución de competencias que, por intermediación de la ley, viene a fijar el alcance jurídico preciso de los intereses locales<sup>97</sup>, lo que carecía de específica

93. Costantino Mortati: *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padua, 1976, 9ª ed., t. II, pág. 1223.

94. Sobre esa garantía en sede de Tribunal Constitucional, véase Pablo Pérez Tremps: *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Diputació de Barcelona-Marcial Pons Ed., Madrid, 1998, págs. 21-24.

95. Pietro Virga: *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1979, 9ª ed., pág. 513.

96. Carlo Lavagna: *Istituzioni...* cit., págs. 474-478.

97. Sobre las insuficiencias del ordenamiento para defender la autonomía local con anterioridad a la

garantía en sede de Tribunal Constitucional. El nuevo Capítulo IV del Título IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>98</sup> viene a defender, pues, no un instrumento como la autonomía sino unas competencias que traen causa de los intereses locales que la Constitución describe y la ley desarrolla y eventualmente conculca<sup>99</sup>. Lo cual, a su vez, nos lleva al tema del parámetro de control. A mi entender, y situándonos a medio camino entre las posiciones que ponen a la Constitución como canon de inferencia y las que lo extienden a la ley ordinaria, especialmente la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>100</sup>, considero que es la Constitución la que puede aportar el parámetro de control en la mayoría de los casos<sup>101</sup> si bien cuando ésta no pueda aportarlo habrá que acudir a la ley ordinaria, y muy especialmente a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>102</sup> y ello porque, como estamos tratando de explicar, la

Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, véase José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat: “La autonomía local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, págs. 40-41. Igualmente, Tomás Font I Llovet: “El recurso de protección constitucional de la autonomía local”, en la obra col. *Defensa de la Autonomía Local ante el Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, págs. 89-93. Por último, Jorge Rodríguez-Zapata: “Autonomía local y procesos jurisdiccionales: el problema de la legitimación”, en *Anuario del Gobierno Local*, Diputació de Barcelona-Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 259-290.

98. Sobre la historia de esta reforma, sus antecedentes doctrinales y su régimen jurídico, véase Manuel Pulido Quecedo: *La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el Conflicto en Defensa de la Autonomía Local*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, especialmente págs. 23-36. Igualmente tiene interés el dictamen de Javier García Roca “Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional: ¿es factible un conflicto local e indirecto contra leyes?”, en la obra col. *Defensa de la Autonomía Local ante el Tribunal Constitucional* cit., págs. 15-53. Y para su régimen jurídico, también de Javier García Roca: “El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local”, *Justicia Administrativa*, núm. extra., 2000, págs. 5-32, así como Pérez Tremps: op. cit.; José María Porras Ramírez: “El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, julio-septiembre 2000, págs. 373-387, y del mismo Porras Ramírez: *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 2001. También hay un buen compendio del nuevo procedimiento en Manuel Lanusse Alcover: “El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local”, en Remedios Ferrero Micó (coord.): *Autonomía Municipal en el mundo mediterráneo*, Fundación Profesor Manuel Broseta – Corts Valencianes, Valencia, 2002, págs. 287-309.

99. En el mismo sentido, Pulido Quecedo: op. cit., págs. 42-43.

100. Para un resumen de tales posiciones doctrinales, Pulido Quecedo: op. cit., págs. 52-57.

101. En contra, la posición sostenida por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 27/1987, de 27 de febrero, Pleno, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/1983, de 4 de octubre, de las Cortes Valencianes, por la que se declaran de interés general para la Comunidad Valenciana determinadas funciones propias de las Diputaciones Provinciales, Ponente: Begué Cantón, FJ 4 (*J.C.*, t. 17, págs. 283-309).

102. A ello parece apuntar, sin embargo, la STC 11/1999, de 11 de febrero, Pleno, cuestión de inconstitucionalidad en relación a determinados preceptos de la Ley 3/1987, de 8 de abril, de la Junta General del Principado de Asturias, de Disciplina Urbanística, Ponente: Mendizábal Allende, FJ 2 (*J.C.*, t. 53, págs. 95-122). Sin embargo, esa idea someramente apuntada se desvía a continuación para analizar la confrontación o coextensión de los artículos 137 y 149.1.48 de la Constitución.

Constitución aporta una noción de intereses-competencias-autonomía locales bastante más amplia de lo que suele creerse y, en segundo lugar, porque si admitimos la naturaleza instrumental de la noción de autonomía, ésta sólo adquiere cuerpo en conexión con los intereses locales a los que sirve.

En conclusión, el principio de autonomía local está subordinado al principio democrático, que lo antecede, y sirve para conectar a aquél con la noción de intereses que precede a las competencias específicas que ejercitan las Entidades Locales. Y, en segundo lugar, es un principio bastante perfilado por la propia Constitución por lo que no es de configuración legal pues, en contra de lo que creen algunos que han visto en la relación autonomía local-ley una de las peculiaridades constitucionales (y por ende, definitorias) del régimen local, este fenómeno se da también en otros muchos campos del Derecho constitucional, concretamente los que se refieren a los principios rectores de la política social y económica cuya concreción (instrumentos de realización para su reconocimiento efectivo, garantías, alcance de la intervención de los poderes públicos, etc.) se ha de efectuar a través de la ley con la particularidad de que la ley está predefinida por la formulación constitucional de tales principios que han de servir, a pesar de su aparente indeterminación, de parámetro a la constitucionalidad de aquélla. En definitiva, la ley tiene que hacer efectivos esos principios pero no es libre ni discrecional para proceder a su concreción<sup>103</sup>.

103. Así lo ha visto, para el caso del Patrimonio Histórico *ex* artículo 46 de la Constitución, Gerardo Ruiz-Rico: “La disciplina constitucional del Patrimonio histórico en España”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 4, 2000, págs. 29-76.

---

---

## II. NOTAS

---

---

### SUMARIO

• **Alberto Anguita**, *“La descentralización del Estado social y la consolidación de los comisionados parlamentarios autonómicos”*

---

• **F. Javier Díaz Revorio**, *“La situación de los medios de comunicación social en Castilla-La Mancha”*

---

• **Ana Valero Heredia**, *“Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio, en el Caso de los Testigos de Jehová”*



# LA DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y LA CONSOLIDACIÓN DE LOS COMISIONADOS PARLAMENTARIOS AUTONÓMICOS<sup>1</sup>

*Alberto Anguita Susi*

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional  
Universidad de Jaén*

## SUMARIO

*I. Introducción.*

*II. El Estado Social descentralizado y los comisionados Parlamentarios Autonómicos.*

*III. La defensa de los derechos sociales por los comisionados parlamentarios autonómicos.*

*1. La supervisión de la Administración.*

*2. El control del Legislativo.*

*IV. Conclusión.*

1. Este trabajo tiene su base en la comunicación presentada a las VII Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha: "El Defensor del Pueblo en Castilla-La Mancha", celebradas en Cuenca los días 4 y 5 de marzo de 2003 y organizadas por la Universidad de Castilla-La Mancha.

## I. Introducción

La progresiva implantación del *Ombudsman* escandinavo en distintos sistemas políticos no ha impedido que conserve los siguientes rasgos identificadores<sup>2</sup>: a) Es elegido por el Parlamento, al que está obligado a rendir cuentas de su gestión; b) Es una magistratura de persuasión encargada de supervisar y denunciar públicamente la actuación irregular de la Administración; y c) Los ciudadanos acceden directamente a la Institución mediante la queja.

Los trabajos parlamentarios que sirvieron para redactar el art. 54 de la Constitución y la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo<sup>3</sup>, ponen de manifiesto que el *Ombudsman* sueco fue el punto de referencia para instaurar el Defensor del Pueblo en España. No obstante, convendría matizar la influencia de este modelo.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que a diferencia del *Ombudsman*, cuyo origen es liberal, el Defensor del Pueblo surge en el contexto de un Estado intervencionista que viene a ratificar la ineficacia de los mecanismos diseñados por el liberalismo para controlar la actividad administrativa. Esta circunstancia, unida a los inconvenientes que presenta el sistema judicial a la hora de proteger los derechos de los ciudadanos, explica la aparición de esta Institución en nuestro ordenamiento jurídico<sup>4</sup>.

En segundo lugar, cabe señalar que mientras el *Ombudsman* fue ideado para supervisar la actuación de la Administración pública, el Defensor del Pueblo utiliza esta supervisión como instrumento para defender los derechos fundamentales y libertades públicas, tal y como se desprende del art. 54 de la Constitución,

2. Al respecto, puede verse a Pellón Rivero R., "La metamorfosis del *Ombudsman*", en *Revista Documentación Administrativa*, nº 161, septiembre-octubre, 1974; Oehling Ruiz H., "El Defensor del Pueblo: algunos problemas de su adaptación orgánico-funcional", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 72, abril-junio, 1991; y Carballo Armas P., "Mito y realidad de la *ombudsmanía*: una reflexión a propósito del *Parliamentary Commissioner* británico y el *Mediateur* francés", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 47, 1999.

3. Sirvan como ejemplo las intervenciones, recogidas en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 127, de 11 de noviembre de 1980, del Sr. Aguilar Moreno, del Grupo andalucista, y del Sr. Vizcaya Ratana, del Grupo vasco (págs. 7.949 y 7.960).

4. Para tener una panorámica visión sobre este tema consúltese a Sánchez Morón M., *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Espasa Calpe, Madrid, 1991; Pitarch I.E., "El *Ombudsman* en el Estado intervencionista", en AAVV., *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Labor, Madrid, 1978; y López Basagurena y Maestro Buelga G., *El Ararteko*, IVAP, Oñati (Guipúzcoa) 1993, págs. 19 a 33.

de su ubicación dentro del Capítulo IV del Título I<sup>5</sup> y de la legitimación de esta Institución para interponer recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, conforme al art. 161.1 b) de la Constitución<sup>6</sup>.

La implantación del Defensor del Pueblo es una muestra de que el constituyente quiso reforzar el sistema de protección de los derechos fundamentales y acabar con una situación preconstitucional basada en una fuerte estructura centralizada de la Administración y en unos hábitos característicos de un régimen no democrático. La recepción constitucional del *Ombudsman*, por tanto, no obedece a un intento del constituyente de adherirse al fenómeno conocido como “ombudsmanía” sino a una firme voluntad de hacer frente a los problemas y necesidades estructurales que derivan del Estado social y democrático de Derecho<sup>7</sup>.

## ***II. El Estado Social descentralizado y los comisionados Parlamentarios Autonómicos***

Pese a las propuestas formuladas por algunos parlamentarios durante el debate constitucional para que el art. 54 de la Constitución previera la obligada presencia de figuras similares al Defensor del Pueblo en el ámbito autonómico, el constituyente silenció esta cuestión dejando implícitamente en manos de las Comunidades Autónomas su futura implantación. Sin embargo, lo que

5. El art. 54 también hace claras alusiones a la parte orgánica de la Constitución cuando define al Defensor del Pueblo como un alto comisionado de las Cortes Generales que puede supervisar la Administración pública. Vid. Bassols Comam, “Inserción del Defensor del Pueblo en el sistema constitucional”, en AAVV., *El Fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano*, CICODE-Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 1999, pág. 195.

6. Atendiendo a estos datos, cabe afirmar que el constituyente español también tuvo en cuenta al *Provedor de Justiça* portugués, figura que es definida por el art. 1 de la Ley 9/1991, de 9 de abril, publicada en desarrollo del art. 23 de la Constitución portuguesa, como “(...) un órgano del Estado elegido por la Asamblea de la República, que tiene como principal función la defensa y promoción de los derechos, libertades, garantías e intereses legítimos de los ciudadanos, asegurando, a través de medios informales, la justicia y la legalidad en el ejercicio de los poderes públicos”. Sobre la influencia de esta figura en el sistema español se ha pronunciado Vera Padial M., “Notas sobre la adaptación del *Ombudsman* en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas”, en *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, nº 19, diciembre, 1994, pág. 13.

7. Vid. Cascajo Castro J.L., “Los defensores del Pueblo en el Estado social y democrático de Derecho: una perspectiva teórica”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 24, mayo-agosto, 1989; Ruíz-Giménez Cortés J., “El Defensor del Pueblo como Institución constitucional, como problema y como utopía”, en AAVV., *Las Cortes Generales* (Volumen I), Ministerio de Economía y Hacienda-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987; y Pitarch I. E., “El *Ombudsman* en el Estado intervencionista”, op. cit. pág. 420.

comenzó siendo una opción propia del ejercicio del derecho de autonomía, bajo la que subyace una voluntad de completar y perfeccionar el autogobierno<sup>8</sup>, con el paso del tiempo se ha convertido en una “necesidad estructural” del sistema autonómico<sup>9</sup>.

La importancia de los Comisionados parlamentarios radica en el grado de desarrollo competencial, normativo y administrativo alcanzado por el Estado autonómico<sup>10</sup>. Frente a una etapa inicial caracterizada por la reivindicación de las competencias formales expresamente previstas en el Título VIII de la Constitución, las Comunidades Autónomas se ven obligadas en la actualidad a afrontar, mediante el ejercicio de una serie de “competencias autonómicas implícitas”, los problemas que derivan del Estado social. El complejo organizativo e institucional necesario para hacer frente a las demandas sociales ha ido descentralizándose hasta tal punto que la mayoría de las prestaciones y servicios públicos son gestionados por las Comunidades Autónomas (“Estado social autonómico”)<sup>11</sup>.

La actuación de las Comunidades Autónomas en este ámbito encuentra fundamento asimismo en una serie de cláusulas estatutarias programáticas o directivas con las que se persigue<sup>12</sup>: promocionar una efectiva igualdad para ciertos

8. Véanse las Exposiciones de Motivos de la Ley del Valedor del Pueblo gallego, del Síndic de Greuges valenciano y del Defensor del Pueblo andaluz.

9. En este sentido se pronuncian Sánchez Ferriz R., “El Síndic de Greuges. Consideraciones sobre la significación actual de una institución necesaria para la efectividad de los derechos y libertades”, en *Revista Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 5, 1998, pág. 25; y Visiedo Mazón F.J., *El Defensor del Pueblo en el ámbito de las Comunidades Autónomas*, Tesis inédita, Universidad de Valencia, 1983, pág. 12.

10. Esta idea se recoge en las Exposiciones de Motivos de la Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, así como de la Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de La Rioja, en virtud de las cuales se introduce una figura similar al Defensor del Pueblo en estas Comunidades. Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha señala: “El desarrollo del Estado de las Autonomías, la complejidad del mismo, el incremento sustancial de la actividad administrativa de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, especialmente tras producirse las transferencias en materia educativa, y el futuro traspaso de la Asistencia Sanitaria, hacen necesario que la ciudadanía tenga cercana una Institución que vele por el fiel cumplimiento de las funciones de la Administración pública autonómica”. Sobre el origen de esta Ley véase a Díaz Revorio F.J., “Antecedentes y perspectivas para un Defensor del Pueblo en Castilla-La Mancha”, en *Anuario Parlamento y Constitución*, nº 1, 1997.

11. Vid. Solozábal Echavarría J.J., “El Estado social como Estado autonómico”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, 1<sup>er</sup> semestre, 1999; y Porras Nadales A., “Estado social y Estado Autonómico”, en AAVV., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico* (Volumen II), Tecnos, Madrid, 1997.

12. En opinión de Solozábal Echavarría, estas cláusulas señalan los objetivos de actuación de los poderes públicos y “especifican los propósitos promocionales constitucionales, acomodándolos a la

colectivos sociales desfavorecidos; superar los desequilibrios internos de carácter territorial entre áreas geográficas de la Comunidad Autónoma que repercuten directamente en los niveles económicos, sociales y culturales de zonas subdesarrolladas; y conseguir algunos fines básicos del Estado social, como el pleno empleo y el acceso a la educación<sup>13</sup>.

El desarrollo de las cláusulas que acaban de mencionarse, unido a la voluntad legítima de las Comunidades Autónomas de superar los niveles mínimos de protección social para todo el territorio nacional que asegura el art. 149.1.1º de la Constitución<sup>14</sup>, ha dado pie a la aparición de una “nueva ‘centralidad prestacional’, situada ahora en las coordenadas funcionales de los organismos subestatales”<sup>15</sup>. Este hecho hace imprescindible la articulación de una serie de mecanismos que, como los Comisionados parlamentarios autonómicos, canalicen las demandas sociales frente a las actuaciones intervencionistas que, en respuesta a las mismas, deben generar los poderes públicos autonómicos<sup>16</sup>.

experiencia histórica de la Comunidad respectiva, su realidad sociológica o su propia idiosincrasia, rebajando la indeterminación de aquéllas y estableciendo un nivel intermedio entre la generalidad de las normas constitucionales de este tipo y la concreción de la articulación de un programa de gobierno”. (“El Estado social como Estado autonómico”, op. cit. pág. 68). Sobre el alcance de estas disposiciones puede consultarse a Ruiz-Rico Ruiz G., “El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, mayo-agosto, 2002; y Lucas Murillo de la Cueva P., “Normas programáticas, Estatutos y Autonomía Comunitaria”, en *Revista de Derecho Político*, nº 21, 1984.

13. Dentro del primer grupo de cláusulas se incluyen los arts. 12.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; 4.3 y 4.4 b) del Estatuto de Castilla-La Mancha; 4.2 del Estatuto de Galicia; 6 del Estatuto de Cantabria; 7.2 y 9.2 d) y e) del Estatuto de La Rioja; 5.2 del Estatuto de Canarias; 8.2 del Estatuto de Castilla y León; 8.2 del Estatuto de Cataluña; 1.3 y 7.4 del Estatuto de la Comunidad de Madrid; 2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; 9.2 b) y e) del Estatuto de Murcia; y 6.2 b) del Estatuto de Aragón. En el segundo grupo caben mencionar los arts. 12.3.7º, 9º y 11º del Estatuto de Andalucía; 9.2 f) del Estatuto de Murcia, 6.2 c) del Estatuto de Aragón; 5.2 del Estatuto de Canarias y 14.1 del Estatuto de Extremadura. En el último grupo se encuentran los arts. 12.3.1º, 2º y 4º del Estatuto de Andalucía; 4.4 c) del Estatuto de Castilla-La Mancha; 9.2 b) y c) del Estatuto del País Vasco; 9.2 b) y c) del Estatuto de Asturias; 7.3 del Estatuto de La Rioja; 5.2 del Estatuto de Canarias; 4.3 del Estatuto de Galicia y 9.2 c) del Estatuto de Murcia.

14. El art. 14.1 del Estatuto de Extremadura establece que las “Instituciones de gobierno tendrán como objetivo primordial promover, con el apoyo necesario del Estado, las condiciones favorables para el progreso social y económico en la región y velarán por la consecución de un equilibrio económico adecuado y justo con respecto al resto de las Comunidades del Estado español, cifrado en un nivel y calidad de vida para todos los que viven y trabajan en Extremadura igual, como mínimo, a los valores medios alcanzados en el resto de España”.

15. Ruiz-Rico Ruiz G., “El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía”, op. cit. pág. 22.

16. Porras Nadales A., “La posición estatutaria del Defensor del Pueblo Andaluz”, en AAVV., *Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz*, Serie Documentos, nº 3, Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2002, pág. 19. La Exposición de Motivos de la Ley del Defensor

### ***III. La defensa de los derechos sociales por los comisionados parlamentarios autonómicos***

Frente a los importantes mecanismos de protección que recaen sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de naturaleza civil y política, los denominados derechos sociales, económicos y culturales carecen de instrumentos de tutela parangonables; lo cual representa un obstáculo para poder afirmar su plena eficacia jurídica. Estos derechos, aparte de estar supeditados tanto a las decisiones políticas y legislativas como a las circunstancias económicas y presupuestarias de cada momento, son además difícilmente justiciables<sup>17</sup>. No obstante, hay que tener en cuenta que algunas de estas características se predicen asimismo de algunos derechos fundamentales y libertades públicas, como la educación. Asimismo, los derechos económicos y sociales engendran obligaciones negativas para los poderes públicos<sup>18</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, los Comisionados parlamentarios autonómicos pueden funcionar como un importante mecanismo de tutela de estos derechos debido a sus dotes persuasivas y a su capacidad para promocionar, en el ámbito autonómico, los fines que propugna el Estado social.

Para cumplir los objetivos sociales marcados por los Estatutos de Autonomía es fundamental la actuación de los Ejecutivos, del entramado administrativo que lo apoya y de los Parlamentos autonómicos, los cuales van a encargarse de dinamizar normativamente y de corregir, mediante los mecanismos de control parlamentario, las políticas sociales diseñadas por dichos Ejecutivos. La labor de los Comisionados autonómicos va a centrarse, en este sentido, en propugnar las reformas legales necesarias y en garantizar que la actuación administrativa se atenga a los preceptos constitucionales y estatutarios que inspiran esta materia.

del Pueblo castellano-manchego señala que esta figura “surge con voluntad de atención globalizadora de las necesidades y demandas de la población de la Región, teniendo en cuenta, además, que nuestra sociedad considera valores fundamentales y derechos elementales los que se derivan de la configuración del Estado de Bienestar, y muy particularmente, los que se corresponden con la educación y la salud. El incidir sobre los mismos para que la prestación de estos servicios se haga con la mayor de las garantías y un alto nivel de responsabilidad es sin duda muy importante, tanto para los que gozan del derecho de ciudadanía como para aquellos que se encuentran en situaciones de desamparo”.

17. Vid. Ferrajoli L., *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999; y Abramovich V. y Courtis C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

18. Como apunta B. González Moreno, “cada derecho fundamental muestra una faceta de libertad, otra de participación y otra de prestación, porque todos los derechos fundamentales pueden examinarse a la luz de cada uno de los principios definidores del Estado social y democrático de Derecho que carac-

### 1. La supervisión de la Administración.

Pese a que el Defensor del Pueblo estatal es el único habilitado para supervisar los tres niveles administrativos, las leyes autonómicas han extendido el ámbito de actuación de sus respectivos Comisionados parlamentarios autonómicos más allá de la supervisión de la Administración autonómica<sup>19</sup>.

Algunas de estas leyes permiten la supervisión de la Administración local siempre que ésta actúe en materias de competencia autonómica. Otras, en cambio, restringen dicha supervisión a las materias transferidas o delegadas por la Comunidad Autónoma a la Administración local<sup>20</sup>. Con independencia de esta distinción, lo cierto es que en la práctica los Comisionados autonómicos gozan de un considerable margen de actuación para procurar que la Administración local preste al ciudadano los servicios públicos correspondientes.

Otro grupo de leyes establecen que los Comisionados pueden dirigirse a toda clase de autoridades, organismos y funcionarios dependientes de la Administración periférica<sup>21</sup>. No obstante, en la sentencia 142/1988, de 12 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el gobierno central contra el art. 2.1 de la Ley del Justicia, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de afirmar que el término “dirigirse a” no significa que la Administración del Estado pueda ser supervisada pero sí que el Justicia se dirija a la misma para solicitarle la informa-

teriza el desarrollo constitucional contemporáneo” (*El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 24 y 25).

19. Embid Irujo habla al respecto de “voluntad ampliatoria”. (*El control de la Administración Pública por los Comisionados parlamentarios autonómicos*, MAP, Madrid, 1991, pág. 106 y ss).

20. Dentro del primer grupo destacan los arts. 1.1 de la Ley del Síndic de Greuges catalán, 1.3 de la Ley del Valedor del Pueblo gallego, 1.3 de la Ley del Defensor del Pueblo navarro, 2.2 de la Ley del Justicia aragonés, 9.1 c) de la Ley del Ararteko vasco, 17.1 de la Ley del Diputado del Común canario y 1.2 de la Ley del Síndic de Greuges balear. Dentro del segundo se incluyen los arts. 1.2 de las Leyes del Defensor del Pueblo castellano-manchego y del Procurador del Común castellano-leonés. Estas previsiones deben ser completadas con las SSTC 142/1988, de 12 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra el art. 2.2 de la Ley del Justicia de Aragón; y 157/1988, de 15 de septiembre, en la que el Tribunal se pronunció sobre el recurso interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra el art. 2.1 de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares en las Comunidades Autónomas. A nivel doctrinal pueden verse los trabajos de García Álvarez M., “El control de la Administración local por los Comisionados parlamentarios autonómicos”, en AAVV., *XI Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*, celebradas en León los días 25 y 26 de septiembre de 1996, Servicio de Publicaciones del Procurador del Común, León, 1997; y Embid Irujo A., “Los Comisionados parlamentarios autonómicos y el control de la Administración local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n° 238, abril-junio, 1988.

21. Arts. 1.3 de la Ley castellano-manchega, 1.3 de la Ley castellano-leonesa y 17.4 de la Ley canaria.

ción que precise en el desempeño de sus funciones. Pese a estas restricciones, la intervención de los Comisionados ha servido, en ocasiones, para que esta Administración resuelva los problemas que plantean los ciudadanos en sus quejas.

Finalmente, algunas leyes autonómicas prevén la supervisión de los organismos autónomos, sociedades, entidades, corporaciones y empresas que gestionen servicios públicos en régimen de concesión o autorización administrativa<sup>22</sup>. Esta facultad, cobra especial relieve a la hora de tutelar los derechos sociales en la medida en que la Administración se sirve cada vez más de los organismos mencionados para gestionar y ejecutar servicios públicos.

Con independencia de que la “expansión” del ámbito de supervisión permita a los Comisionados parlamentarios autonómicos garantizar, con más o menos limitaciones, las prestaciones que dependen de las distintas Administraciones territoriales, interesa señalar que su labor no consiste en controlar o limitar inquisitivamente la actuación de la Administración sino en supervisarla de forma constructiva y pedagógica promoviendo la adopción de medidas que satisfagan los derechos del administrado –“control-colaboración”–. Para ello utilizan los principios del art. 103 de la Constitución como parámetro para detectar la vulneración de derechos “control-protección”<sup>23</sup>.

La naturaleza persuasiva de los Comisionados parlamentarios autonómicos, unido a su autonomía funcional y política, les dota además de la capacidad “auto-motriz” necesaria para investigar a la Administración pública y para proyectar las demandas sociales a las instancias competentes con el fin de que éstas adopten las medidas oportunas.

Uno de los instrumentos más importantes, aparte de la investigación ordinaria de las quejas, con los que cuentan para lograr este objetivo es la elaboración de Informes especiales. Mediante estos estudios, que suelen ser fruto de una actuación de oficio, se pretende llamar la atención de los poderes públicos sobre aquellos problemas sociales que por su complejidad y problemática necesitan soluciones específicas.

La participación de las organizaciones sociales en la elaboración de estos Informes puede ser de gran utilidad para conocer de primera mano cuáles son los

22. Arts. 17.2 y 3 de la Ley canaria, 1.2 de la Ley castellano-manchego, 1.2 de la Ley castellano-leonesa, 1.3 a) y d) de la Ley navarra y 9.1 d) de la Ley vasca. En relación a esta última Ley puede verse también el punto séptimo de la Exposición de Motivos.

23. Vid. Díez Bueso L., “El modelo de *Ombudsman* autonómico y su reflejo en la tramitación de las quejas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 53, enero-abril, 1999, págs. 11 a 30.

problemas reales de ciertos colectivos desfavorecidos y la respuesta de la Administración al respecto<sup>24</sup>. El contacto con este tipo de asociaciones, aparte de reforzar la legitimación social de los Comisionados, puede servir para lograr una tutela más efectiva de los derechos sociales.

## 2. El control del Legislativo.

Aparte de la actuación de la Administración, la efectividad de los derechos de naturaleza social y económica exige la intervención del legislador. En este sentido, los Comisionados parlamentarios autonómicos funcionan como promotores de reformas legales, en el caso de que la normativa vigente sea insuficiente, anacrónica, desorientada y regresiva, de un lado, y como impulsores de la actuación del legislador, ejerciendo una especie de “función prelegislativa” o de “iniciativa legislativa indirecta”, de otro.

Si bien ambas funciones se llevan a cabo mediante los mecanismos ordinarios de persuasión –recordatorios, sugerencias etc–, nada obsta para que los Comisionados puedan hacer uso del control de constitucionalidad. Esta vía, sin embargo, deber ser utilizada en última instancia dado que impide cualquier impulso promocional de la actuación del legislador.

Teniendo en cuenta esto, los Comisionados autonómicos podrán instar del Defensor del Pueblo estatal la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra aquellas leyes autonómicas que vulneren tanto los principios rectores del Capítulo III de la Constitución como las cláusulas estatutarias que concretan estos principios en el ámbito autonómico. Por los mismos motivos, sería posible solicitar del Defensor del Pueblo y de los Parlamentos autonómicos respectivos la impugnación de las normas emanadas de las Cortes y del Gobierno central<sup>25</sup>.

El control de constitucionalidad, sin embargo, adquiere una significación

24. Esta idea ha sido apuntada por Ruiz-Rico Ruiz G., “La tutela de los derechos sociales por el Defensor del Pueblo de Andalucía”, en AAVV., *Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz*, op. cit. pág. 224.

25. El art. 27.1 de la Ley aragonesa dispone: “Cuando el Justicia considere que una Ley o disposición con fuerza de ley contradice el Estatuto de Autonomía de Aragón o que una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra Comunidad o del Estado no respeten el orden competencial establecido en la Constitución, el Estatuto o en la correspondiente Ley, se dirigirá inmediatamente a la Diputación General de Aragón o a las Cortes de Aragón, en su caso, instándoles a interponer el pertinente recurso de inconstitucionalidad o conflicto de competencia”. Esta previsión ha sido recogida en los arts. 24.1 de la Ley castellano-leonesa y 30.1 de la Ley castellano-manchega. Los arts. 37 de la Ley vasca, 21 de la Ley canaria, 39 de la Ley gallega, 14.2 y 39 a) de la Ley navarra, 22 de la Ley castellano-leonesa y 26 de la ley andaluza, establecen la posibilidad de instar del Defensor del Pueblo la interposición de un recurso de inconstitucionalidad.

especial ante la inactividad del legislador a la hora de “desarrollar” los principios constitucionales y estatutarios de naturaleza social y económica. El “valor jurídico” de estos principios reside en que la Constitución y los Estatutos de Autonomía no son normas organizativas que limitan formalmente al poder sino normas vinculantes cuya pretensión transformadora de la sociedad condiciona la “discrecionalidad del legislador”<sup>26</sup>.

En consecuencia, si el legislador está “obligado” a desarrollar lo previsto en la Constitución y en los Estatutos, cabría reputar su inacción de inconstitucional siempre que haya una obligación de acción –sin que sea suficiente un deber general de legislar–, se incumplan mandatos concretos o fines constitucionalmente consagrados en mandatos abstractos, no se desarrollen normas que prevén un reenvío implícito al legislador para que les dé operatividad práctica y, por último, exista norma jurídica pero sus carencias sean tales que hagan impracticable lo querido por el constituyente<sup>27</sup>.

El hecho de que en nuestro ordenamiento no exista un instrumento específico para luchar contra las omisiones del legislador, como sucede con el art. 283 de la Constitución de Portugal, convierte a los Comisionados parlamentarios autonómicos en una importante vía para denunciar dichas omisiones y para “concienciar” al legislador de su importante misión a la hora de hacer efectivos los derechos de naturaleza social y económica.

26. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley del Ararteko vasco afirma que esta Institución “se acomoda claramente a la evolución del Estado social y democrático de Derecho y a las deficiencias que éste ha demostrado de su pretensión garantista de los derechos y libertades que van más allá de la pura declaración formal de los derechos individuales y que configura a los derechos sociales y a las libertades reales (art. 9.2 EAPV), como auténticas obligaciones de los poderes públicos”. Esta declaración se concreta en el art. 1.1 de la Ley, conforme al cual el Ararteko debe velar “porque se cumplan los principios generales de orden democrático contenidos en el art. 9º del Estatuto de Autonomía”.

27. Sobre la inconstitucionalidad por omisión puede consultarse a Fernández Segado F., “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social”, en AAVV., *Estudios de Derecho Público* (Volumen I), op. cit. pág. 934; Fernández Rodríguez J.J., *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998; Aguiar de Luque L., “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987; Ahumada Ruiz Mª.A., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, enero-abril, 1991; Villaverde Menéndez I., “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 8, 1996; del mismo autor, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; Miranda J., “O Provedor de Justiça e a inconstitucionalidade por omissao”, en AAVV., *Provedor de Justiça*, Lisboa, 1996; Gómez Puente M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Aranzadi, Pamplona, 1997; y Díaz Revorio F.J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado Europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 61, enero-abril, 2001.

#### *IV. Conclusión*

El hecho de que la mayoría de Comunidades Autónomas se hayan provisto de una figura similar a la del Defensor del Pueblo en modo alguno significa, de continuar esta evolución, que las atribuciones conferidas por la Constitución a esta Institución vayan a quedar neutralizadas. La actividad de la Administración autonómica constituye un ámbito de actuación concurrente que excluye el monopolio del Defensor del Pueblo a la hora de tutelar los derechos fundamentales pero que, al mismo tiempo, no impide su intervención.

Esto significa que los posibles conflictos entre ambas figuras no deben ser resueltos mediante un reparto de competencias sino a través de la articulación de mecanismos de coordinación y cooperación. Asimismo, convendría tener en cuenta el papel del art. 149.1.1º de la Constitución. En virtud de este precepto, la legislación autonómica no podrá regular los aspectos esenciales y condiciones básicas de un derecho fundamental ni condicionar las bases que garantizan la igualdad, que no uniformidad, en las posiciones jurídicas de los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. Bajo este esquema, el Defensor del Pueblo protegería el “contenido primario” de los derechos fundamentales y los Comisionados parlamentarios autonómicos el “contenido accesorio”.

El protagonismo de estos últimos reside en que el marco de las competencias formales previsto en el Título VIII de la Constitución ha sido sobrepasado a causa del incremento de prestaciones a las que deben hacer frente las Comunidades Autónomas. Ante este panorama, los Comisionados parlamentarios autonómicos deben actuar como correa de transmisión de las demandas sociales con el fin de que la Administración autonómica cumpla el mayor número de actuaciones sociales planificadas.

Pese a que las cláusulas constitucionales y estatutarias de naturaleza social carecen de la “sustantividad necesaria” para ser utilizadas como parámetro de fiscalización de la actuación del legislador y del ejecutivo autonómico, los Comisionados parlamentarios deben evitar, en la medida de sus posibilidades, que el carácter programático de dichas cláusulas se traduzca en una actitud pasiva de los poderes públicos que ponga en entredicho la efectividad de los “derechos sociales fundamentales” en el ámbito autonómico. Para lograr este objetivo es crucial que dichos Comisionados promuevan el valor normativo de los principios constitucionales y estatutarios de contenido social.



# LA SITUACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL EN CASTILLA-LA MANCHA

*F. Javier Díaz Revorio*

*Profesor Titular de Derecho Constitucional.*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

## SUMARIO

- 1. Introducción: Datos relevantes de la comunidad autónoma.*
- 2. Prensa.*
- 3. Radio.*
- 4. Televisión.*
- 5. Internet y otros medios.*
- 6. Conclusiones.*
- 7. Bibliografía y páginas web.*

### *1. Introducción: Datos relevantes de la comunidad autónoma*

El presente trabajo pretende analizar la situación de los medios de comunicación social en Castilla-La Mancha, centrándose en el grado de penetración de los diversos medios (prensa escrita, radio, televisión, internet...), en la difusión alcanzada por los más relevantes, así como en la regulación normativa aprobada por la Comunidad Autónoma en la materia. En líneas generales, esta situación se caracteriza por la menor penetración de los medios escritos, radio e internet y, por el contrario, por la más elevada difusión de la televisión, en comparación con la media nacional. También hay que destacar la mayor difusión de los medios nacionales, en comparación con los locales o autonómicos, aunque en los últimos años esta última nota no parece resultar tan acusada.

En todo caso, para comprender mejor la situación de los medios de comunicación en la región, conviene partir de una exposición, aunque sea muy sucinta, de algunos datos geográficos y humanos relevantes. La población de Castilla-La Mancha es relativamente escasa. Según datos del Padrón Municipal a 1 de enero de 2000, Castilla-La Mancha cuenta con 1.734.261 habitantes, lo que supone una densidad de 21,83 h/km<sup>2</sup>, la más baja de todas las Comunidades Autónomas, y casi cuatro veces menor que la media nacional (que se sitúa en 80,04 h/km<sup>2</sup>). Desde esta perspectiva, la población de la Comunidad representa el 4,28 % del total nacional, y sólo un 0,46 % de los habitantes de la Unión Europea. Estos datos son más significativos si se comparan con los relativos al territorio: la extensión de Castilla-La Mancha es de 79.461 km<sup>2</sup>, situándose por este criterio en el tercer lugar del Estado, tras Castilla y León y Andalucía. Su superficie ocupa el 15,70 % del total nacional y el 2,45 % de la Unión Europea.

En cualquier caso, es interesante destacar la evolución de esta población durante el pasado siglo, ya que en el mismo hay tres períodos claramente diferenciados: gran crecimiento en el período 1900-1950 (momento en que se superan los dos millones); fuerte descenso de la población entre 1950-1980, debido sobre todo al fenómeno migratorio (se produjeron unas pérdidas netas de más de 400.000 habitantes); cierta estabilidad, e incluso una tímida recuperación, en los años 80-90, aunque en este último período se inicia una persistente caída de la natalidad. En cifras absolutas, la población de las provincias que hoy forman Castilla-La Mancha pasó de 1.386.153 en 1900, a 1.734.261 en el año 2000 (si bien en los años 50 y 60 se superó la cifra de 2.000.000), mientras que en el mismo período España pasó de 18.594.405 a 40.499.791 habitantes. Es decir, el crecimiento porcentual en Castilla-La Mancha fue del

25,11 % en todo el siglo XX, mientras que el crecimiento total nacional en la pasada centuria fue del 117 %.

Sintéticamente, conviene destacar dos características de esta población, en comparación con la media nacional: mayor edad, y mayor concentración en núcleos de población rurales pequeños y medianos. El envejecimiento se acusa particularmente desde el inicio de la década de los 80. Actualmente, la población mayor de 65 años es el 19,31 %, frente al 16,32 % en el conjunto del Estado. Por otro lado, el 38,1 % de los habitantes de la Región vive en municipios de menos de 5.000 habitantes (que representan el 93,6 % del total de municipios regionales), mientras que a nivel nacional la población que vive en estos municipios (que suponen el 85,8 % del total) alcanza sólo el 15,3 %. En el otro extremo, el 40,3 % de la población española vive en municipios de más de 100.000 habitantes, mientras que en Castilla-La Mancha sólo el 8,7 % de la población vive en el único municipio (Albacete) que supera esa cifra de población.

En suma, y en lo que es relevante para el objeto de este breve comentario, hay que destacar que, en términos relativos, Castilla-La Mancha es una región básicamente llana y sin grandes cordilleras interiores; extensa y con muy baja densidad de población; que carece de grandes núcleos de población (solo una ciudad supera los 100.000 habitantes); y, comparativamente con los datos globales de España, es significativa la mayor edad de la población, y su mayor concentración en núcleos pequeños y medianos (menos de 5.000 habitantes). A estos datos hay que añadir la circunstancia muy relevante de la proximidad con el mayor núcleo de población de España. La Comunidad de Madrid, con más de 5.000.000 de habitantes, limita con varias de las provincias de Castilla-La Mancha -sin que existan accidentes geográficos relevantes que las separen- y su capital se sitúa a 70 km. de Toledo, 50 de Guadalajara, y a menos de 200 de Ciudad Real (40 minutos en Tren de Alta Velocidad) o de Cuenca.

Desde el punto de vista político e institucional, hay que destacar que Castilla-La Mancha es una Comunidad Autónoma “joven”, en el sentido de que no tenía tradición histórica como tal región antes de la creación del ente preautonómico y posterior aprobación del Estatuto; ello determinaba también la ausencia de un sentimiento o conciencia regional “fuerte” (lo que sin duda se reflejaba en la estructura y ámbito de difusión de los medios de comunicación), aunque sin duda dicha conciencia ha surgido y se ha incrementado desde los orígenes de la Comunidad hasta la actualidad. Desde la perspectiva electoral, el dato más importante es que desde la aprobación del Estatuto de Autonomía, el Partido

Socialista Obrero Español ha renovado en cinco ocasiones su mayoría absoluta en el Parlamento regional (1983, 87, 91, 95 y 99), siendo José Bono el Presidente de la Comunidad, de forma ininterrumpida desde 1983. Es un caso único entre las Autonomías españolas la repetición de 5 mandatos de mayorías absolutas con el mismo Presidente de la Comunidad. Y ello a pesar de que en las elecciones generales, locales o europeas la victoria electoral no siempre ha sido para el PSOE en el territorio de la Comunidad Autónoma; en particular, las elecciones locales de 1995 o europeas de 1999, celebradas en la misma fecha que las autonómicas que daban nuevas mayorías absolutas al PSOE en las Cortes regionales, reflejaron en cambio la victoria del Partido Popular en el territorio de Castilla-La Mancha.

Los datos hasta ahora mencionados poseen indudable relevancia para el análisis de los medios de comunicación en la Región. Sin perjuicio de lo que más adelante se detallará, puede afirmarse con carácter general que en Castilla-La Mancha ha sido mayor la penetración de los medios de ámbito nacional, particularmente de los editados o emitidos en Madrid, que de los medios propios de la Región. Y dentro de los medios publicados o difundidos en la Comunidad Autónoma, han gozado de mayor difusión los de ámbito local muy concreto, o como máximo provincial, que los de ámbito regional, que en algunos momentos han sido prácticamente inexistentes. Esta característica es predicable tanto de la prensa escrita, como de la radio y, posteriormente, de las emisoras de televisión local. De tal forma que la situación de los medios de comunicación en Castilla-La Mancha podría sintetizarse aludiendo a la fuerte implantación de medios de ámbito nacional, seguida de una cierta difusión de medios estrictamente locales, y con escasa presencia de medios de ámbito estrictamente regional.

## ***2. Prensa***

La característica más destacada de la prensa escrita en Castilla-La Mancha es su escasa penetración. Considerando a la población mayor de catorce años, que es de 1.435.720, y refiriéndonos a datos del año 2001<sup>1</sup>, encontramos que Castilla-La Mancha ocupa, entre las Comunidades Autónomas españolas, el último lugar en porcentaje de penetración o consumo relativo de diarios (un 19,4 %, frente a la media nacional del 35,9 %), y también en suplementos (12,8 %, mientras que la media nacional es del 30,4 %). Por lo que se refiere a revistas,

1. Fuente: *Marco General de los Medios en España 2002*, AIMC.

Castilla-La Mancha se sitúa en penúltimo lugar (41,5 %), superando sólo a Galicia (38,6 %), pero también claramente por debajo de la media nacional (52,8 %)<sup>2</sup>.

Como características generales, hay que destacar el predominio de los medios de difusión nacional (Marca, El País, El Mundo, ABC...); aunque sólo uno de ellos posee una edición propia limitada a parte del territorio de la Comunidad (ABC de Toledo). Por otro lado, existe una presencia relativamente numerosa de publicaciones periódicas (sobre todo diarios) de ámbito local, que se difunden en localidades concretas de la región, o incluso en el ámbito de una provincia. Menos frecuentes son las publicaciones de ámbito regional, entre las que se encuentra la revista *Castilla-La Mancha*, editada por la propia Junta de Comunidades. En todo caso, hay que destacar la existencia de varios diarios con tiradas de ediciones parcialmente diferentes en cada una de las provincias de la región (o en la mayoría de ellas), al tiempo que contienen información regional, nacional e internacional común. En este sentido puede mencionarse el grupo Tribuna, con seis ediciones en la Región (en las cinco capitales, más Talavera de la Reina), o *El Día*, con tres ediciones locales (Cuenca, Toledo, La Mancha), aparte de *El Día de Castilla-La Mancha*, que se difunde a través de internet.

Incluyendo diarios y publicaciones escritas periódicas de información general, y prescindiendo de los corresponsales de medios nacionales que no tienen edición propia en Castilla-La Mancha, el número de medios de prensa es de 40, según la siguiente distribución provincial<sup>3</sup>: 9 en Albacete, 9 en Ciudad Real, 4 en Cuenca, 6 en Guadalajara, 12 en Toledo. Existen también otras 34 publicaciones periódicas de carácter especializado o de ámbito superior al provincial, y no incluidas por tanto en los datos anteriores. Además, el Diario *El País* cuenta con una corresponsalía en Toledo; *El Mundo*, con corresponsalías en Ciudad Real, Guadalajara y Toledo, y *ABC* en Ciudad Real, además de la edición propia de Toledo, ya reseñada e incluida en los datos numéricos que acabamos de apuntar.

En cuanto a los concretos medios de prensa, resulta difícil precisar la difusión de cada uno de ellos, dado que muy pocos cuentan con control de OJD, y

2. Los datos por provincias podemos ofrecerlos en relación al año 2000, aunque las variaciones son mínimas. Es el siguiente: Diarios: Albacete, 24,9%; Ciudad Real, 20,4 %; Cuenca, 16,0 %; Guadalajara, 21,5 %; Toledo, 16,2 %. Revistas: Albacete, 53,9 %; Ciudad Real, 41,9 %; Cuenca, 30,0 %; Guadalajara, 37,0 %; Toledo, 49,4 %. Fuente: *Anuario Social de España 2001*, Fundación "La Caixa".

3. Datos tomados del *Directorio de Castilla-La Mancha 2002*, editado por la Junta de Comunidades.

casi ninguno de los de ámbito autonómico o inferior aparece en los datos disponibles del *Estudio General de Medios*. Por lo que se refiere a los diarios, en los datos de la OJD<sup>4</sup> figuran escasas ediciones realizadas en Castilla-La Mancha: *ABC Toledo*, con una difusión de 6.208 en el año 2001; *La Tribuna de Ciudad Real*, con un promedio de tirada de 4.885, y un promedio de difusión de 4.330 (la difusión dominical alcanza los 5.361, frente a los 4.068 de lunes a sábado), y *La Verdad de Albacete*, con una difusión de 2.829 ejemplares. En el apartado revistas solamente aparece *Nueva Alcarria*, con un promedio de tirada de 5.781, y de difusión de 4.774, si bien *Nueva Alcarria Viernes* supera esas cifras, con un promedio de tirada de 8.069, y de difusión de 6.755, si bien estos datos corresponden al año 2000<sup>5</sup>.

Por otro lado, pueden apuntarse los datos de difusión de los diarios de información general nacionales en Castilla-La Mancha<sup>6</sup> que, en orden decreciente fueron los siguientes en el año 2000: *ABC*, 13.050; *El País*, 12.085; *El Mundo*, 9.809; *La Razón*, 2.438; *Diario 16*, 751. La difusión total de los diarios de información general en la Región (incluyendo tanto los nacionales como las únicas dos ediciones de la Comunidad con control OJD, ya citadas) fue de 45.112, con la siguiente distribución provincial: Albacete, 7.866; Ciudad Real, 12.207; Cuenca, 3.674, Guadalajara, 6.163; Toledo, 15.202. A estos datos habría que añadir los de difusión de los diarios de ámbito regional o inferior sin control OJD, de los que no podemos disponer, así como la difusión de los diarios de información deportiva con control OJD, con una difusión total de 28.532 ejemplares en la región (encabezados por el *Diario Marca* que, como sucede a nivel nacional, es el más difundido en la Región, con 17.210, seguido, entre los deportivos, por el *As*, con 8.447 ejemplares); y los de información económica, que alcanzaron la difusión de 2.011 ejemplares en el año 2000.

### 3. Radio

Paralelamente a lo que hemos apuntado respecto a la prensa escrita, el primer dato destacable por lo que se refiere a la radio en Castilla-La Mancha es el de su

4. Datos referidos al año 2001. Pueden consultarse en Internet, [www.ojd.es](http://www.ojd.es)

5. De todas formas, conviene tener en cuenta que el número real de lectores suele ser más elevado. Según datos ofrecidos por la AIMC ([www.aimc.es](http://www.aimc.es)), en 1999 se calculaba una media de entre 4,03 lectores por ejemplar de diarios de información general, 3,29 lectores por ejemplar de suplementos, y 4,52 lectores por ejemplar de revistas. Por ello los datos de audiencia de la EGM no coinciden con los datos de difusión certificados por la OJD.

6. Fuente: *Boletín de Áreas Geográficas*, 2º cuatrimestre 2001, OJD. Los datos se refieren al año 2000.

escasa penetración en la Región, si comparamos los datos con el promedio nacional. En efecto, y refiriendo los datos de penetración a la audiencia acumulada diaria en el año 2001<sup>7</sup>, de nuevo encontramos a Castilla-La Mancha en el último lugar de las Comunidades Autónomas españolas, con un 44,2 %, frente al 52,4 % de media nacional<sup>8</sup>. Por lo que se refiere al consumo promedio de radio, referido a la media en minutos sobre el total de la población, en este caso nuestra Comunidad, con 86 minutos, supera sólo a otras tres (Extremadura, Galicia y Baleares), pero lejos todavía de la media nacional (94)<sup>9</sup>.

La estructura del mercado de la radio en la Comunidad se caracteriza por la convivencia de emisoras pertenecientes a cadenas de difusión nacional, que son las que consiguen mayor audiencia, con un número significativo de emisoras locales, muchas de las cuales son de titularidad municipal; también hay que destacar la reciente incorporación de la Radio pública de titularidad regional (Radio Castilla-La Mancha-RCM). Otro dato de importancia es que, debido a la proximidad de ciertas zonas de la Región con otras ciudades de elevada población y número de emisoras (y muy especialmente con Madrid), en amplias zonas de Castilla-La Mancha se reciben varias emisoras que transmiten desde fuera de la Comunidad; en concreto, emisoras de Madrid pueden recibirse en buena parte de las provincias de Toledo, Guadalajara y Cuenca, incluso en algunos supuestos en los que existen otras emisoras de la misma cadena en estas provincias.

Detallando algo más las anteriores ideas, puede apuntarse que las grandes cadenas de radio de difusión nacional poseen emisoras en la mayoría de las capitales y ciudades importantes de la Comunidad: Radio Nacional de España en las cinco capitales y en Talavera de la Reina; la cadena SER en Albacete, Ciudad Real, Alcázar de San Juan, Puertollano, Valdepeñas, Almadén, Socuéllamos, Cuenca, Tarancón, Motilla del Palancar, Las Pedroñeras, Guadalajara, Toledo y Talavera de la Reina; COPE en Albacete, Ciudad Real, Puertollano, Guadalajara, Sigüenza, Toledo, Talavera de la Reina y Madridejos; Onda Cero en Albacete, Ciudad Real, Alcázar de San Juan, Valdepeñas, Cuenca, Guadalajara, Toledo y Talavera. Por su parte, la radio regional pública Radio Castilla-La Mancha posee emisoras en todas las capitales de provincia, y en Puertollano y Talavera de la

7. Datos del *Marco General de los Medios en España 2002*, AIMC, cit.

8. Respecto al año 2000, en que la penetración de la radio alcanzó el 43,7%, podemos ofrecer el desglose por provincias: Albacete, 50,2%; Ciudad Real, 45,6 %; Cuenca, 35,8 %; Guadalajara, 36,2 %; Toledo, 43,9 %. Fuente: *Anuario Social de España*, cit.

9. Estos datos corresponden al año 2001 y, aunque en general las variaciones no son muy significativas, en este caso representan un cierto avance, respecto a los 76 minutos del año 2000, que situaban a Castilla-La Mancha en la penúltima posición, superando sólo a Galicia.

Reina. También pueden destacarse otras cadenas con varias emisoras en la Región, como Radio Surco (Villarrobledo, Alcázar de San Juan , Tomelloso, Manzanares), y un número significativo de emisoras municipales en cada provincia.

En datos numéricos por provincias<sup>10</sup>, hay que indicar que existen en la provincia de Albacete 15 emisoras (7 de ellas municipales); en la de Ciudad Real, 30 emisoras (11 municipales); en Cuenca, 10 emisoras (3 municipales); en Guadalajara, 8 emisoras (1 de ellas municipal), y en Toledo, 18 emisoras (5 de ellas municipales). Lo que ofrece un total de 81 emisoras en la Comunidad, de las cuales 27 son municipales, lo que hace particularmente difícil encontrar datos completos de audiencias individualizados por emisoras. Conviene además reiterar que en Castilla-La Mancha se reciben también muy numerosas emisoras que transmiten desde Comunidades limítrofes, destacando en este ámbito la recepción de emisoras de Madrid.

En lo que atañe a la regulación normativa del sector, hay que mencionar la Ley del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en Castilla-La Mancha y su Reglamento, con sus respectivas modificaciones, así como a la más reciente Ley de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha. A todas ellas nos referiremos con más detalle en el apartado de este comentario dedicado a la televisión.

Por lo que se refiere a la regulación específica de la radio, destacaremos el Decreto 59/1998, de 9 de junio, por el que se regula la gestión indirecta del servicio de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia. Esta norma viene a regular una materia cuyas funciones y servicios se habían traspasado por R. Decreto 2165/1993, de 10 de diciembre. El Decreto parte de que las concesiones habrán de someterse a concurso público, quedando así abierta la participación de los interesados en condiciones de igualdad. Como principios inspiradores de la actividad de las emisoras de frecuencia modulada se señalan la objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones, la separación entre informaciones y opiniones, el respeto al pluralismo, y al honor, igualdad, intimidad y propia imagen de las personas, la protección de la juventud y de la infancia, evitando la exaltación de la violencia, y el fomento de los intereses locales y autonómicos. La adjudicación de las concesiones corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma. El Decreto regula también los

10. Datos tomados del *Directorio de Castilla-La Mancha 2002*, cit.

requisitos de los titulares de las concesiones (entre ellos la nacionalidad española, o las acciones nominativas si se trata de una sociedad anónima), la limitación máxima de la titularidad a dos concesiones para la misma persona física o jurídica, las obligaciones de los concesionarios (entre otras, la explotación directa o el mantenimiento de las características técnicas de la concesión y de las condiciones y compromisos asumidos por el titular). En cuanto al procedimiento y gestión de las concesiones, se señalan unos criterios de valoración generales, y se distinguen a continuación tres tipos de emisoras: comerciales, municipales, y de carácter no lucrativo. La norma crea el registro de Concesionarios de Radiodifusión Sonora de Castilla-La Mancha y contiene, por último, el régimen sancionador aplicable, remitiéndose parcialmente, en este aspecto, a la Ley General de Telecomunicaciones.

#### **4. Televisión**

En acusado contraste con lo que hemos apuntado respecto a la prensa escrita y la radio, la penetración de la televisión como medio de comunicación en Castilla-La Mancha es muy apreciable, en comparación con otras Comunidades Autónomas. En este sentido<sup>11</sup>, el 93,0 % de audiencia acumulada diaria supera la media nacional (89,2 %), y sitúa a nuestra Comunidad en segundo lugar por este criterio<sup>12</sup>, por detrás tan solo de Extremadura (93,6 %). Por lo que se refiere a los datos de consumo promedio diario (media en minutos sobre el total de la población), el dato de Castilla-La Mancha es todavía más relevante, ya que ocupa claramente el primer lugar entre las Comunidades Autónomas, con 291 minutos, frente a la media nacional de 226 minutos. Estos datos, relacionados con los que anteriormente hemos expuesto sobre prensa y radio, configuran un predominio absoluto de la televisión como medio de comunicación preferido en la Comunidad, predominio mucho más acusado que el existente a nivel nacional; de tal forma que Castilla-La Mancha se sitúa en los más altos niveles en cuanto a seguimiento y penetración de la televisión, mientras que ocupa los últimos lugares en cuanto a penetración de la radio y la prensa. Dicho de otro modo, mientras que la diferencia entre el porcentaje de penetración de televisión y de diarios es de 53,3 puntos a nivel nacional, esta diferencia alcanza los 73,6 puntos en Castilla-La Mancha; y así como la diferencia entre la penetración de la

11. Datos del *Marco General de los Medios en España 2002*, AIMC, cit.

12. Respecto al año 2000, en que la penetración alcanzó el 91 %, (ocupando el quinto lugar), ofrecemos el desglose por provincias: Albacete, 87,9 %; Ciudad Real, 89,9 %; Cuenca, 92,5 %; Guadalajara, 94,0 %; Toledo, 92,5 %. Fuente: *Anuario Social de España*, cit.

televisión y la radio es de 36,8 puntos en el conjunto del Estado, en Castilla-La Mancha esta diferencia llega a los 48,8 puntos.

Por lo que se refiere a la distribución e implantación de las distintas emisoras de televisión, hay que partir de que, como ha sucedido en la mayor parte del territorio nacional, hasta la aprobación de la ley de televisión privada de 1988 existían solamente dos emisoras, ambas de titularidad pública y ámbito estatal (Televisión Española). Televisión Española cuenta con un Centro territorial en Castilla-La Mancha, que tradicionalmente ha emitido dos informativos diarios de casi media hora de duración (uno a mediodía, a través de TVE-1, y otro en la tarde por La 2). A partir de 1989 comenzaron las emisiones de las emisoras de televisión privada de difusión nacional (Antena 3, Tele 5 y Canal +). Poco después iniciaron su implantación distintas televisiones locales, especialmente en las capitales de provincia y en las ciudades más grandes de la Región. En la actualidad también se reciben las diversas televisiones de pago, alguna de las cuales engloba plataformas de en torno a 100 canales.

Además, en amplias zonas de la Región se han recibido las emisiones de cadenas de televisión autonómica próximas, prácticamente desde el momento en que comenzaron su programación: Telemadrid puede verse en gran parte de la Comunidad, Canal 9 y Pont 2 (Comunidad Valenciana), en amplias zonas de la provincia de Albacete y en parte de Cuenca, Canal Sur y Canal 2 Andalucía en buena parte de la provincia de Ciudad Real y en la de Albacete. Conviene mencionar que Telemadrid recoge en sus informativos algunas noticias relativas a las provincias limítrofes de nuestra Comunidad. Finalmente, hay que destacar que en el año 2000 se aprobó la ley de creación de la Radio-Televisión pública autonómica, a la que luego nos referiremos. Fue nombrado director del Ente público Jordi García Candau (Decreto 145/2000, de 31 de octubre, DOCM de 3 de noviembre), y pocos meses después comenzaba a emitir la radio pública regional. Pero ha habido que esperar hasta finales del año 2001 para el comienzo de las emisiones de la televisión pública autonómica (Castilla-La Mancha Televisión), sobre cuya implantación no existen datos públicos en el momento de escribir estas líneas.

En cifras y teniendo en cuenta la distribución geográfica, el panorama de la televisión en Castilla-La Mancha puede resumirse así: una televisión pública de titularidad autonómica y ámbito regional, con sede en Toledo; un Centro Territorial de Televisión Española, con sede en Toledo y corresponsalías en Albacete, Ciudad Real, Cuenca y Guadalajara; dos delegaciones de Telemadrid,

en Toledo y Cuenca; y 29 televisiones locales, distribuidas del siguiente modo: 6 en la provincia de Albacete, 16 en la de Ciudad Real, 2 en la de Cuenca, 1 en la de Guadalajara, y 4 en la provincia de Toledo<sup>13</sup>.

Por lo que se refiere a la difusión concreta de los distintos canales, los datos de Castilla-La Mancha poseen una fiabilidad limitada, ya que hasta el 31 de diciembre de 2001 los datos de esta región se fundían en el apartado “Resto”, junto a las otras Comunidades sin televisión autonómica propia; y tampoco el número de audímetros garantiza la fiabilidad total del estudio. No obstante, existen datos estimativos referidos al año 2001, acumulando sus 365 días<sup>14</sup>, según los cuales el “share” de las cadenas de televisión en el año 2001 fue el siguiente: TVE 1, 31,2 %; La 2, 10,0 %, Telecinco, 21,9 %; Antena 3, 22,8 %; Canal Plus, 1,5 %; Telemadrid, 6,2 %; Canal Sur, 0,9 %; Canal 2 Andalucía, 0,1 %; Canal 9 (C. Valenciana), 0,1 %; Punt 2 (C. Valenciana), 0,0 %; Canal Satélite Digital, 1,4 %; Vía Digital, 0,8 %; Quiero TV, 0,2 %; locales, 2,0 %; Otras, 1,0 %. Estos datos son en esencia muy similares a los que existen a nivel nacional<sup>15</sup>, pudiendo destacarse únicamente la relativamente fuerte implantación de Telemadrid en una Comunidad que no es la propia, el mayor “share” de las televisiones locales en Castilla-La Mancha (2 % frente a 0,7 % de media nacional), y el hecho de que Antena 3 superaba ligeramente a Tele 5 en Castilla-La Mancha, a diferencia de lo que sucedió en el mismo período a nivel nacional.

La Comunidad Autónoma ha aprobado diversas normativas que afectan directamente a la televisión, tanto por lo que se refiere a las emisoras públicas de ámbito regional (televisión autonómica y centro territorial de TVE), como a las de ámbito local.

Comenzando por la Radio y Televisión Española, hay que citar la Ley 1/1987, de 7 de abril, del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en

13. Datos del *Directorio de Castilla-La Mancha 2002*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cit. En cambio, el “Censo de Televisiones Locales 1999”, elaborado por la AIMC [www.aimc.es](http://www.aimc.es), ofrecía unos datos globales más elevados, con un total de 37 emisoras, con la siguiente distribución: 10 en Albacete, 18 en Ciudad Real, 2 en Cuenca, 1 en Guadalajara y 6 en Toledo. Hemos preferido ofrecer en el texto los datos del Directorio 2002 por ser más recientes y detallar cada una de las emisoras.

14. Datos facilitados por Castilla-La Mancha Televisión.

15. Pueden verse en *Resumen General EGM*, febrero 2001-noviembre 2001, AIMC (recogemos el período más aproximadamente comparable), que puede consultarse en [www.aimc.es](http://www.aimc.es). El “share” nacional es el siguiente: TVE 1, 29,7 %; Tele 5, 21,2 %; Antena 3, 19,5 %; La 2, 5,3 %; TV3, 4,2 %; Canal Sur, 3,8 %; Resto TV, 3,4 %; Canal Plus, 2,8 %; Telemadrid, 2,7 %; Canal 9, 2,7 %; TVG, 1,3 %; Etb2, 1,2 %; local, 0,7 %; Canal 33, 0,6 %; Canal 2 Andalucía, 0,4 %; Etb1, 0,4 %; TVAC, 0,2 %; Punt 2, 0,1 %.

Castilla-La Mancha, modificada por Ley 1/1998, de 22 de abril. Este Consejo se crea como órgano del Ente Público RTVE, y con el doble carácter de órgano asesor del Delegado Territorial de RTVE en la Comunidad Autónoma, y representante de los intereses de ésta en el citado Ente Público de ámbito nacional. Sus funciones se centran en los ámbitos del estudio, propuesta, información y conocimiento (propuesta anual de programación específica, anteproyectos de presupuestos, memorias anuales), recomendaciones y sugerencias en las diversas materias propias de la competencia del Ente Público. En cuanto a su composición, tal y como ha quedado regulada tras la reforma de 1998, forman parte del Consejo Asesor quince miembros, designados por las Cortes de Castilla-La Mancha a propuesta de los Grupos parlamentarios, y nombrados por el Consejo de Gobierno. Se garantiza un mínimo de un representante por cada Grupo parlamentario, distribuyendo los restantes la Mesa, oída la Junta de Portavoces, teniendo en cuenta el número de nombramientos a realizar y la composición de la Cámara. Se regulan también las incompatibilidades de los miembros del Consejo Asesor, impidiéndose cualquier vinculación con empresas relacionadas con RTVE, o con el propio Ente Público. La Ley contiene también la regulación básica sobre la elección del Presidente, Vicepresidente y Secretario (por un período de un año), así las sesiones del Consejo Asesor (que, con carácter ordinario, se producirán al menos una vez al trimestre). Los acuerdos se adoptan como regla general por mayoría, reconociéndose al Presidente voto de calidad. En fin, la Ley del Consejo Asesor de RTVE ha sido desarrollada por el Decreto 45/1989, de 25 de abril, que aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento, modificado por Decreto 18/1999, de 23 de febrero.

Más reciente es la regulación normativa de la Radio-Televisión autonómica, aprobada por Ley 3/2000, de 26 de mayo, de creación del Ente Público Radio-Televisión de Castilla-La Mancha, uno de cuyos preceptos fue posteriormente modificado por Ley 6/2001, de 24 de mayo. La Ley de 2001 configura al Ente público como una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. El Ente se estructura en tres órganos: Consejo de Administración, Director General y Consejo Asesor. El Consejo de Administración está integrado por trece miembros elegidos por el Pleno de las Cortes de Castilla-La Mancha, y entre sus funciones destacan la emisión de su parecer sobre el nombramiento del Director General y la propuesta de su cese, así como la aprobación del plan de actividades y el plan de actuación, los anteproyectos de presupuestos y las plantillas del Ente Público, y la determinación de los porcentajes de la programación dedicados a producción propia y a los grupos políticos, sociales y culturales más significativos. Según la

reforma mencionada del año 2001, el Consejo de Administración se constituye en primera convocatoria con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros o, en su defecto, en segunda convocatoria, 24 horas después, con la asistencia de la tercera parte de los mismos. Por su parte, el Director General será nombrado por el Consejo de Gobierno autonómico, oído el Consejo de Administración, y al mismo le corresponden funciones ejecutivas y de representación del Ente, así como de organización, orientación, impulso e inspección de sus servicios. El Consejo Asesor está compuesto por quince vocales, designados por quintas partes (es decir, tres) por cada una de las siguientes instituciones: Cortes regionales, Consejo de Gobierno, Ayuntamientos de la Región, Universidad de Castilla-La Mancha, y trabajadores del Ente Público. Será convocado al menos semestralmente y emitirá su opinión o dictamen en los asuntos en los que sea requerido y en todo caso respecto a las competencias que sobre programación tiene atribuidas el Consejo de Administración. La Ley se refiere también a la gestión de los servicios de radiodifusión y televisión, que se realizará a través de empresas públicas con forma de sociedades anónimas bajo los principios de eficacia y austeridad, cuyo capital estará íntegramente suscrito por la Junta de Comunidades. Igualmente se regulan los principios que han de inspirar la programación, el derecho de rectificación y el control parlamentario directo sobre el ente público, así como los criterios generales sobre su presupuesto y financiación, que se realizará a cargo de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades. El último capítulo del texto legal se dedica al personal del Ente, que se regirá por la legislación laboral, salvo los funcionarios que puedan incorporarse, cuya situación será la establecida en las normas autonómicas sobre Función Pública.

En fin, gran relevancia posee también la normativa autonómica sobre televisiones locales, aprobada por Decreto 54/2000, de 21 de marzo, sobre régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres. Este Decreto se dicta dentro de la competencia autonómica de desarrollo legislativo y ejecución en materia de prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social y en concreto, en desarrollo de la ley estatal 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres. Los principios generales de la prestación del servicio de televisión local son, entre otros, los de objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones, la diferenciación entre informaciones y opiniones, el respeto al pluralismo, al honor y la vida privada, la protección de la juventud y la infancia, los valores de igualdad, la defensa de la cultura y del medio ambiente, y la promoción de la mujer. El Decreto clasifica las televisiones locales según sea su gestión pública o privada, y limita como regla general el ámbi-

to de su cobertura al núcleo urbano principal de población del municipio correspondiente, aunque excepcionalmente pueden autorizarse emisiones en cadena. También se regula la gestión del servicio, para la cual es título habilitante la concesión administrativa, cuyo procedimiento de otorgamiento también viene regulado detalladamente en la norma que comentamos. Las adjudicaciones provisionales se otorgan por el Consejo de Gobierno, al igual que el otorgamiento de la concesión, que se produce tras la propuesta de adjudicación definitiva de la Consejería de Obras Públicas. El Decreto contiene también los criterios de valoración que regirán el otorgamiento, y las obligaciones del concesionario, entre las que figuran un tiempo mínimo de emisión, determinados criterios sobre la programación y limitaciones a la publicidad. La duración del contrato concesional es de un máximo de 5 años, prorrogables por idéntico período. Finalmente, el Decreto incluye criterios sobre el régimen sancionador, con remisión a la Ley General de Telecomunicaciones y a la Ley estatal 25/1994, de 12 de julio. Este Decreto fue impugnado por el Gobierno central mediante conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional, admitido a trámite el 11 de mayo de 2000, al entender que determinados aspectos del mismo (la regulación de las condiciones de la concesión, la remisión a la Ley General de Telecomunicaciones respecto al régimen sancionador, y el régimen transitorio, que somete a concesión a las emisoras en funcionamiento a la entrada en vigor del Decreto) invaden competencias estatales.

### **5. Internet y otros medios**

También en el uso de internet se produce una clara diferencia entre los datos de Castilla-La Mancha y la media nacional, que es claramente superior. Tomando como referencia las personas que accedieron en el último mes<sup>16</sup>, Castilla-La Mancha ocupa en mayo de 2002 el penúltimo lugar por lo que se refiere a uso de internet (superando ligeramente a Extremadura, cuyo porcentaje es el 13,9), ya que sólo el 14,2 % de la población mayor de 14 años ha utilizado la red en el último mes, frente al 22,7 % de la media nacional. Si bien el uso de internet ha crecido considerablemente en la Comunidad en los últimos años, pasando del 1,7 % en 1997 a la cifra actual del 14,2 %, se mantiene aproximadamente la diferencia respecto a la media nacional, que pasó del 2,7 % al 21,2 % en el último período<sup>17</sup>.

16. Fuente: *Audiencia de Internet. Estudio General de Medios*, AIMC, 2ª ola, abril-mayo 2002.

17. En todo caso, hay que tener en cuenta que se producen ligeras oscilaciones de un año a otro, aunque habitualmente son las mismas Comunidades las que se sitúan en el más bajo porcentaje. Así,

Por otro lado, también en relación con internet, conviene destacar que parte de los diarios y publicaciones impresas que hemos mencionado en el apartado 2 de este comentario, cuentan también con una edición electrónica en página web, e igualmente existen otros medios en la Comunidad que tienen presencia exclusivamente en internet<sup>18</sup>.

También pueden tener cierto interés los datos de penetración del cine que, medidos según el criterio de asistencia al menos una vez en la última semana, alcanzaban en el año 2001<sup>19</sup> el 5,8 %<sup>20</sup>, también por debajo de la media nacional (11,0 %), y situándose, con el mismo porcentaje que Asturias, por encima de Cantabria (7,8 %) y Galicia (6,7 %); si bien las cuatro Comunidades citadas formaban el grupo de menor consumo relativo de cine, al ser las únicas en las que no se alcanzaba el 9 %.

En fin, podemos mencionar también a las agencias de noticias que poseen sede en la Comunidad, y que son cuatro<sup>21</sup>: EFE, y Europa Press, ambas con delegación en Toledo y corresponsalías en las otras cuatro capitales y en Talavera de la Reina; Fax Media, con dirección en Guadalajara, y COLPISA, con una corresponsalía en Toledo.

## 6. Conclusiones

Del anterior estudio pueden destacarse, sintéticamente, las siguientes ideas:

a) Con carácter general, en Castilla-La Mancha destaca la mayor penetración

teniendo en cuenta los datos del año 2000, Castilla-La Mancha, si bien se mantenía entre las Comunidades con menos implantación de internet (8,3 % frente al 12,6 % de la media nacional), superaba ligeramente a algunas Comunidades, como Extremadura (6,9 %), Murcia (8,0 %), y Galicia (8,2 %), las cuales, junto a Castilla y León, eran las únicas que no alcanzaban el 9 %; en cambio, en la medición correspondiente a 2001 todas ellas sobrepasaron a nuestra Comunidad, que pasó a ocupar el último lugar con un 12,3 % (Extremadura, 14 %, Galicia, 14,6 %, Murcia, 18,5 %). El desglose por provincias sólo podemos ofrecerlo respecto al año 2000: Albacete, 11,2 %; Ciudad Real, 7,6 %; Cuenca, 5,6 %, Guadalajara, 6,3 %; Toledo, 8,7 %. Fuente: *Anuario Social de España*, cit.

18. Como dato indicativo, de la página web de la Junta de Comunidades ([www.jccm.es](http://www.jccm.es)) parten un total de 22 enlaces a diarios digitales.

19. Fuente: *Marco General de Medios*, cit.

20. Lo que supone además un descenso respecto al 8,3 % del año anterior. El desglose por provincias del año 2000 fue: Albacete, 13,5 %; Ciudad Real, 8,8 %; Cuenca, 4,6 %; Guadalajara, 5,4 %; Toledo, 6,9 %.

21. Datos del *Directorio de Castilla-La Mancha 2002*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cit.

de los medios de difusión nacional, seguida en importancia por los medios locales, que tanto en prensa como en radio y televisión poseen cierta relevancia cuantitativa. En el ámbito de la radio, es relevante el número de emisoras locales de titularidad municipal.

b) La importancia de los medios de ámbito regional es menor, y su implantación es en general mucho más reciente. La mayor parte de ellos son públicos. Cabe destacar la reciente creación de la radio y la televisión autonómicas, que han comenzado a emitir en el año 2001.

c) En cuanto a la penetración global de cada uno de los medios, Castilla-La Mancha viene ocupando los últimos lugares por lo que se refiere a difusión porcentual de prensa, radio e internet. En concreto, según datos del EGM del año 2001 ocupa el último lugar en penetración de diarios, suplementos, radio, e internet.

d) En significativo contraste con el dato anterior, la Comunidad supera la media nacional y ocupa uno de los primeros lugares en penetración de la televisión. En media de minutos de televisión consumidos, se sitúa en el primer lugar entre las Comunidades Autónomas.

En cuanto a la difusión de las diversas emisoras, los datos son semejantes a los de ámbito nacional, con un predominio en la audiencia de televisión española, y una implantación significativa, como televisión autonómica, de Telemadrid. Las televisiones locales alcanzan una cuota aproximada del 2%.

e) No existe en la Comunidad regulación normativa directamente dedicada a la prensa escrita. Las normas aprobadas se refieren a la radio y la televisión. Poseen rango legal las normas aprobadas para la creación o regulación de medios públicos: Ley del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad, y más reciente Ley de creación del Ente Público Radio-Televisión de Castilla-La Mancha.

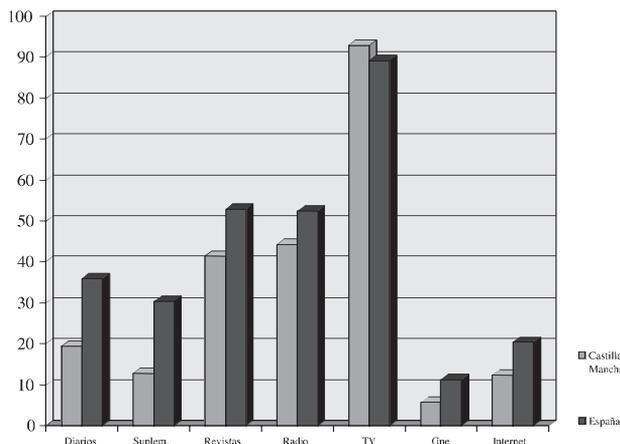
Mediante Decretos se ha regulado la gestión indirecta del servicio de radio-difusión en frecuencia modulada, y las televisiones locales. Esta última norma ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional.

## 7. Bibliografía y páginas web

- AIMC, *Marco general de los medios en España 2001* (disponible en [www.aimc.es](http://www.aimc.es))
- AIMC, *Estudio General de Medios (EGM). Resumen General. Febrero 2001 a noviembre 2001* (disponible en [www.aimc.es](http://www.aimc.es))
- AIMC, *Audiencia de internet. Octubre/noviembre de 2001* (disponible en [www.aimc.es](http://www.aimc.es))
- Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, *Informe Socioeconómico de Castilla-La Mancha 2000* ([www.jccm.es/ces](http://www.jccm.es/ces))
- Fundación La Caixa, *Anuario Social de España 2001* ([www.estudios.lacaixa.es/anuariosocial](http://www.estudios.lacaixa.es/anuariosocial))
- Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, *Directorio de Castilla-La Mancha 2002*.
- Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, *Anuario Estadístico de Castilla-La Mancha 2001* en [www.jccm.es](http://www.jccm.es)
- OJD: información sobre número de ejemplares y difusión de diversos medios de comunicación en [www.ojd.es](http://www.ojd.es).
- Tamames, R., y Heras, R. (dirs.), *Enciclopedia de Castilla-La Mancha*, vol. 1 (Territorio), vol. 2 (Espacio Humano), vol. 8 (Cultura).
- VV. AA., *Informe de Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, ediciones 1989 a 2000 (la edición de 2000 contiene CD-Rom con fichas normativas 1989-2000).

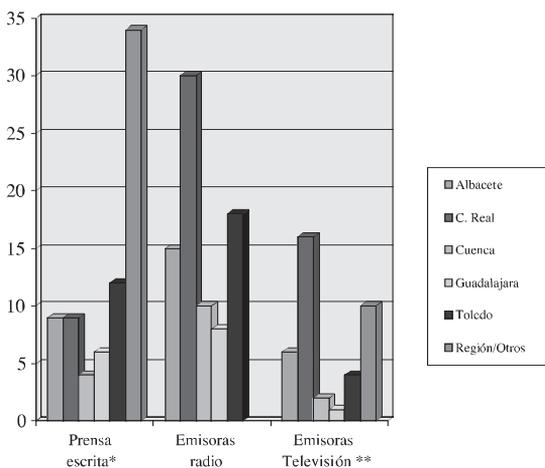
**Penetración de medios 2001.  
Comparativa Castilla-La Mancha-Media Nacional**

*Fuente: AIMC, Marco general de los Medios en España 2002*



**Número de Medios de Comunicación en Castilla-La Mancha (por provincias)**

*Fuente: Directorio de Castilla-La Mancha 2002 (Junta de Comunidades)*



\* El apartado "Región/otros" incluye otras publicaciones periódicas especializadas

\*\* No incluye televisión de pago ni cable. Se incluyen emisoras nacionales y autonómicas de otras Comunidades que se reciben en Castilla-La Mancha, en el apartado "Región/Otros".

“REPERCUSIONES JURÍDICAS DE LA CONCILIACIÓN ENTRE  
LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LAS HEMOTRANSFUSIONES  
CUANDO LA VIDA DE UN MENOR ESTÁ EN JUEGO:  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL 154/2002 DE 18 DE JULIO, EN EL CASO DE  
LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ”<sup>1</sup>

*Ana Valero Heredia*  
*Universidad de Valencia*

SUMARIO

- I. *Introducción: La permanente ebullición de lo religioso en el ámbito constitucional.*
  
- II. *Sobre la dimensión externa de la libertad religiosa:*
  1. *Dimensión externa de la libertad religiosa: faceta problemática de la vertiente subjetiva del derecho.*
  2. *La libertad religiosa frente al cumplimiento de deberes jurídicos: cuando la validez jurídica y la obligación ética resultan irreconciliables.*
  3. *La distinta intensidad de la libertad de creencias: cuando las convicciones internas se convierten en manifestaciones externas y tienen como sujeto receptor a un menor de edad.*
  
- III. *Parámetros para justificar la limitación de un derecho fundamental: La colisión de la libertad religiosa con otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos:*
  1. *Parámetros para determinar el alcance del ejercicio del derecho de libertad religiosa por un menor de edad.*
  2. *Delimitación en negativo del derecho de libertad religiosa de los padres: cuando el mandato jurídico de actuación resulta constitucionalmente desproporcionado.*
  3. *La transferencia de los deberes jurídicos inherentes a la condición de “progenitores”: cuando las obligaciones individuales se transforman en obligaciones públicas.*
  
- IV. *Conclusiones: El grado de madurez de la libertad religiosa.*

1. Este trabajo, en una versión más extensa y bajo el título “¿Existen parámetros para delimitar el alcance de la libertad religiosa cuando el interés prevalente de un menor está en juego?”, ha obtenido el Premio al Mejor Trabajo de Investigación Jurídica de tercer Ciclo de 2002 en la Facultad de Derecho de Valencia.

### ***1. Introducción: La permanente ebullición de lo religioso en el ámbito constitucional***

La presencia del fenómeno religioso en las sociedades occidentales contemporáneas no se circunscribe a aquellas en las que todavía subsiste la confesionalidad del Estado o que reconocen expresamente en sus Normas Fundamentales la existencia de una religión dominante. Sociedades de inspiración laicista como la francesa o Estados como el español que se asientan sobre el principio de libertad de creencias, ven constantemente tintada su actualidad de cuestiones relativas a la dimensión espiritual de su ciudadanía en los distintos ámbitos de su convivencia.

En el caso español, como es bien sabido, el binomio “separatismo-cooperación” conformado en el artículo 16 CE, impidió forjar una absoluta neutralidad de los poderes públicos respecto de las creencias religiosas de los ciudadanos. La aconfesionalidad del Estado no se pensó reñida, pues, con la obligación de los poderes públicos de cooperar con la Iglesia Católica y demás confesiones con el fin de garantizar el efectivo pluralismo de creencias de la sociedad.

Si bien es cierto que el artículo 16.3 CE parte de la proclamación de la aconfesionalidad del Estado y que el inciso subsiguiente proclama, más que otra cosa, “una concesión a una realidad sociológica”, también es cierto que las consecuencias de dicha concesión están empedrando el camino de todo tipo de realidades jurídicas y económicas. El cariz tendencialmente heterogéneo que cada vez más adquiere la realidad sociológica española -y que pone en evidencia un creciente pluralismo cultural y religioso en su seno- no se ve acompañado, sin embargo, de una real equiparación en el tratamiento jurídico y económico que reciben “una” y otras confesiones<sup>2</sup>.

Hay, sin duda alguna, una pluralidad de cuestiones que ponen en entredicho la neutralidad de los poderes públicos en lo que al hecho religioso se refiere: el diferente estatuto jurídico del que gozan las minorías religiosas en España respecto de la Iglesia Católica; el “eternamente transitorio” sistema de financiación privilegiado de esta última; la dudosa certidumbre de la asistencia religiosa de las confesiones minoritarias en los centros públicos; el status de la asignatura de religión católica en los planes de estudio y su fortalecimiento en la nueva Ley

2. Joaquín García Morillo: “Un tributo a la Historia: la libertad religiosa en la España de hoy”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 9/10, Valencia, 1995, págs. 115-133.

Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación; la dificultad práctica en la aplicación de las normas que establecen que los alumnos pertenecientes a confesiones religiosas minoritarias puedan recibir enseñanza religiosa en los centros públicos y privados concertados; o, la problemática creada en torno a la figura de los docentes de religión, en concreto lo referente a la controvertida situación laboral de quienes no pertenezcan a los cuerpos docentes del Estado. Pero más allá de estas cuestiones cabe señalar que no son menos los casos en los que la práctica administrativa y jurídica española tiene que enfrentarse a conflictos jurídicos en los que se ven implicados derechos individuales de personas pertenecientes a credos minoritarios y cuya exteriorización choca, en muchas ocasiones, con valores que la propia Constitución consagra. La aparición de conflictos jurídicos por razón de creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad cada vez más heterogénea y plural<sup>3</sup>.

En este sentido, las recientes polémicas en torno a la alumna musulmana a la que en principio se le impidió asistir a un colegio financiado por el Estado si no lo hacía sin cubrirse el cabello con un pañuelo; o la negativa de un padre marroquí a escolarizar a sus hijos en un centro privado concertado católico asignado por la Administración de Cataluña, ilustran significativamente la complejidad de delimitar cuál es la extensión de lo permisible como manifestación de la libertad religiosa, y sobre todo, la difícil demarcación de los supuestos en que están justificadas ciertas actitudes intervencionistas por parte del Estado que pongan barreras a comportamientos culturales o religiosos identificables con culturas determinadas y cuyo sustrato ético o moral difiere del aceptado como mayoritario.

3. Buenas pruebas de la presencia privilegiada de la religión católica, y de la Iglesia que la representa, pueden encontrarse en la más reciente legislación española. Así, la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003, prevé en sus Disposiciones adicionales vigésima tercera y vigésima cuarta respectivamente la prórroga del sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica hasta el año 2005, así como el sistema de pagos a cuenta a la misma institución aplicable durante el año 2003. Por su parte, la Ley 53/2002, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece en su Disposición adicional segunda una serie de beneficios fiscales aplicables al “Año Santo Jacobeo” de similares características a los previstos en su Disposición Adicional vigésima segunda para el “Caravaca Jubilar”.

Además, la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, eleva a definitivo el sistema de contratación laboral de “duración determinada” de los profesores de religión no pertenecientes a los Cuerpos de Funcionarios Docentes. Igualmente la nueva Ley regula un modelo de clase de religión con su clase alternativa correspondiente, de oferta obligatoria por los centros y de elección imperativa por los alumnos –pudiendo éstos elegir entre la opción confesional y la de carácter no confesional–.

Todas estas son cuestiones que ponen en tela de juicio el carácter laico y aconfesional del Estado de Derecho, tanto en el ámbito financiero y educativo como en el respeto a los derechos fundamentales y en especial de la libertad religiosa y el derecho a la igualdad y no discriminación entre las distintas creencias y confesiones.

La proyección del derecho de libertad religiosa sobre los nuevos movimientos o manifestaciones de ésta en el seno de una sociedad de progresiva complejidad, exige de los poderes públicos tomar en consideración la singularidad de algunas de sus conductas a la hora de adoptar decisiones sobre la delimitación del contenido de la libertad de creencias en el propio marco constitucional. Los grados de complejidad de la sociedad exigen un proporcionado incremento del consenso a la hora de afrontar cuestiones en las que, como en el caso de la Sentencia 154/2002, de 18 de julio, entran en juego el sustrato ontológico de los derechos fundamentales –el derecho a la vida– y la esencia de las libertades individuales –la autonomía de la conciencia–. La correcta delimitación entre aquellas actitudes intervencionistas de los poderes públicos que constituyen una justificada injerencia estatal y aquellas otras que suponen una ilegítima invasión en la esfera de autonomía de los individuos, resulta necesaria para resolver problemas tendencialmente crecientes en la sociedad española y a los que la realidad constitucional debe dar respuestas que refuercen el ejercicio de los derechos subjetivos.

## *II. Sobre la dimensión externa de la libertad religiosa*

### **1. Dimensión externa de la libertad religiosa: faceta problemática de la vertiente subjetiva del derecho.**

El Tribunal Constitucional otorgó, en su más temprana jurisprudencia, una definición de lo que había de entenderse como “libertad religiosa”, considerando a ésta como “el derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo”<sup>4</sup>. De este modo, el Alto Tribunal identificaba esta libertad, de un lado, con el derecho de toda persona a asumir o rechazar una determinada creencia religiosa sin coacción alguna proveniente de los poderes públicos; y, de otro, con la facultad que ampara a todo individuo para exteriorizar tales creencias religiosas y actuar conforme a ellas. Ambas vertientes –interna y externa– del derecho, sujetas, en todo caso, al límite constitucional que deriva de la cláusula de orden público<sup>5</sup>.

4. STC 24/1982, FJ 1°.

5. El Alto Tribunal fue consciente desde un primer momento de los diferentes ámbitos en los que se manifiesta el derecho a la libertad religiosa. El reconocimiento y definición de la doble dimensión del derecho ha quedado claramente expuesta a lo largo de sus pronunciamientos, pero, quizás, donde lo hizo de manera más ilustrativa fue en la STC 177/1996, FJ 9°: “El derecho de libertad religiosa del artículo 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, (...), incluye también *una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantener-*

La protección dispensada por la Carta Magna a una de las libertades más claramente enraizadas en la autonomía de cada persona, no se dirige exclusivamente a garantizar la inmunidad del foro interno del individuo y de sus convicciones éticas o morales –sean estas de carácter religioso o secular–, sino, a proteger, igualmente, su dimensión externa. La delimitación material del derecho exige, para evitar su desnaturalización, que el ordenamiento dispense efectiva protección a la libertad de actuar de acuerdo con las propias creencias y convicciones<sup>6</sup>.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas podría entenderse, pues, que el derecho de libertad religiosa no agota su contenido en el respeto a la autonomía de creencias de sus titulares, sino que alberga, igualmente, la eventual exteriorización de tales convicciones<sup>7</sup>. Esta vertiente externa –predicable con respecto a la libertad ideológica en general– incluye el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción de los poderes públicos que puede considerarse incluido en el contenido esencial del derecho, pues la relevancia jurídica de su ejercicio radica en el comportamiento coherente con las convicciones de sus titulares<sup>8</sup>.

*las frente a terceros*”. (La cursiva es mía). Sobre el reconocimiento de la dimensión externa del derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional véanse igualmente y por todas las SSTC 24/1982; 19/1985; 120/1990; 137/1990 y 141/2000.

6. Sobre la inclusión de las creencias de personas que adoptan frente al fenómeno religioso una postura aconfesional en el ámbito de protección del derecho de libertad religiosa, véase la postura de Iván Carlos Ibán: “Libertad religiosa: ¿libertad de las religiones o libertad en las religiones?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15, 1989, págs. 593-600. Ibán considera que la auténtica libertad religiosa es aquella que ampara, con plenas garantías jurídicas, a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su posición frente al fenómeno religioso, sea ésta fideísta o no lo sea. En idéntico sentido se manifiesta Ramón Soriano que aboga por la protección de “una libertad crítica respecto a la fe o religión, que comporta tanto la adopción como la negación de la fe”. Véase la opinión del autor en “Del pluralismo confesional al pluralismo íntegro”, *Revista de las Cortes Generales*, núm.7, 1986, pág.102. Postura similar es la mantenida por Manuel Moreno Vázquez: “La religión como asignatura: análisis constitucional de la cuadratura de un círculo en el sistema educativo español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XV, 1999, págs. 313-438. El autor defiende la existencia de un concepto amplio de libertad religiosa en el seno del artículo 16.1 CE, que exige de los poderes públicos la obligación de dotar de todas las garantías en el ámbito educativo a aquellos padres que deseen elegir para sus hijos una formación moral aconfesional. Esta postura permite al autor realizar interesantes críticas al status entonces vigente de la asignatura de religión en los centros públicos españoles.

7. Sobre la dimensión externa de la libertad religiosa véase José Martínez de Pisón Cavero en *Constitución y libertad religiosa en España*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 344 y ss.

8. En este sentido se manifiesta Francisco Javier Díaz Revorio al afirmar que en la delimitación del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 16.1 CE, debe entenderse incluida la posibilidad de actuar de acuerdo con las propias creencias, pero respetando, en todo caso, las exigencias de otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionales. Véase la opinión del autor en “La libertad ideológica y de religión”, *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes y la Universidad de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1997, pág. 211.

Evitar una definición restringida del concepto de libertad religiosa exige, como punto de partida, admitir que la libertad de creencias y de religión ampara cualesquiera convicciones de sus titulares, incluidas aquellas que no se adecuen a las generalmente compartidas por la sociedad, e incluso aquellas que fuesen susceptibles de valoraciones negativas por las convicciones cuantitativamente mayoritarias, pues la dimensión interna del derecho así lo preconiza. La dificultad radica en valorar qué sucede cuando la coherencia con los credos o idearios profesados exige de sus titulares un comportamiento externo disconforme con el orden de valores constitucionalmente establecido. La genérica protección que otorga el ordenamiento constitucional a la capacidad de actuar de acuerdo con la propia conciencia choca, en muchas ocasiones, con la imposibilidad de que el ordenamiento ampare ciertas conductas acordes con la conciencia individual. El problema reside en determinar, pues, cuándo son sancionables jurídicamente aquellas conductas o comportamientos que derivan del ejercicio externo de la libertad de creencias y que, por tanto, se configuran como actos motivados por los parámetros éticos de la persona.

Como quiera que, en términos de principio, la proyección externa de las propias convicciones merece una protección plena por parte del ordenamiento, quedaría entonces por definir los términos en los que resulta constitucionalmente amparada la manifestación pública de posturas minoritarias que chocan con la ética o moralidad preponderante. En este sentido, quede de antemano apuntado que la objetividad de una ética común basada en el orden constitucional establecido es, en ocasiones, difícilmente armonizable con los parámetros éticos de la conciencia individual. La protección jurídica de la autonomía de la conciencia no siempre es compatible con la obligación jurídica que exige la observancia de una norma a la que se contrapone el propio deber de conciencia. Es en estos casos cuando entran en contradicción la eficacia del ordenamiento y el respeto al derecho fundamental, y las soluciones jurídicas a adoptar no son del todo previsibles. Será en los próximos apartados donde se analicen los criterios utilizados por el Juez Constitucional para dar coherencia constitucional al ejercicio externo del derecho de libertad religiosa cuando éste se contrapone a los deberes derivados de una situación jurídica determinada o, cuando dicha contraposición tiene como consecuencia la puesta en peligro de otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Baste por el momento señalar que la dimensión externa del derecho ampara a todos los individuos independientemente de los contenidos materiales de sus credos, siempre y cuando el respeto al orden constitucional quede garantizado.

## **2. La libertad religiosa frente al cumplimiento de deberes jurídicos: cuando la validez jurídica y la obligación ética resultan irreconciliables.**

Si se reconoce que el derecho de libertad religiosa ampara un espacio de autodeterminación espiritual ante el fenómeno religioso, y que dicho espacio da cobijo a cualesquiera creencias de sus titulares, resulta coherente considerar que el derecho fundamental protege, igualmente, la facultad de hacer todo aquello que resulte un imperativo moral derivado del credo profesado, o en su caso, el derecho de no hacer aquello que resulte contrario a las propias convicciones religiosas. En todos estos supuestos, una actitud coactiva por parte de los poderes públicos que restringiese los citados comportamientos solamente estaría justificada ante posibles vulneraciones del ordenamiento constitucional por parte de quienes ejercen su derecho de libertad religiosa. Dichas vulneraciones, asimismo, sólo podrían derivar de potenciales enfrentamientos entre la manifestación externa de las convicciones religiosas y otros derechos fundamentales o valores y bienes constitucionalmente reconocidos. Sobre esta base puede entenderse, pues, que la armonización del derecho de libertad religiosa con el resto del ordenamiento exige determinar cuándo y en qué casos prevalece el pleno ejercicio del derecho, y en qué otros dicha plenitud debe verse restringida en virtud del propio orden constitucional, aunque de éste se deriven imperativos jurídicos que atentan contra la propia conciencia.

El supuesto que se plantea al hilo de la STC 154/2002, de 18 de julio, parte de la penalización de la conducta de unos Testigos de Jehová, padres de un menor (de 13 años) que murió tras negarse a que se le practicara una hemotransfusión sanguínea necesaria para su salud. La condena penal recayó sobre los progenitores por el resultado de muerte del menor al no haber convencido a éste para que claudicase en su actitud ni haber autorizado ellos mismos dicha intervención médica, finalmente autorizada por el Juzgado de guardia. Los hechos se remontan a 1996, cuando el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) falló a favor de los padres por considerar que no se les podía exigir una conducta contraria a su conciencia religiosa y sus enseñanzas. El Fiscal recurrió la citada Sentencia y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo condenó a los padres del menor por un delito de homicidio por omisión de los deberes derivados de la paternidad. Sin embargo, siendo consciente la Sala de la motivación religiosa que les condujo a dicha actitud omisiva, y haciéndose cargo de la singularidad de la tipificación penal como delito de homicidio de una muerte de la que, como consecuencia de la omisión por su parte de los deberes de salvaguarda de la salud y vida de su hijo menor de edad, se hace responsables a los padres, procedió a atenuar la pena

y concedió finalmente un indulto parcial a los condenados en una Sentencia posterior<sup>9</sup>.

Los recurrentes en amparo ejercitaron su derecho de libertad religiosa adoptando un comportamiento de “no hacer” coherente con sus concepciones religiosas y morales. La prohibición que les venía impuesta por los postulados del credo religioso que ambos profesaban resultaba radicalmente opuesta a las obligaciones que como padres del menor recaían sobre ellos. No en vano, los condenados penalmente alegaron en su recurso de amparo que, a través de su conducta omisiva, actuaron en legítimo ejercicio de su libertad religiosa y de la propia libertad religiosa del hijo menor de edad que, cuando pudo hacerlo, se resistió vehementemente a toda aplicación de hemoderivados, por compartir las mismas convicciones religiosas que sus progenitores. Se observa, pues, que en la STC 154/2002, lo que se planteaba, en suma, era la corrección o no, desde el prisma constitucional, de la exigibilidad de una concreta limitación de la libertad de creencias de unos padres, con el fin de proteger o salvaguardar el interés de su hijo menor de edad, y más concretamente, el derecho a la vida de este último.

Si se reconoce que el pleno derecho a la libertad religiosa de los padres ampara su negativa a adoptar actitudes contrarias a los imperativos de su conciencia; y se concede igual reconocimiento al otro bien jurídico constitucionalmente protegido –el derecho a la vida del menor–, que resultaba, sin embargo, desatendido en virtud de dicha conducta de los progenitores amparada por la faceta externa de su derecho fundamental, el Juez Constitucional se veía ante la difícil tarea de tener que buscar una interpretación jurídica que permitiese aunar todos los derechos concurrentes<sup>10</sup>. La clave para encontrar dicha interpretación provenía –como en todos los conflictos jurídicos en los que se ven implicados derechos

9. STS de 27 de junio de 1997.

10. Juan José Solozábal Echevarría sostiene que la coexistencia entre derechos o de éstos con otros bienes constitucionalmente reconocidos, conduce a unos conflictos en su ejercicio que, si bien han de ser resueltos, no se solucionan con la afirmación de la prevalencia absoluta o incondicionada de alguno de ellos sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos ellos. En este sentido, afirma el autor, que el conflicto no se resuelve de antemano aceptando la superioridad de uno de los derechos sobre otros, ya que, “la relación lógica o sistemática entre los bienes jurídicos protegidos por los derechos no se puede reducir a esquemas de supraordenación o jerarquía, sino que, por el contrario, la solución del conflicto ha de establecerse en cada caso como consecuencia de una ponderación que, en un determinado supuesto, puede establecer la prevalencia de un derecho sobre otro, atendiendo a las circunstancias concretas. Pero nunca podrá negarse la existencia del otro derecho que en ese caso determinado no resulta preferente y al que debe procurarse protección”. Véanse las consideraciones del autor en “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71 (Enero-Marzo), 1991, págs. 87-109.

fundamentales– de la correcta delimitación constitucional del alcance de los derechos en conflicto. El problema no radicaba tanto en aceptar que el contenido del derecho de libertad religiosa protegiese, en abstracto, la facultad de sus titulares para adoptar posturas coherentes con sus convicciones religiosas, sino más bien, –y este es un matiz a tener en cuenta para futuras conclusiones– en determinar hasta qué punto puede seguir blindada la plenitud de un derecho fundamental cuando su ejercicio tiene repercusiones sobre otro bien constitucional, en este caso, el derecho a la vida de un tercero menor de edad. Se observa, por un lado, como la proyección del derecho reconocido en el artículo 16.1 CE sobre la totalidad del sistema de derechos y bienes constitucionalmente reconocidos exige la propia modulación de su contenido, y, por otro, que su propio alcance y configuración material vendrán a substanciarse en relación con los límites que le son impondibles en cada caso concreto<sup>11</sup>.

Una vez trazada la cuestión en estos términos, la determinación de si persistía la obligación de cumplimiento de ciertos deberes jurídicamente exigibles a los recurrentes de amparo, en virtud de su condición de garantes de la salud y la vida del menor, se configuró para el Tribunal como el primer problema jurídico de base del presente recurso de amparo. A este respecto cabe señalar que, en múltiples resoluciones, el Tribunal Constitucional ha reiterado que “so pena de vaciar de contenido los mandatos legales, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los

11. La limitabilidad de los derechos fundamentales es teoría reiterada por el TC, “los derechos fundamentales no son incondicionados o absolutos por cuanto se integran en el seno del ordenamiento jurídico que reconoce como constitucionalmente protegidos otros derechos, bienes o valores jurídicos”: STC 2/1982, FJ2º.

A este respecto, Luis Aguiar de Luque afirma que “la consagración constitucional de un derecho no es la mera formalización de unas presuntas facultades naturales del hombre, como tampoco representa una mera definición de un ámbito de *agere licere*, sino que es algo más y que la consagración constitucional de un derecho implica la inserción de esas posiciones subjetivas en la norma jurídica fundamental dotándola de unidad de sentido, lo que comporta unas consecuencias favorables a la plenitud de éstos (...) pero también los relativiza en la medida en que los incorpora al ordenamiento”. Véase el parecer del autor en: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14 (enero-abril), 1993, pág.12. Esta relativización se plasma en la necesidad de modular el ejercicio del derecho dada la existencia de una pluralidad de titulares, así como por la existencia de otros bienes o valores reconocidos constitucionalmente. En este sentido Lorenzo Martín-Retortillo señala que “quedan muy lejos los tiempos en que podía tener vigencia el simplismo de que sólo el poder público perturbaba las libertades. Se multiplican los supuestos de enfrentamiento entre particulares, cada vez más, son los poderes públicos los garantes, no por afirmar su poder sino como la forma más sencilla de proteger a grupos que no pueden fácilmente defenderse”. Véanse las citadas afirmaciones en: “Régimen constitucional de los Derechos Fundamentales”, en Lorenzo Martín Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo: *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1998, pág. 69.

ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos”<sup>12</sup>, y en este sentido, el supremo intérprete de la Constitución ha insistido en que no puede negarse la punibilidad de un comportamiento por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor<sup>13</sup>. En su labor de conformar la propia conducta a la guía ética que resultaba de sus convicciones religiosas, los recurrentes en amparo adoptaron una actitud omisiva que, según los términos de la Sentencia del TS objeto de recurso, resultaba del todo insuficiente ya que correspondía a los padres –en el ejercicio de sus atribuciones como titulares de la patria potestad– la salvaguarda de la salud del menor, de la cual eran garantes. Por ello, según dicha Sentencia, tenían el deber moral y legal de hacer todo lo que fuere preciso para evitar cualquier situación que pusiese en peligro su salud o su vida, “estando obligados a proporcionar a su hijo la asistencia médica que hubiere precisado”. La *ratio* del pronunciamiento condenatorio, en la Sentencia del TS, era el imputado incumplimiento por los padres del menor fallecido de las obligaciones dimanantes de su atribuida condición de garantes como titulares de la patria potestad, concretada en este caso en relación con el derecho del menor a la vida, condición que resulta directamente de lo dispuesto en el art. 39.3 CE.

El Tribunal Constitucional trató de determinar si el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa por los padres amparaba su pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, o si por el contrario, significaba una extralimitación en el alcance del derecho en el caso concreto. En este sentido, la neutralidad del comportamiento de éstos frente a las decisiones que al respecto adoptaron los órganos judiciales, y el traslado del menor a los distintos hospitales en busca del tratamiento médico adecuado, fueron considerados por el Tribunal como comportamientos suficientes para determinar la inexigibilidad de actitudes que atentasen más directamente contra el núcleo esencial de sus convicciones religiosas. La concreta estimación del grado de responsabilidad que el Tribunal exigió a los progenitores en función de su condición de garantes, y el traslado de dichas responsabilidades a la tutela de los poderes públicos, son cuestiones que serán abordadas con posterioridad. Baste en este momento haber puesto de relieve que la dimensión externa del derecho de libertad religiosa, y las facultades a ella inherentes, pueden quedar alteradas en función de su concurrencia con otro derecho o bien constitucionalmente protegido.

12. En estos términos se pronuncian las SSTC 15/1982; 101/1983; 160/1987; 161/1987; 321/1994; 55/1996; 88/1996 y el ATC 1227/1988.

13. Véase al respecto el ATC 71/1993 y las SSTC 321/1994; 55/1996 y 88/1996.

### **3. La distinta intensidad de la libertad de creencias: cuando las convicciones internas se convierten en manifestaciones externas y tienen como sujeto receptor a un menor de edad.**

La relativización de la libertad religiosa acontece por cuanto su proyección sobre terceros condiciona la intensidad de su ámbito de protección. Si bien la amplitud del ámbito de autodeterminación espiritual que le está concedido a cada persona ante el hecho religioso implica que cada individuo pueda elegir y profesar unas creencias determinadas, y, además, actuar conforme a ellas sin más restricciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, la proyección de las citadas convicciones sobre terceros determina una modulación del grado de intensidad con que la libertad fundamental protege a su titular, en virtud, especialmente, de las consecuencias que de sus actuaciones se deriven para terceros, y, fundamentalmente, del grado de afectación que dichas conductas tengan sobre las convicciones y actuaciones de las personas sobre las que se proyecta.

El Tribunal Constitucional, dos años antes de dictar la Sentencia objeto de estudio en el presente comentario, ya estableció las bases para determinar el grado de amplitud del derecho de libertad religiosa cuando las facultades inherentes al derecho se despliegan sobre terceros:

*“La libertad de creencias (...) posee una distinta intensidad según se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada cual, o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta conforme con las propias creencias tenga en terceros, sean éstos el propio Estado o los particulares bien pretendiendo de ellos la observancia de un deber de abstenerse de interferir en nuestra libertad de creencias o bien pretendiendo que se constituyan en objeto y destinatarios de esas mismas creencias. Cuando el art. 16.1 CE se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las inmisiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta”<sup>14</sup>.*

14. STC 141/2000, FJ 4º. (La cursiva es mía).

Ciertamente, la afectación de las convicciones y modos de actuación de terceros derivados de la proyección externa de las propias convicciones, no siempre se encuentra amparada por un concepto amplio del derecho, especialmente cuando dicha proyección tiene como sujeto receptor a un menor de edad. La diferente intensidad de protección que la Constitución otorga a la dimensión externa de la libertad religiosa, deriva en la fijación de los límites que le son imponibles al derecho y en la precisión de hasta dónde pueden llegar éstos. En este sentido la citada STC 141/2000 dispone en su FJ 4º:

“Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del artículo 16.1 CE, que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el sólo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado *o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad*, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica (SSTC 160/1987, FJ 3; 20/1990; FJ3 y 4). El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley”<sup>15</sup>.

La consabida superioridad del *interés del menor* se identifica con la prioritaria protección de los derechos del niño cuando éstos entran en conflicto con otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos –artículo 2 de la LO 1/1996–. En esta línea, el Tribunal Constitucional reitera en la Sentencia 154/2002 lo ya establecido en la citada Sentencia 141/2000 al disponer que las normas internacionales de protección de la infancia y la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, constituyen “el estatuto jurídico indisponible de los menores dentro del territorio nacional”, estatuto que es “sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para los poderes públicos, que

15. (La cursiva es mía).

constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores”<sup>16</sup>.

Por tanto, si bien es cierto que la propia Constitución garantiza el derecho que asiste a los padres “para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 27.3 CE), y que, dicho derecho ampara el que éstos sean educados en un régimen de vida y en una disciplina religiosa afín a la de sus progenitores; no es menos cierto, que la proyección sobre el menor de convicciones ideológicas concretas, debe tener su límite infranqueable en la protección del propio interés del menor sobre el que se ejerce la patria potestad, con el fin de asegurar el desarrollo armonioso de su propia personalidad, evitando, de este modo, injerencias paternas abusivas.

En la Sentencia objeto de este estudio, los bienes jurídicos enfrentados eran el derecho de libertad religiosa de los progenitores, que amparaba, según su criterio, una actitud omisiva o de “no hacer” todo aquello que contradijese su credo religioso aun a expensas de poner en riesgo la vida de su hijo menor de edad; y el derecho a la vida del menor, que se veía desprotegido como consecuencia lógica de dicha actitud de sus progenitores. El Tribunal Constitucional entendió que el prevalente *interés del menor* se configuraba como el bien jurídico al que se reconocía un valor preponderante, debiendo examinar si los medios empleados para satisfacer el bien dotado de mayor categoría jurídica resultaban suficientes y satisfactorios.

Si bien el *interés del menor* es uno de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados utilizados por el legislador, de difícil concreción abstrayéndose del caso concreto en que éste se ve implicado, en términos generales, puede entenderse que en dicho concepto se incluyen el respeto, la protección y salvaguarda prioritaria de los derechos fundamentales del menor de edad, y, especial-

16. FJ 5º de la STC 141/2000. En este sentido, Francisco Rivero Hernández se manifiesta totalmente de acuerdo con las afirmaciones del TC en la citada Sentencia, al entender que el interés de los menores constituye el límite más claro, por la especial protección que se le dispensa en caso de conflicto con otros, a ciertos derechos de los adultos, no sólo como límite general a derechos e intereses ajenos en caso de conflicto, sino dentro de las relaciones familiares y en el ejercicio de la patria potestad, que queda, así, teñida de una especial coloración tanto en su concepción de *oficium iuris* (su centro de gravedad es la protección del hijo, protagonista principal, y no las facultades del padre o de la madre) como en la interpretación de las normas que lo rigen. Véase la opinión del autor en: “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos. (Comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, págs. 245-299.

mente de sus derechos de la personalidad<sup>17</sup>. El Alto Tribunal entendió, en el presente caso, que el menor había ejercitado determinados derechos fundamentales de los que era titular al oponerse a la práctica del tratamiento médico requerido: el derecho a su libertad religiosa y el derecho a su integridad física. Sin embargo, la protección de tales derechos inherentes a su personalidad, se situó en un segundo plano frente al valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor. De este modo, el Tribunal reiteró lo otras veces subrayado en su jurisprudencia declarando que “la vida, en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985) y (STC 120/1990). Por tanto, los efectos previsibles de la decisión del menor, que revestía los caracteres de definitiva e irreparable, determinó que la protección del prevalente *interés del menor* se situase en la efectiva protección de su vida a través de la tutela de los padres y, en su caso, de los órganos judiciales.

Sin perjuicio de abordar con posterioridad el valor constitucional que el Alto Tribunal otorgó a la propia libertad de creencias del menor de edad y al significado de su voluntad contraria a la práctica de la hemotransfusión, baste por el momento apuntar que la negación de que los padres quedasen excluidos de su condición de garantes de la vida del menor vino determinada, principalmente, por la inexistencia de datos suficientes que acreditasen con certeza que el menor fallecido tenía la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital. De esta forma el Tribunal concluyó que la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos de proteger la vida de su hijo, habían de adoptar. Quiere ello decir que, la estimación de una suficiente autonomía de juicio del menor hubiese podido tener como consecuencia, por un lado, la priorización de su propio derecho a la autonomía religiosa frente a su propia vida y; por otro, la exoneración de los progenitores en su deber de velar por la vida y salud del menor de edad a su cargo.

Varias objeciones deben ponerse de manifiesto a este respecto sin perjuicio de que en próximos epígrafes se profundice sobre ello. En primer lugar, y si se toma en consideración que la personalidad del niño o adolescente está en constante evolución, especialmente en un ámbito como el de la libertad de creencias donde la influencia de los padres es mayor cuanto menor es la edad de aquél sobre el que se ostenta la patria potestad, cabe plantearse desde este momento,

17. En este sentido se pronuncia Amelia Pascual Medrano: “Padres, hijos menores y libertad religiosa (En torno a la STC 141/2000, de 29 de mayo)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20 (Febrero), 2001, pág. 27.

en qué términos podría llegar a estimarse la libertad de creencias de un menor de edad en supuestos similares al planteado en el que el peligro para la vida de su titular puede resultar inminente. Y en segundo lugar –y observando la cuestión desde la perspectiva de los progenitores del menor, y garantes, pues, de la salud y vida de su hijo– cabe plantearse hasta qué punto pueden llegar a quedar exentos de sus obligaciones jurídicas aquellos que han inculcado en el menor a su cargo prioridades éticas y morales que le conducen a poner en riesgo su propia vida. Quizás serían más acertadas soluciones tendentes a asegurar, sin escollo posible, el *interés del menor* identificado éste con la efectiva preservación de su vida con el fin de garantizar, además, una futura determinación de su propia identidad en este ámbito.

Al respecto, distintas hipótesis en torno a las razones que pudieron llevar al menor a adoptar la citada actitud podrían ser mantenidas: más allá de la justificación adoptada en la presente Sentencia y en las de los órganos ordinarios previos –que se sustenta en la admisión de una efectiva convicción del menor en las prescripciones de su fe– también serían, al menos barajables, presunciones relativas a una posible intimidación moral no sólo proveniente de quienes en él habían introducido dichas prioridades éticas y morales, sino incluso, de aquellos otros miembros de la misma religión que en todo momento estuvieron presentes en el peregrinar del menor por los distintos centros médicos. El miedo a posibles represalias por los miembros de su confesión o el temor ante la reacción de los padres, son razones suficientes para que un menor de edad manifieste una opinión acorde a la de sus mayores sin necesidad de que el convencimiento sobre dicha postura sea absoluto. En este sentido parecen relevantes las afirmaciones del Tribunal en el FJ 5º de su ya citada Sentencia 141/2000:

“(…) frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su derecho personal. Libertades y derechos de unos y de otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 en relación con el artículo 39 CE)”.

Además, como ha señalado el Tribunal en anteriores Sentencias, “no existe un derecho fundamental a la propia muerte”, ésta sólo podría ser admitida como consecuencia lógica del ejercicio de un derecho subjetivo que tenga como base la libertad general de la persona y cuando el acto de voluntad del individuo sólo a él afecta<sup>18</sup>. ¿Podría, por tanto, llegar a ser admisible la estimación de una suficiente capacidad del menor de edad para llevar a cabo un acto de voluntad de consecuencias extremas aun basado en una enraizada creencia religiosa?. Sólo cuando sean analizados los criterios jurisprudenciales y jurídicos utilizados para determinar el grado de madurez suficiente del menor para ejercitar derechos fundamentales inherentes a su personalidad, podrá darse una respuesta satisfactoria a la presente cuestión. Sirva hasta el momento el haber puesto sobre el tapete hipótesis que ponen en tela de juicio una posible justificación de la acción omisiva de unos padres cuya conducta de “dejar hacer” puede no ser considerada suficiente para garantizar la protección del menor a su cargo.

### ***III. Parámetros para justificar la limitación de un derecho fundamental: la colisión de la libertad religiosa con otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos***

#### **1. Parámetros para delimitar el alcance del ejercicio del derecho de libertad religiosa por un menor de edad.**

Es del todo evidente, en virtud de lo dispuesto por la propia Constitución y desde la perspectiva de la legislación y la jurisprudencia existente en la materia, que los menores de edad, en tanto que personas, son titulares del derecho a la libertad de creencias y a su integridad moral<sup>19</sup>. El elemento de la minoría de edad es relevante, sin embargo, en lo que al ejercicio y libre disposición de este derecho se refiere. En el cometido de su capacidad de obrar, el menor no se halla sujeto a más limitaciones al ejercer este derecho que las establecidas por la ley o las derivadas del grado de madurez alcanzado que determinan su capacidad para asumir un determinado credo religioso y, consecuentemente, adoptar comportamientos que se adecuen a los mandatos religiosos o morales propios de esa concreta fe<sup>20</sup>. El deber de cooperación que recae sobre aquellos que tienen atri-

18. STC 120/1990, FJ 7º.

19. Aluden al derecho de libertad ideológica y religiosa del menor: la LO 7/1980, de Libertad Religiosa (arts. 1.1, 2.1 c) y la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 6.1).

Sobre la titularidad por el menor de sus derechos a la libertad de creencias véase las SSTC 215/1994; 260/1994; 60/1995; 134/1999 y la ya citada 141/2000.

20. El artículo 162 del Código Civil establece una serie de excepciones a la regla general de la representación legal por parte de los padres de los hijos menores no emancipados: “Los padres que ostenten

buida su guardia y custodia para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral, no implica que el libre disfrute de este derecho se abandone por entero a lo que al respecto dispongan los titulares de la patria potestad. En este sentido, el Tribunal Constitucional vuelve a pronunciarse en el FJ 9º de la Sentencia objeto de este comentario, en los mismos términos en los que lo hizo en la Sentencia 141/2000, FJ 5º:

“Desde la perspectiva del artículo 16.1 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guardia y custodia o, como en este caso, su patria potestad, *cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño* y los distintos estadios en los que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)”<sup>21</sup>.

Evidentemente, el menor se encuentra en un proceso de formación de su propia identidad ideológica o religiosa y a sus padres corresponde un papel esencial de apoyo y guía en su desarrollo personal (art. 39.3 CE). Según establece el artí-

la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: “Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Por su parte, el espíritu que orienta el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 es precisamente la autonomía del menor. El niño se convierte en sujeto activo de derechos, con titularidad y posibilidad de ejercicio de los mismos, siempre subordinado, este último, a las condiciones de madurez del menor. Por último la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor establece en su artículo 2 que “Las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

Recientes textos legales evidencian la elevada tendencia del legislador a estimar la autonomía de los menores de edad en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Al respecto, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, establece en su artículo 3 b) que “Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Igualmente, el artículo 9.3 b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y el artículo 9.2 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, otorgan protección a la decisión del menor a la hora de ofrecer su consentimiento informado antes de la realización de una operación quirúrgica.

21. (La cursiva es mía).

culo 6.3 de la LO 1/1996, éstos “tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”; y, en este mismo sentido el apartado 2º del artículo 14 de la Convención de Derechos del Niño, establece que “los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades”. De ello se desprende, que los padres tienen atribuida una función de guía o formación, pero, en ningún caso, de apoderamiento o sustitución del derecho del menor. De forma que, nadie puede ejercer el derecho de libertad religiosa (en su contenido y alcance positivo y negativo) por y para el menor, lo que podría significar imponer creencias, vivencias o prácticas religiosas contrarias a sus convicciones y sentimientos<sup>22</sup>. En definitiva, en el seno de las relaciones paternofiliales, ni esa labor de formación, ni el ejercicio de la propia libertad de creencias de los padres, puede desconocer que los hijos son, a su vez, titulares del mismo derecho fundamental.

Sin embargo, todo lo expuesto no es óbice para afirmar que cabe establecer una clara distinción entre aquello que supone el efectivo reconocimiento del derecho de libertad religiosa del menor y el interés de éste en cuanto al ejercicio de aquel derecho, cuestión que, en un supuesto como el planteado en la Sentencia 154/2002, no puede llegar a ser entendido en los mismos términos. Como se ha apuntado con anterioridad –y a pesar de haber identificado el interés del menor con la prioritaria protección de su derecho a la vida– el Juez Constitucional acudió a un concepto laxo e indeterminado como “el grado de madurez del menor” para medir no sólo el significado constitucional de la oposición del menor a la transfusión, sino para valorar, asimismo, y en función de dicha relevancia, el grado de responsabilidad que recaía sobre los padres teóricamente obligados, en todo caso, a velar por los intereses del menor a su cargo. De esta forma, el examen de una abstracta capacidad de juicio del menor se configuró para el Tribunal como el instrumento jurídico adecuado para determinar el grado de independencia de que gozaba el menor de edad para ejercitar sin injerencia alguna los derechos inherentes a su personalidad, y concretamente, en este caso, su derecho a autodeterminarse moral y físicamente, y a actuar conforme a ello. Además la graduación de la capacidad del menor para adoptar una decisión acorde con sus convicciones –pero que entrañaba un riesgo definitivo para su propia vida– permitió determinar en negativo el grado de responsabilidad en sus obligaciones que resultaba atribuible a los padres en función de su

22. En este sentido se pronuncia Francisco Rivero Hernández, op. cit., pág. 268.

calidad de garantes y en virtud de su deber de velar, en cualquier caso, y aun anteponiéndolo a sus propias convicciones, por el interés preponderante del menor<sup>23</sup>.

Así, si bien el Tribunal no apreció en la presente Sentencia signos de aptitud suficientes para considerar constitucionalmente relevante la voluntad del menor, una valoración de signo contrario podría conducir a dejar en manos de un menor de edad decisiones drásticas sobre su propia vida. La entidad de las consecuencias que de estos razonamientos pueden extraerse no son en absoluto desdeñables. En primer lugar, parece otorgarse a un concepto jurídico indeterminado, como es el de “grado de madurez del menor”, la entidad suficiente como para que a él se subordine el propio interés preponderante de la vida del menor a cuya protección debieran concurrir no sólo los progenitores sino también los poderes públicos. Como señala la propia Sentencia aludiendo a la tantas veces citada 141 /2000, FJ 5º:

“Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de estas potestades por parte de sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, *se haga en interés del menor*, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño”<sup>24</sup>.

Además parece entenderse, que la efectiva protección del interés jurídico superior –la vida del menor– queda subordinada a la concreción de un concepto jurídico indeterminado, cuya “subjativa determinación” puede poner en peligro su propia superioridad. Cabe al menos cuestionarse, por tanto, hasta qué punto no deja de ser “superior” el interés del menor al hacerlo depender de su “propia madurez”. Y en paralelo con esta cuestión habrá de tenerse en cuenta otra no menos importante y que merece ser resaltada, la relativa a qué concepto de “madurez” podría conducir a estimar la capacidad decisoria del menor en este ámbito. ¿Se hace referencia a una madurez intelectual, o por el contrario es la madurez emocional o la propia capacidad de discernimiento las que se requieren de un menor cuya voluntad no deba ser tachada de inexperta?; ¿qué tipo de con-

23. La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, establece en su artículo 6 que en supuestos conflictivos y, en todo caso, constatada la falta de la debida cooperación de los mayores responsables, tal y como la propia ley advierte, habrá que primar “el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

24. (La cursiva es mía).

sideración merecen las convicciones de un menor basadas en el juicio de valor que sus mayores le han inculcado desde que tiene uso de razón, máxime cuando está en peligro su propia vida?; ¿podría en este sentido considerarse madura la actuación de un niño de trece años que se opone a que se le practique un tratamiento médico necesario para su salud ante quienes, además de oponerse a ello, le han inculcado que una conducta favorable a la hemotransfusión infringe la ley de Dios, o sería signo de madurez la actitud contraria? Todas estas son cuestiones que no deben ser olvidadas a la hora de valorar la frecuente utilización, por parte de los poderes públicos, de conceptos jurídicos indeterminados para resolver cuestiones jurídicas en las que se ven involucrados derechos fundamentales de las personas y cuya abstracción crea situaciones de inseguridad jurídica no siempre justificables.

En este sentido –y retomando el hilo de la propia Sentencia– el Tribunal precisó el significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito, no tanto en función de un legítimo ejercicio del menor de su libertad religiosa, sino atendiendo principalmente al derecho de éste a su autodeterminación corporal inserto en su derecho a la integridad física. A este respecto, y en coherencia con sus razonamientos, el Tribunal Constitucional vino a alertar, en línea de principio, de una potencial afectación del derecho a la integridad física del menor si se hubiese producido la asistencia médica coactiva en virtud de la relevancia de su decisión en actos relativos a uno de sus derechos de la personalidad, el prescrito en el artículo 15 CE<sup>25</sup>. Sin embargo, y contrariamente a lo que se podía prever, esa primera estimación de la voluntad del menor fue relegada a un segundo plano en los posteriores razonamientos jurídicos del Alto Tribunal. Dos fueron los motivos que condujeron al supremo intérprete de la Constitución a dar un giro en sus valoraciones y a desestimar, por tanto, la suficiencia de la voluntad del menor para oponerse a la hemotransfusión. En primer lugar, y como se ha señalado con anterioridad, el que no estuviese suficientemente acreditada su “madurez de juicio” para que dicha voluntad fuese vinculante; y en segundo lugar, la estimación del “carácter definitivo e irreparable de las consecuencias que en el caso habría tenido dicha decisión vital”.

El segundo de los motivos que condujeron al Tribunal a no dotar de relevancia constitucional a la voluntad del menor, permite aunar los razonamientos del Tribunal Constitucional en la actual Sentencia con lo que ha sido una constante

25. En términos parecidos, el Tribunal ya señaló en sus SSTC 120/1990 y 137/1990, en los casos de huelga de hambre de los reclusos del GRAPO, que podría llegar a sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria a quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta.

valoración del derecho a la vida en su jurisprudencia. El carácter preponderante del valor “vida”, como bien jurídico situado en la cúspide de los valores que se encierran en el código ético establecido por el orden constitucional, ha determinado la constante prevalencia del derecho a la vida frente a cualquier otro derecho o bien constitucionalmente protegido en la jurisprudencia no sólo constitucional sino también del Tribunal Supremo. Numerosas son las Sentencias en las que el deber del Estado de preservar y proteger positivamente la vida ha predominado sobre la propia voluntad del afectado, precisamente, por el carácter de valor superior del ordenamiento que la jurisprudencia ha atribuido a la vida humana<sup>26</sup>. En la presente Sentencia el Tribunal Constitucional no abandonó, en línea de principio, dicha tendencia y reiteró en varias ocasiones el valor preponderante del derecho a la vida del menor como bien jurídico prioritario a proteger. Sin embargo, una clara diferencia se establece entre la actual y otras de las Sentencias del Tribunal en la materia, y es que dicha preponderancia del derecho a la vida vino establecida, en este caso, por la minoría de edad del titular del derecho, y más concretamente, por la falta de acreditación suficiente de su madurez para adoptar una decisión, que si bien venía motivada por sus más profundas convicciones religiosas, resultaba decisiva para su propia vida. En este caso, pues, y tal como prescribió el Tribunal, los recurrentes de amparo no debieron inhibirse de su obligación de garantes de la vida del menor pues no resultaba constitucionalmente admisible un libre, autónomo y legítimo ejercicio de la libertad religiosa del menor hasta dicho extremo.

26. En la STC 137/1990 el Tribunal Constitucional establece que “El derecho fundamental a la vida (...) como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y, en especial, al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a ataques de terceros, *sin contar para ello con la voluntad de sus titulares* e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho”. (La cursiva es mía).

El TS ya en su Sentencia de 14 de abril de 1983, en un supuesto relativo a la intervención médica realizada a una mujer Testigo de Jehová en contra de su expreso deseo, dispuso que el Juez había actuado correctamente al situar como valor preferente el de la vida de la paciente frente a su libertad religiosa. Esta Sentencia fue posteriormente confirmada por el TC en su ATC 369/1984, donde afirmó, con poco acierto, que el derecho garantizado por la libertad religiosa del artículo 16.1 CE tiene como límite “la salud de las personas”. El TC en este caso descuidó el carácter público del límite del artículo 3.1 de la LOLR, error que ha enmendado en la presente Sentencia cuando afirma en su FJ 13º que “en el caso que nos ocupa no hay afectación de la salud, ya que los textos internacionales que sirven de pauta para la interpretación de nuestras normas, se refieren a la salud pública, entendida con referencia a los riesgos para la salud en general”.

En una Sentencia de 27 de marzo de 1990, el TS volvió a reiterar el valor indisponible de la vida humana prevalente cuando entra en conflicto con la libertad religiosa.

Una interesante exposición de la evolución de la legislación y de la jurisprudencia en materia de hemotransfusiones puede verse en Juan Luis Sevilla Bujance: “Transfusiones de sangre, conciencia y derecho a la vida. Especial referencia a los menores”, *Revista General del Derecho*, núm. 676-677 (Enero-Febrero), 2001.

Quizás la conclusión más relevante que puede extraerse de las argumentaciones del Tribunal es el reconocimiento implícito de que la voluntad del sujeto implicado puede impedir una asistencia médica que resulta contraria a sus convicciones religiosas<sup>27</sup>. En el supuesto concreto es el status jurídico de la minoría de edad, y más concretamente, el insuficiente grado de madurez del menor, el que impide al Tribunal priorizar dicha oposición frente al propio riesgo de la vida de su titular. Así, podría sostenerse, que el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de pronunciarse, dadas las peculiaridades del caso, en térmi-

27. La nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su Capítulo IV relativo a “El respeto de la autonomía del paciente”, en el artículo 9.3 b) bajo la rúbrica “Los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación” establece que “Los facultativos podrán llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Asimismo, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, en el Título IV relativo al “Consentimiento informado, derecho a la libre elección y a la autonomía del paciente”, su Capítulo I “Consentimiento informado y libertad de elección” prevé en el artículo 9 bajo el título “Otorgamiento del consentimiento por sustitución” que “El Consentimiento informado se otorgará por sustitución en los siguientes supuestos: Cuando el paciente sea menor de edad o se trate de un incapacitado legalmente, el derecho corresponde a sus padres o representante legal, el cual deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación y constitución de la tutela, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona menor o incapacitada por el tutelada. En el caso de menores emancipados, el menor deberá dar personalmente su consentimiento. No obstante, cuando se trate de un menor y a juicio del médico responsable, éste tenga el suficiente grado de madurez, se le facilitará a él la información adecuada a su edad, formación y capacidad”. El artículo 10 dispone las “Excepciones a la exigencia del consentimiento” entre las que se encuentran: “c) Ante una situación de urgencia que no permita demoras por existir el riesgo de lesiones irreversibles o de fallecimiento y la alteración del juicio del paciente no permita obtener su consentimiento”. Es importante señalar, en cuanto a la valoración de la voluntad del menor en este ámbito que en el artículo 17 de la Ley se prevé, asimismo, que los menores de edad emancipados podrán firmar el documento de voluntades anticipadas en el que manifiesta las instrucciones que sobre las actuaciones médicas se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurren no le permitan expresar libremente su voluntad.

A este respecto, resulta interesante destacar, igualmente, la relevancia que se da al “consentimiento del menor” a efectos de la práctica de intervenciones quirúrgicas en el “Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina” de 4 de abril de 1997 (*B.O.E* de 20 de octubre de 1999). Este Convenio señala expresamente que la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y de su grado de madurez.

nos distintos a lo que durante mucho tiempo ha prescrito la práctica judicial en materia de objeción a tratamientos sanitarios por parte de los enfermos, pero quizás no resulte osado decir que en sus razonamientos se intuye un cierto grado de cambio de tendencia en cuanto a la estimación de una posible ilegitimidad constitucional de una asistencia médica coactiva practicada a quien, no hallándose en una relación de sujeción especial, “asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta” antes de violentar sus creencias religiosas<sup>28</sup>.

En esta línea, es pertinente traer a colación lo que se anunció en previos apartados en relación a la relevancia de la voluntad de aquellas personas que ven cómo sus más íntimas convicciones ideológicas o religiosas entran en contradicción con valores constitucionalmente protegidos e incluso tradicionalmente prevalentes. Se está haciendo alusión en estas líneas a que un genérico reconocimiento constitucional de aquellas conductas tendentes a “asumir el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo afecta al individuo” podría conducir a dar por válidas decisiones que hasta el momento no han tenido una cabida constitucional en nuestra jurisprudencia. Tal es el caso, de los supuestos de eutanasia voluntaria que basan su reivindicación en el derecho a prescindir de la propia vida cuando esta es vivida sin dignidad. Si sentencias como la presente se repiten en los pronunciamientos del Alto Tribunal, no resultaría excesivo vaticinar una jurisprudencia más sensible ante problemas de tal envergadura. Sin embargo, y en aras a prever que el vaticinio se convirtiese en algo más que eso, cabría plantearse, quizás, ya desde este momento, sobre qué cimientos podría sustentarse una línea jurisprudencial en estos términos. Para hacer estimaciones de tal calibre debe contarse exclusivamente con los pronunciamientos hasta ahora existentes, y de su análisis se deduce que, en ningún caso, podría sostenerse que el derecho a la vida amparase en sí mismo un derecho fundamental a la propia

28. En las ya citadas SSTC 120/1990 y 137/1990, en las que se planteó un supuesto relativo a la legitimidad constitucional de la alimentación forzosa por vía parenteral de unos reclusos del GRAPO que se encontraban en huelga de hambre, el Tribunal vino a rechazar la inconstitucionalidad de la práctica en función de la relación de sujeción especial en que se encontraban los reclusos y de los consiguientes deberes de la Administración de velar por la vida de los internos. En este caso se deduce ya, una cierta estimación por parte del Alto intérprete de la Constitución de la voluntad del que se opone a la práctica de un tratamiento médico aun asumiendo el riesgo de la propia muerte, pues reconoce que aun no siendo el derecho a la propia muerte un derecho subjetivo ni mucho menos fundamental, podría llegar a sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria en supuestos en los que el acto de voluntad implica un riesgo de morir estrictamente individual que no afecta a terceros. Esta estimación de la voluntad del que se opone a recibir un tratamiento médico por ser contrario a sus convicciones morales, es reiterada por el Tribunal en la presente STC, sin embargo, la condición de menor de edad del titular de este “derecho a asumir la propia muerte”, y especialmente, su inmadurez para ello, ha impedido determinar la legitimidad de tal voluntad.

muerte –tal y como expuso con rotundidad el Tribunal en la ya mencionada Sentencia de los reclusos del GRAPO en huelga de hambre–, más bien, cabría buscar soluciones amparadas en el propio contenido del artículo 16.1 CE y en los derechos que en él se recogen. Pronunciamientos que admitiesen la constitucionalidad de conductas subjetivas llevadas al extremo de la propia muerte, sólo podrían tener sustento constitucional en los cimientos del propio derecho a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia<sup>29</sup>.

## **2. Delimitación en negativo del derecho de libertad religiosa de los padres: cuando el mandato jurídico de actuación resulta constitucionalmente desproporcionado.**

La falta de una suficiente madurez de juicio del menor para ejercitar su derecho a la libertad religiosa hasta extremos que lo antepusieran a su propia vida, determinó la permanencia de responsabilidades de los padres inherentes a su condición de garantes. De forma que, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos habían de adoptar. Dicha condición de garantes no resultó afectada, pues, en virtud de la autonomía del menor, no produciéndose, en términos de principio, una exoneración en sus deberes jurídicos. No obstante, el Tribunal Constitucional trató de determinar si la reconocida persistencia de los deberes derivados de la paternidad implicaba una desproporcionada restricción del propio derecho de los padres a su libertad religiosa. Inmerso en esta labor, el Tribunal estableció una clara distinción entre el grado de restricción que para la libertad conllevan los mandatos de actuación –cuyo incumplimiento da lugar a los delitos omisivos– y las prohibiciones de actuación –cuya infracción genera delitos de acción–. En el supuesto planteado la exigibilidad de una conducta positiva por parte de los padres, que implicaba la adopción de una actitud disuasoria de las rotundas convicciones del menor o, en su caso, una autorización por su parte de la práctica de la transfusión sanguínea, implicaba el cumplimiento de un mandato de actuación especialmente restrictivo de su derecho a la libertad religiosa. Y ello porque, reproduciendo las propias palabras del Tribunal, “el sacrificio del derecho llamado a ceder *no debe ir más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante*. Y es claro que en el presente caso la efectividad de este preponderante derecho a la vida del menor no

29. Sobre la objeción de conciencia a tratamientos médicos en general puede consultarse Juan Carlos Armentero Chaparro: *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos: la cuestión de la patria potestad*, Colex, Madrid, 1997; Sara Sieira Mucientes: *La objeción de conciencia sanitaria*, Dykinson, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000 y José Antonio Souto Paz: *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 313 y ss.

quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión”<sup>30</sup>.

En efecto, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la necesidad de que las limitaciones de los derechos fundamentales, además de hallarse justificadas sobre la base de un fin constitucionalmente legítimo, sean razonables y proporcionadas a ese fin en atención al cual se establecen. La libertad de creencias –afirma el TC– es conculcada por los poderes públicos “si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto; o aun cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas”<sup>31</sup>. La limitación de la libertad de creencias de los padres era legítima pues se dirigía a preservar el derecho a la vida de su hijo menor. El problema radicaba en determinar si dicha limitación resultaba razonable y proporcionada en atención al fin que se trataba de preservar. Y es aquí donde, a juicio del TC, la resolución del TS presentaba serios defectos que condujeron al primero a entender que la misma había lesionado la libertad de creencias de los recurrentes.

La correcta armonización del ejercicio de un derecho –concretamente en este caso, de la faceta externa del derecho de libertad religiosa de los padres– con otros derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos –el derecho a la vida de un menor de edad– exige que los límites que se apliquen al derecho llamado a ceder deriven de una adecuada interpretación sistemática de la Constitución. En palabras del Tribunal, “la propia Constitución es norma de limitación, pues en ella cada derecho no se concibe como absoluto, sino que viene configurado en atención a otros derechos”<sup>32</sup>. En este sentido, dispone asimismo el Tribunal que “la interpretación del alcance del contenido de un derecho fundamental ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con la interpretación sistemática que estima más oportuna”<sup>33</sup>. De esto se deduce, que la articulación de los derechos fundamentales con el resto de derechos, bienes y valores del ordenamiento jurídico exige que, ante un conflicto entre derechos fundamentales y/o bienes constitucionali-

30. (La cursiva es mía).

31. STC 141/2000, FJ 4º. En este sentido véase igualmente el FJ 11º de la STC 46/2001.

32. STC 126/95, FJ 2º.

33. STC 55/1996, FJ 6º.

mente protegidos, sea imprescindible la realización de una “ponderación de bienes” que determine cuál de ellos prevalece en el caso concreto y con el objetivo de que la restricción, en su caso, aplicada a uno de ellos, sea acorde con el *prius* de supremacía constitucional de los derechos fundamentales<sup>34</sup>.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, y por lo que respecta a la presente Sentencia, podría entenderse que una apriorística prevalencia de cualquiera de los derechos en conflicto no habría sido constitucionalmente admisible<sup>35</sup>; sin embargo, la superioridad del derecho a la vida del menor vino determinada, irrefutablemente, en virtud del valor superior que el ordenamiento dispensa al estatuto jurídico indisponible de un menor de edad<sup>36</sup>. En este sentido, la adecuación constitucional del orden jerárquico establecido en sede judicial resultó constitucionalmente amparada. El supremo intérprete de la Constitución estimó adecuado el juicio de ponderación realizado por el órgano judicial entre los bienes jurídicos en conflicto –derecho a la vida del menor y derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres– que había dotado de prioridad a la protección del derecho a la vida del menor. Sin embargo, entendió que dicho juicio de ponderación no debió haberse extendido a la privación de los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa, en estricta observancia del “principio jurisprudencial de necesidad”.

La valoración en términos de ponderación es un paso previo, inicial y necesario para la realización de juicios posteriores sobre la proporcionalidad de la limitación, que permitan revisar si la armonización de los derechos y bienes constitucionales se ha realizado de manera adecuada, es decir, procurando que ninguno de ellos resulte injustificadamente sacrificado y para evitar que la restricción aplicada “vaya más allá de lo estrictamente necesario”<sup>37</sup>. El Tribunal Constitucional trató de determinar si la limitación del derecho de libertad reli-

34. Sobre la aplicación por el Tribunal del mecanismo de ponderación de bienes véanse por todas las SSTC 120/83; 22/84; 53/85; 104/86; 159/86 y 105/90.

35. STC 34/1996, FJ 4º: “El ejercicio de cada derecho no tiene más límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás, sin prevalencia apriorística de cualquiera de ellos, y, por tanto, en un equilibrio inestable, sin que ninguno de ellos tenga carácter absoluto ni rango superior a los colindantes”.

36. Al respecto, el Tribunal en su Sentencia 141/2000, FJ 5º dispuso claramente que en caso de conflicto entre las libertades y derechos de los progenitores y del menor, éstos deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad.

37. El Tribunal Constitucional estima que el principio de proporcionalidad es un elemento integrante del Estado de Derecho. En este sentido la Sentencia 85/1992 en su FJ 4º, dispone: “(...) es importante destacar que al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de

giosa de los padres –que derivaba de los mandatos de actuación inherentes a su condición de garantes– resultaba *estrictamente necesaria* para satisfacer el bien constitucional al que se le reconoció un valor preponderante, es decir, la vida del menor.

En este sentido es importante señalar que, evitar una desmedida restricción del derecho sacrificado exige atender a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los límites que se le imponen. La aplicación del principio de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales exigía que la restricción del derecho de libertad religiosa y de creencias de los padres –en cuanto que derecho sacrificado en la ponderación de derechos en conflicto– hubiese superado tres subprincipios jurisprudenciales o controles de constitucionalidad de la restricción: el llamado “principio de utilidad”, el “principio de necesidad” y el “principio de proporcionalidad en sentido estricto”<sup>38</sup>.

Como es bien sabido, la doctrina española se ha ocupado extensamente de analizar, durante los últimos años, la aplicación del principio de proporcionalidad y de los tests de razonabilidad y racionalidad a la hora de limitar derechos fundamentales en conflicto, o de discernir cuándo debe prevalecer un derecho, un bien o un valor constitucionalmente protegido, todo ello a partir de las tesis elaboradas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos y por otras Cortes Constitucionales europeas, e importadas por el Tribunal Constitucional español. No es éste el momento de realizar una amplia refle-

canon de constitucionalidad (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedan éstas de normas o resoluciones singulares”. Sobre el juicio de proporcionalidad, véase Ángel Carrasco Perera: “El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 11 (mayo-agosto), 1984, págs. 39-106. Consúltense, además, el núm. 5 de *Cuadernos de Derecho Público*, dedicado de manera monográfica al principio de proporcionalidad, 1998. Asimismo véase: Markus González Beilfuss: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003.

38. Al respecto, tal y como acierta a resumir la STC 207/1996, FJ° 4 “(...) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de producir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

xión o exposición sobre el tema, pero sí son obligadas unas breves puntualizaciones al hilo de la Sentencia 154/2002, objeto de este comentario<sup>39</sup>.

39. El Tribunal Constitucional español, a diferencia de lo que en ocasiones ha hecho con la libertad de expresión, no ha predicado ningún tipo de “posición preferente” o prevalente de la libertad religiosa, frente a otros derechos o frente a otros bienes constitucionalmente reconocidos. Como se sabe, la Suprema Corte norteamericana, sí estableció, en cambio, una *preferred position* para la libertad religiosa, junto con la de prensa y expresión.

En cuanto a la utilización del principio de proporcionalidad en materia de libertad religiosa es importante señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha empleado, con asiduidad, este principio para adoptar decisiones relativas a la restricción del derecho. En este sentido, resultan significativas dos de sus Sentencias en las que se rechaza la legitimidad de la limitación de sendas manifestaciones del derecho de libertad religiosa de miembros de los Testigos de Jehová. El primero de los casos, enfrentó al señor Minos Kokkinakis, ciudadano griego Testigo de Jehová, contra Grecia. El demandante, acompañado de su esposa, entró en casa de un matrimonio de fieles ortodoxos y entablaron una discusión sobre temas religiosos con la mujer. Mientras se producía esta discusión, el marido de ésta advirtió a la policía, que arrestó al matrimonio Kokkinakis por realizar actos de proselitismo –tipificado éste como delito en una ley de 1938– y, posteriormente, fueron condenados en juicio, aunque en apelación se absolvió a la esposa. El demandante, no sólo invocaba una interpretación errónea de esta ley, sino también la incompatibilidad de esta norma con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal, al igual que la Comisión, declaró que “la libertad religiosa comprende el derecho a tratar de convencer al prójimo y que la tipificación penal del proselitismo responde a una finalidad legítima: la protección de los derechos de los demás, pero que la condena del demandante es *desproporcionada* porque no se ha precisado suficientemente en que medida el acusado ha utilizado medios abusivos para convencer a otros de sus creencias”: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: *Kokkinakis v/Greece*, Judgment of 25 May 1993. (La cursiva es mía).

La segunda de las Sentencias *Hoffmann contra Austria* es citada por el propio TC en la Sentencia 154/2002. En este caso, la demandante alegaba una discriminación por motivos religiosos por haber sido privada por el Tribunal Supremo de Austria de la patria potestad sobre sus hijos –que le había sido concedida por los tribunales inferiores– en beneficio de su ex marido por pertenecer a los Testigos de Jehová. Entre los argumentos utilizados por el Supremo, figuraba el riesgo para la salud de los niños del rechazo de la madre a consentir una transfusión sanguínea que pudieran necesitar sus hijos y, el hecho de que recibiesen la educación religiosa de los Testigos de Jehová, basándose en que durante el matrimonio los esposos convinieron en darles una educación católica –que en aquel momento era la religión común de ambos– y, según la legislación austriaca, este acuerdo no puede modificarse unilateralmente, como hizo la señora Hoffmann tras el divorcio. En su Sentencia, el TEDH entendió que se había producido una diferencia de trato discriminatoria basada en consideraciones religiosas en lo relativo a la privación de la patria potestad y a la educación religiosa de los hijos porque, aunque el Tribunal Supremo perseguía un fin legítimo, proteger la salud y los derechos de los hijos, no existía una *razonable relación de proporcionalidad*. (La cursiva es mía).

Dos jueces –Matscher y Valticos– presentaron sendos votos particulares a la Sentencia del TEDH que se estiman adecuados, por considerar que el Tribunal Supremo no tomó en consideración en su sentencia la religión de la madre sino los efectos que la adhesión a esta religión podrían acarrear para el bienestar de los hijos, lo que les pareció legítimo, no existiendo, por tanto, discriminación, o aún mejor, estando ésta justificada. Se observa como la postura de los jueces disidentes –y sin perjuicio de las peculiaridades del caso concreto que difieren de las actuales– coincidiría con lo mantenido en este trabajo sobre la justificación de la restricción del derecho de libertad religiosa de los padres cuando está en peligro la salud de los hijos. Es importante señalar, no obstante, que en el caso *Hoffmann* el posible riesgo para la salud de los hijos era sólo eso, un riesgo, mientras que en el caso de la STC 154/2002, el peligro para la salud del menor era inminente, cuestión a tener en cuenta a la hora de sostener la razonabilidad de la limitación del derecho de libertad religiosa de los padres en uno y otro caso: EUROPEAN

El “principio de utilidad” o “juicio de adecuación”, exige que los medios que la restricción del derecho arbitra sean susceptibles de alcanzar la finalidad perseguida, es decir, la protección del derecho preponderante que en este caso era el derecho a la vida del menor. Ello implica, que sean objetivamente idóneos y, por tanto, útiles para ello<sup>40</sup>. En segundo lugar, la intervención en el derecho debe de ser igualmente “necesaria”, debiendo atenderse al llamado “juicio de indispensabilidad” que permite identificar la inconstitucionalidad de la limitación del derecho en dos supuestos: cuando se constatase, con carácter previo, que se podía haber adoptado un medio de igual efectividad pero de menor incidencia para el derecho fundamental sacrificado; o cuando se verificase, a posteriori, que la medida adoptada en contraste con otras posibilidades, supuso una fuerte restricción del derecho fundamental. El principio de necesidad exige, pues, una previa selección de los medios útiles y una determinación posterior de aquellos que resultan más moderados para la limitación del derecho. De modo que “...todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para alcanzar el fin perseguido”<sup>41</sup>. Por último, y en tercer lugar, además de los criterios de utilidad y de necesidad apuntados, la medida que pretende restringir un derecho fundamental habrá de ajustarse, igualmente, al “principio de proporcionalidad en sentido estricto”. Dicho en otros términos, debe producirse una armonización entre la restricción del derecho y la protección del bien jurídico o derecho con el que colisiona. Mediante la aplicación de este subprincipio debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se producen cuando se limita un derecho fundamental a fin de preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido<sup>42</sup>.

El Tribunal Constitucional omitió, en los postulados de la presente Sentencia, la expresa exposición de los criterios jurisprudenciales necesarios para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la restricción del derecho fun-

COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hoffmann v/Austria*, Judgement of 26 May 1993.

Para una somera exposición de la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad religiosa, véase: “La libertad religiosa en la jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho*, núm. 89 (Julio-Agosto), 2001, págs. 6745-6768. Igualmente consúltese María Jesús Gutiérrez del Moral y Miguel Ángel Cañivano Salvador: *El Estado frente a la libertad de religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2003.

40. Sobre el citado juicio de adecuación véase la STC 178/1989.

41. STC 119/1990, FJ 8º.

42. Una interesante exposición sobre los mecanismos de aplicación de los tres subprincipios que integran el “principio de proporcionalidad” por la jurisprudencia constitucional española puede consultarse en Manuel Medina Guerrero: *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, págs. 117-135.

damental de libertad religiosa de los padres. No obstante, éstos pueden presumirse implícitamente aplicados pues el supremo intérprete procedió –tras analizar si se había efectuado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados– a examinar si la realización de las concretas acciones que se habían exigido de los padres –especialmente restrictivas de su libertad religiosa y de conciencia– era necesaria para la satisfacción del bien al que se había reconocido un valor preponderante, dado que, en sus propias palabras, “el sacrificio del derecho llamado a ceder no debe ir más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante”. De este modo, y sobre la base de una implícita aplicación del juicio de proporcionalidad de la restricción y de los tres subprincipios que lo integran, el Tribunal llegó a la conclusión de que exigir a los padres del menor actuaciones positivas tendentes a persuadirle de que aceptase la transfusión sanguínea, o la directa autorización por ellos mismos, hubiese supuesto una restricción excesiva e innecesaria, y por tanto desproporcionada, de su derecho a la libertad religiosa. Y ello porque, según estimó el Tribunal, la actitud pasiva de los padres aquietándose frente a las resoluciones judiciales que autorizaron la actuación médica, así como la imposibilidad de acreditar si una actitud disuasoria por su parte hubiese producido resultados distintos en las convicciones del hijo, así lo justificaba.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estimó que el acatamiento por parte de los progenitores de la decisión judicial que autorizó la transfusión y su comportamiento basado en el propósito de encontrar un hospital que ofreciese métodos alternativos que permitiesen salvar la vida de su hijo, fueron actos constitutivos de una cooperación suficientemente diligente por parte de los garantes de la vida del menor. Este razonamiento del Tribunal viene reforzado por el hecho de que en ningún momento procesal quedó probado que una cooperación disuasoria activa por parte de los progenitores pudiese haber resultado fructífera en su propósito, de forma que la exigencia de dicha actitud hubiese resultado atentatoria, por desproporcionada, de la libertad religiosa de estos últimos.

### **3. La transferencia de los deberes jurídicos inherentes a la condición de “progenitores”: cuando las obligaciones individuales se convierten en obligaciones públicas.**

Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional determinó que la exigencia de una acción disuasoria por parte de los padres tendente a desanimar la oposición del menor a la transfusión sanguínea o su propia autorización para que se procediese al tratamiento médico prescrito, suponían una restricción excesiva e innecesaria del derecho de los progenitores a su propia libertad religiosa. La neu-

tralidad del comportamiento de éstos frente a las decisiones que al respecto adoptaron los órganos judiciales, y el traslado del menor a los distintos hospitales en busca del tratamiento médico adecuado, fueron considerados por el Tribunal como comportamientos suficientes para determinar la inexigibilidad de actitudes que atentasen más directamente contra el núcleo esencial de sus convicciones religiosas. Las citadas actuaciones implicaron una puesta a disposición efectiva del menor bajo la acción tutelar del poder público para que salvaguardase su vida, quedando disminuidas las responsabilidades inherentes a su condición de garantes.

En este sentido cabe reiterar que la tutela y protección de los derechos fundamentales del menor de edad corresponde, no única y exclusivamente a aquellos que tienen atribuida su patria potestad, sino también a los poderes públicos. Sobre éstos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de la patria potestad por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño<sup>43</sup>. De esto se desprende que, en aquellos supuestos en que los derechos del menor estuviesen en juego, éstos serían en todo caso prevalentes frente cualquier interés de los progenitores, siendo los poderes públicos los responsables de garantizar su protección. Ni en el caso extremo de una acreditada inmadurez del menor, el ejercicio de la patria potestad podría amparar comportamientos que pusiesen en peligro los derechos de aquél<sup>44</sup>.

En el ámbito concreto de la presente Sentencia, la voluntad del menor tendente a priorizar su derecho a la libertad religiosa frente a su propio derecho a la vida, confluía con las convicciones religiosas y con la propia voluntad de sus progenitores. De este modo, el deber de cooperación que, con carácter general, recae sobre los padres para que el menor ejerza sus derechos personalísimos de la manera que mejor contribuya a su desarrollo integral, no les fue exigido a los progenitores, pues precisamente, el desarrollo integral del menor lo entendían

43. SSTC 215/1994; 60/1995; 134/1999 y 141/2000.

44. A este respecto resulta significativo el Auto del TS de 26 de septiembre de 1978: La resolución traía causa de la inflexible negativa de un matrimonio, cuyos componentes eran Testigos de Jehová, a que se realizase a su hija menor y sometida a su patria potestad una transfusión de sangre. Tras el requerimiento preceptivo, la resolución judicial fue favorable a la intervención. Posteriormente, el TS respaldó la decisión del juez de turno afirmando que “el derecho a la patria potestad no puede extenderse al menor que se encuentra en situación de peligro de muerte”.

los padres acorde con las enseñanzas religiosas que le habían inculcado. Puede entenderse, por tanto, que el Alto Tribunal juzgó que la tutela del interés del menor, identificado éste con la protección de su derecho a la vida, quedó en manos de los poderes públicos desde el momento en que sus progenitores acataron las resoluciones del órgano judicial que autorizaba la transfusión, pues no les eran exigibles otras obligaciones de protección contrarias a sus convicciones religiosas. Esto permite deducir que las genéricas obligaciones de los padres como garantes de la vida de su hijo se convirtieron en específicas obligaciones de los poderes públicos en virtud de una exención que encuentra su amparo en el estricto ejercicio de un derecho fundamental.

De este modo, la corresponsabilidad existente entre la familia y los poderes públicos a la hora de adoptar los medios necesarios para garantizar los intereses superiores del menor de edad, se convirtió en responsabilidad unilateral de los segundos dada la exoneración de los primeros ante el cumplimiento de las prescripciones de sus convicciones religiosas. La aparición en escena de estos nuevos actores, conduce a plantearse qué papel les corresponde en la protección de la vida del menor y qué consecuencias tiene ese trasvase de responsabilidades.

La obligación de los poderes públicos se cifra en un deber positivo de actuación que implica la adopción de todos los medios de intervención necesarios para garantizar la protección de los intereses prevalentes del menor, destacando, entre ellos, el deber de los primeros de velar por la vida, integridad y salud del segundo<sup>45</sup>. Según los términos de la Sentencia, un legítimo ejercicio de su derecho de libertad religiosa relevó a los directos garantes de la vida del menor a un segundo nivel de exigencia, quedando los poderes públicos al cargo de dicha responsabilidad y debiendo éstos velar en todo caso por el derecho a la vida de quien se consideró insuficientemente capacitado para tomar decisiones que directamente atentaban contra ella. De modo que, la pasividad “constitucionalmente aceptada” de los garantes privados de la vida del menor, derivó en un deber de actividad “constitucionalmente exigida” para los garantes públicos.

Así, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, la protección del interés superior del menor –identificado éste con la preservación de sus derechos fundamentales– legitima la adopción de medidas de carácter preventivo por parte de los poderes públicos destinadas a dicho fin. De

45. El deber de actuación de la Administración puede entenderse cifrado en los mismos términos que con respecto a los deberes que sobre ésta recaen de velar por la vida y salud de unos reclusos en huelga de hambre, en los términos expuestos en la ya citada STC 120/1990.

lo que puede deducirse que, la existencia de un riesgo inminente para la vida del menor debería haber justificado la exigencia de mayores responsabilidades a estos últimos destinadas a garantizar, sin escollo posible, el bien jurídico prevalente<sup>46</sup>.

#### *IV. Conclusiones: El grado de madurez de la libertad religiosa*

El punto de partida o sustrato jurídico de la cuestión que en el presente análisis ha sido objeto de estudio –la posibilidad de eximir a unos padres del resultado de muerte de su hijo por anteponer a la vida del menor su propias obligaciones morales– no es otro que el relativo a la protección de la libertad religiosa de personas que defienden códigos morales minoritarios. La creciente pluralidad de formas culturales y visiones del mundo que actualmente albergan las sociedades modernas, es quizás, su rasgo más característico. Los acontecimientos sucedidos en el último año están obligando a las sociedades occidentales a asumir, a marchas forzadas, que la complejidad y la diferencia cultural y religiosa existe y que, además, resulta inservible dar la espalda a realidades culturales que se insertan en su seno. Nunca como hasta ahora, las peculiares manifestaciones de algunas confesiones religiosas habían sido cuantitativamente tan significativas. Quizás, una pretendida homogeneidad cultural ocultaba problemas jurídicos que nunca antes habían sido tan numerosos.

En sociedades como la española, donde la democracia y la pluralidad son los principales baluartes de su orden constitucional, no son sostenibles conductas de los poderes públicos que den la espalda a algunos códigos morales que, por ser minoritarios, no dejan de ser susceptibles de respeto y aceptación. Actuaciones tendentes a su absorción resultarían contrarias al orden jurídico propio de una sociedad abierta y democrática. En este sentido, puede aseverarse que, con el Fallo de la Sentencia, el Tribunal Constitucional ha sentado las bases que permiten plantear desde una perspectiva distinta un problema jurídico que hasta el momento había sido enfrentado desde una percepción sacralizada del derecho a

46. En una reciente Sentencia –la 221/2002, de 25 de noviembre– en la que se solicitaba la anulación de un Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla que ordenó la reinscripción en su familia adoptiva de una menor de edad por estimarse posible riesgo para su integridad moral el Tribunal Constitucional decretó el carácter preventivo que –en aras a proteger el interés superior del menor identificado éste con la preservación de sus derechos fundamentales– deben de revestir las medidas adoptadas por los poderes públicos. En este sentido se manifiestan igualmente las SSTC 35/1996, FJ1º; 207/1996, FJ 2; 5/2002, FJ 4º.

la vida, dejando, con ello, la puerta abierta a interpretaciones diversas del orden de valores generalmente admitido, y preparando a los ciudadanos para vivir en una sociedad cuya apertura y heterogeneidad ni siquiera resulta imaginable.

Sin perjuicio de que en el presente caso existe otro interés jurídico que no puede ni debe ser olvidado –el interés preponderante de los derechos del menor– puede sostenerse que el actual Fallo del Tribunal inicia un camino distinto hacia posibles soluciones de conflictos jurídicos que tienen por base el derecho de conciencia de minorías cada vez más mayoritarias en la sociedad y cuya cabida constitucional no resulta ya tan incierta.

El pronunciamiento judicial referido ha establecido que el derecho a la libertad religiosa ampara conductas que no se adecuan a ciertos deberes que derivan del propio ordenamiento jurídico, y que la disidencia frente a los mismos no resulta condenable por un ordenamiento constitucional donde la libertad religiosa es uno de sus derechos fundamentales. De esta manera, la presente Sentencia puede dejar asimismo el cauce abierto para que una adecuada protección de ciertas conductas de conciencia no implique necesariamente una contradicción del orden de valores constitucionalmente establecido.

Para valorar adecuadamente esta Sentencia, no puede hacerse abstracción, sin embargo, de ciertas cuestiones sobre las que el Tribunal no se ha extendido todo aquello que hubiera sido deseable. Éstas hacen referencia al interés jurídico del menor que, como se ha dicho, “no puede ni debe ser olvidado”. En primer lugar, es importante señalar que el alto Tribunal titubeó a la hora de estimar la relevancia constitucional de la voluntad de un menor de edad. En un principio cabía intuir de sus postulados que se iba a producir una denegación del amparo basada en la insuficiencia de una conducta sostenida por quien carece de la capacidad suficiente para asumir decisiones que pongan en riesgo su propia vida. Sin embargo, ello no fue óbice para amparar a quienes tenían obligación de enmendar la citada conducta. No se consideró que dicha obligación desapareciese sino que ésta fue juzgada en función de un derecho fundamental que nada tiene que ver con el derecho a la vida del menor, el derecho a la libertad religiosa de los propios padres. Existe en este aspecto, un cambio argumental en la Sentencia que no parece estar lo suficientemente razonado, o cuanto menos, adecuadamente expuesto en sus postulados. La segunda de las cuestiones que cabe plantearse hace referencia, igualmente, al menor de edad y apunta a la dudosa interpretación que podría llegar a hacerse del instrumento que determina la capaci-

dad del menor para ejercitar sus derechos de la personalidad: “su madurez de juicio necesaria”. Como se ha dicho, las peculiaridades de la Sentencia no han permitido al Tribunal llegar más allá en sus afirmaciones, pero cabría cuanto menos plantearse si en un supuesto similar el Tribunal sería capaz de reconocer la madurez de juicio suficiente a un menor de edad para decidir sobre su propia vida, cuestión que cuanto menos plantea reparos a quien escribe.

Todo ello responde a planteamientos que en ningún modo oscurecen los avances de la presente Sentencia, que simboliza el punto de partida de lo que se aventura como una nueva tendencia en la tutela de las posiciones jurídicas de colectivos minoritarios a los que no puede aplicárseles, sin riesgos para su existencia, los mismos preceptos morales de la mayoría. Quizás haya llegado el momento de plantearse que, en sociedades como las actuales, el derecho fundamental de libertad religiosa sólo alcanzará su grado suficiente de madurez cuando se acepte generalmente que asistir a clase con un pañuelo en la cabeza también puede suponer ejercerla.



---

---

# III. CRÓNICAS

---

---

(1 de enero a 31 de diciembre de 2002)

## SUMARIO

- *Tomás Vidal Marín, “Legislación de las Comunidades Autónomas”*  
—
- *Enrique Belda Pérez-Pedrero, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas”*  
—
- *María Martín Sánchez, “Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha”*  
—
- *Joaquina Guerrero Sanz, “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 enero a 31 de diciembre de 2002)

*Tomás Vidal Marín*

*Profesor Dr. Asociado de Derecho Constitucional  
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. Andalucía***

- Ley 1/2002, de 4 de abril, de ordenación, fomento y control de la pesca marítima, el marisqueo y la agricultura marina (BOJA: 18/04/02)
- Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de gestión de emergencias de Andalucía (BOJA: 26/11/02)
- Ley 3/2002, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de sociedades cooperativas andaluzas (BOJA: 28/12/02)
- Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del servicio andaluz de empleo (BOJA: 28/12/02)
- Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho (BOJA: 28/12/02)
- Ley 6/2002, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, del comercio interior de Andalucía y se crea la tasa por tramitación de licencias comerciales (BOJA: 28/12/02)
- Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía (BOJA: 31/12/02)
- Ley 8/2002, de 17 de diciembre, del Plan Estadístico de Andalucía 2003-2006, y de modificación de la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA: 31/12/02)
- Ley 9/2002, de 21 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2003 (BOJA: 24/12/02)
- Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y de otras medidas tributarias, administrativas y financieras (BOJA: 24/12/02)

### ***2. Aragón***

- Ley 1/2002, de 13 de febrero, de creación del Colegio Profesional de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Aragón (BOA: 01/03/02)
- Ley 2/2002, de 13 de febrero, de creación del Colegio Profesional de Logopedas de Aragón (BOA: 01/03/02)
- Ley 3/2002, de 25 de marzo, de creación de la Comarca del Cinca Medio (BOA: 03/04/02)
- Ley 4/2002, de 25 de marzo, de creación de la Comarca de Somontano de Barbastro (BOA: 03/04/02)
- Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón (BOA: 17/04/02)
- Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (BOA: 19/04/02)

- Ley 7/2002, de 15 de abril, de creación de la Comarca del Matarraña/Matarranya (BOA:19/04/02)
- Ley 8/2002, de 3 de mayo, de creación de la Comarca del Maestrazgo (BOA: 08/05/02)
- Ley 9/2002, de 3 de mayo, de creación de la Comarca de la Jacetania (BOA: 08/05/02)
- Ley 10/2002, de 3 de mayo, de creación de la Comarca del Bajo Aragón (BOA: 08/05/02)
- Ley 11/2002, de 14 de mayo, de creación de la Comarca de Andorra-Sierra de Arcos (BOA:17/05/02)
- Ley 12/2002, de 28 de mayo, de creación de la comarca de la Ribagorza (BOA: 31/05/02)
- Ley 13/2002, de 10 de junio, de creación de la Comarca de la Ribera Baja del Ebro (BOA:17/06/02)
- Ley 14/2002, de 10 de junio, de creación del Colegio Profesional de Delineantes de Huesca (BOA:17/06/02)
- Ley 15/2002, de 27 de junio, por la que se deja libre de ordenación el aprovechamiento de los pastos en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA: 08/07/02)
- Ley 16/2002, de 28 de junio, de educación permanente de Aragón (BOA: 08/07/02)
- Ley 17/2002, de 5 de julio, de creación de la Comarca de los Monegros (BOA: 17/07/02)
- Ley 18/2002, de 5 de julio, de creación de la Comarca de Campo de Daroca (BOA: 17/07/02)
- Ley 19/2002, de 18 de septiembre, de creación, por segregación, del Colegio Profesional de Psicólogos de Aragón (BOA: 25/09/02)
- Ley 20/2002, de 7 de octubre, de creación de la Comarca del Bajo Cinca/Baix Cinca (BOA: 07/10/02)
- Ley 21/2002, de 16 de octubre, de autorización de disposición de valores mobiliarios de las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón “Fomento y desarrollo del valle de Benasque, S.A.”, “Panticosa Turística, S.A.” y “Nieve de Teruel, S.A.”. (BOA: 16/10/02)
- Ley 22/2002, de 16 de octubre, de modificación de la denominación del “Consejo Aragonés de la Tercera Edad” por la de “Consejo Aragonés de las Personas Mayores” en la Ley 3/1990, de 4 de abril, del Consejo Aragonés de la Tercera Edad. (BOA: 16/10/02)
- Ley 23/2002, de 8 de noviembre, por la que se establece la dotación económica inicial y los recursos económicos y financieros de la entidad de Derecho

Público Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud para el año 2002 (BOA: 13/11/02)

– Ley 24/2002, de 12 de noviembre, de creación de la comarca de campo de Belchite (BOA: 15/11/02)

– Ley 25/2002, de 12 de noviembre, de creación de la comarca de La Litera/La Llitera (BOA: 15/11/02)

– Ley 26/2002, de 26 de noviembre, de creación de la comarca de Cinco Villas (BOA: 29/11/02)

– Ley 27/2002, de 26 de noviembre, de creación de la Comarca de Hoya de Huesca/Plana de Uesca (BOA: 29/11/02)

– Ley 28/2002, de 17 de diciembre, de creación de la comarca de Cuencas Mineras (BOA: 27/12/02)

– Ley 29/2002, de 17 de diciembre, de creación del Centro de Investigación y Tecnología agroalimentaria de Aragón (BOA: 27/12/02)

– Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de protección civil y atención de emergencia de Aragón (BOA: 30/12/02)

### **3. Asturias**

– Ley 1/2002, de 11 de marzo, del Consorcio de Transportes de Asturias (BOPA: 23/03/02)

– Ley 2/2002, de 12 de abril, del Instituto de Desarrollo Económico del Principado de Asturias (BOPA: 30/04/02)

– Ley 3/2002, de 19 de abril, del Régimen del suelo y ordenación urbanística (BOPA: 09/05/02)

– Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables (BOPA: 31/05/02)

– Ley 5/2002, de 3 de junio, sobre vertidos de aguas residuales industriales a los sistemas públicos de saneamiento (BOPA: 14/06/02)

– Ley 6/2002, de 18 de junio, sobre protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca en las aguas continentales (BOPA: 01/07/02)

– Ley 7/2002, de 24 de junio, por la que se autoriza la creación de la empresa pública Sociedad de servicios del Principado de Asturias, S.A. (BOPA: 09/07/02)

– Ley 8/2002, de 21 de octubre, de espectáculos públicos y actividades recreativas (BOPA: 24/10/02)

– Ley 9/2002, de 22 de octubre, de la reserva natural integral de Muniellos (BOPA: 04/11/02)

– Ley 10/2002, de 19 de noviembre, de comercio interior (BOPA: 30/11/02)

- Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los consumidores y usuarios (BOPA: 13/12/02)
- Ley 12/2002, de 13 de diciembre, de declaración del Parque Natural de las Fuentes de Narcea, Degaña e Ibias (BOPA: 30/12/02)
- Ley 13/2002, de 23 de diciembre, de tenencia, protección y derechos de los animales (BOPA: 31/12/02)
- Ley 14/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2003 (BOPA: 31/12/02)
- Ley 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales (BOPA: 31/12/02)

#### **4. Canarias**

- Ley 1/2002, de 21 de enero, de enajenación gratuita, a favor del Ayuntamiento de Icod de los Vinos, de un terreno de 248 metros cuadrados, que forman parte del jardín del Juzgado de primera instancia e instrucción, para la prolongación de la calle Julio Arencibia (BOC: 01/02/02)
- Ley 2/2002, de 27 de marzo, de establecimiento de normas tributarias y de medidas en materia de organización administrativa y de gestión, relativas al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias y de carácter sancionador (BOC: 08/04/02)
- Ley 3/2002, de 20 de mayo, de creación del Colegio Profesional de Protésicos dentales de las Palmas de Gran Canaria (BOC: 03/06/02)
- Ley 4/2002, de 20 de mayo, de creación del Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Santa Cruz de Tenerife (BOC: 03/06/02)
- Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (BOC: 07/06/02)
- Ley 6/2002, de 12 de junio, sobre medidas de ordenación territorial de la actividad turística en las islas del Hierro, La Gomera y La Palma (BOC: 01/07/02)
- Ley 7/2002, de 18 de julio, de concesión de crédito extraordinario por importe de sesenta y cinco millones seiscientos ochenta y dos mil quinientos sesenta y ocho (65.682.568) euros, para financiar ayudas, subvenciones y medidas de carácter excepcional para reparar los daños producidos por lluvias, temporales y otros fenómenos no naturales relacionados con la climatología adversa y la adopción de medidas fiscales y presupuestarias (BOC: 24/07/02)
- Ley 8/2002, de 15 de octubre, de enajenación gratuita, a favor del cabildo insular de Gran Canaria, de una parcela de 3.600 metros cuadrados situada en la

Vega de San José (Las Palmas de Gran Canaria) para uso deportivo (BOC: 25/10/02)

– Ley 9/2002, de 21 de octubre, de indemnizaciones a las personas excluidas de los beneficios establecidos en la Disposición adicional decimoctava de los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios de 1990 y 1992 (BOC: 25/10/02)

– Ley 10/2002, de 21 de noviembre, por el que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC: 27/11/02)

– Ley 11/2002, de 21 de noviembre, de modificación de la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de patrimonio histórico de Canarias (BOC: 27/11/02)

– Ley 12/2002, de 4 de diciembre, de concesión de un suplemento de crédito por importe de cuarenta y ocho millones novecientos sesenta mil novecientos cincuenta y siete euros con cincuenta nueve céntimos (48.960.957,59) a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2002 y de medidas presupuestarias (BOC: 13/12/02)

– Ley 13/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2003 (BOC: 31/12/02)

## ***5. Cantabria***

– Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria (BOC: 06/03/02)

– Ley 2/2002, de 29 de abril, de saneamiento y depuración de las aguas residuales de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC: 07/05/02)

– Ley 3/2002, de 28 de junio, de archivos de Cantabria (BOC: 09/07/02)

– Ley 4/2002, de 24 de julio, de Cajas de Ahorros (BOC: 01/08/02)

– Ley 5/2002, de 24 de julio, de medidas cautelares urbanísticas en el ámbito del litoral, de sometimiento a los instrumentos de planificación territorial y urbanística a evaluación ambiental y de régimen urbanístico de los cementerios (BOC: 01/08/02)

– Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC: 18/12/02)

– Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria (BOC: 18/12/02)

– Ley 8/2002, de 18 de diciembre, de crédito extraordinario para financiar las medidas necesarias para paliar los efectos del vertido de fuel ocasionado por el accidente del buque “Prestige” (BOC: 19/12/02)

– Ley 9/2002, de 23 de diciembre, de Presupuestos generales de la

Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2003 (BOC: 31712/02)

– Ley 10/2002, de 23 de diciembre, de medidas administrativas y fiscales (BOC: 31/12/02)

– Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de medidas fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado (BOC: 31/12/02)

## **6. Castilla y León**

– Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León (BOCL.:22/04/02)

– Ley 2/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo de Cuentas de Castilla y León (BOCL: 22/04/02)

– Ley 3/2002, de 9 de abril, de Educación de personas adultas de Castilla y León (BOCL: 22/04/02)

– Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León (BOCL: 26/04/02)

– Ley 5/2002, de 11 de abril, de declaración del Parque Natural de Arribes del Duero (Salamanca-Zamora) (BOCL: 26/04/02)

– Ley 6/2002, de 11 de abril, de declaración de la reserva natural de Riberas de “Castroñuno-Vega del Duero” (Valladolid) (BOCL: 26/04/02)

– Ley 7/2002, de 3 de mayo, de creación del Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León (BOCL: 08/05/02)

– Ley 8/2002, de 19 de junio, por la que se reconoce como Universidad Privada a la Universidad Europea Miguel de Cervantes, con sede en Valladolid (BOCL: 24/06/02)

– Ley 9/2002, de 10 de julio, para la declaración de proyectos regionales de infraestructura de residuos de singular interés para la Comunidad (BOCL: 12/07/02)

– Ley 10/2002, de 10 de julio, de modificación de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León (BOCL: 12/07/02)

– Ley 11/2002, de 10 de julio, de Juventud de Castilla y León (BOCL: 19/07/02)

– Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León (BOCL: 19/07/02)

– Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (BOCL: 19/07/02)

– Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (BOCL: 29/07/02)

- Ley 15/2002, de 28 de noviembre, de transporte urbano y metropolitano de Castilla y León (BOCL: 11/12/02)
- Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de comercio de Castilla y León (BOCL: 24/12/02)
- Ley 17/2002, de 19 de diciembre, de fomento y coordinación general de la investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica (I+D+I) en Castilla y León (BOCL: 24/12/02)
- Ley 18/2002, de 19 de diciembre, de creación del Consejo de Colegios Profesionales de abogados de Castilla y León (BOCL: 24/12/02)
- Ley 19/2002, de 19 de diciembre, de creación del Consejo de Colegios Profesionales de Procuradores de los Tribunales de Castilla y León (BOCL: 24/12/02)
- Ley 20/2002, de 19 de diciembre, de creación del Consejo de Colegios Profesionales de aparejadores y arquitectos técnicos de Castilla y León (BOCL: 24/12/02)
- Ley 21/2002, de 27 de diciembre, de medidas económicas, fiscales y administrativas (BOCL: 30/12/02)
- Ley 22/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para el año 2003 (BOCL: 30/12/02)

## ***7. Castilla-La Mancha***

- Ley 1/2002, de 7 de febrero, por la que se modifica la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM: 22/02/02)
- Ley 2/2002, de 7 de febrero, por la que se establecen y regulan las diversas modalidades de viviendas de protección pública en Castilla-La Mancha (DOCM: 22/02/02)
- Ley 3/2002, de 7 de marzo, de constitución del Instituto de promoción exterior de Castilla-La Mancha (DOCM: 18/03/02)
- Ley 4/2002, de 4 de abril, de modificación de la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de creación del Ente Público de Radio Televisión de Castilla-La Mancha (DOCM: 15/04/02)
- Ley 5/2002, de 11 de abril, de creación del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Informática de Castilla-La Mancha (DOCM:01/05/02)
- Ley 6/2002, de 11 de abril, de creación del Colegio Oficial de Ingenieros en Informática de Castilla-La Mancha (DOCM: 01/05/02)
- Ley 7/2002, de 9 de mayo, de modificación de la Ley 9/1980, de 28 de

diciembre, de carreteras y caminos (DOCM: 27/05/02)

– Ley 8/2002, de 23 de mayo, de coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha (DOCM: 12/06/02)

– Ley 9/2002, de 6 de junio, de creación del Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha (DOCM: 24/06/02)

– Ley 12/2002, de 27 de junio, reguladora del ciclo integral de agua de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM: 08/07/02)

– Ley 13/2002, de 27 de junio, de crédito extraordinario por importe de diez millones seiscientos mil euros (10.600.000 euros) para la financiación de proyectos estratégicos para el desarrollo económico y social de Castilla-La Mancha (DOCM: 08/07/02)

– Ley 14/2002, de 11 de julio, de ordenación y fomento de la artesanía de Castilla-La Mancha (DOCM: 24/07/02)

– Ley 15/2002, de 11 de julio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos (DOCM: 24/07/02)

– Ley 16/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de “El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha”. (DOCM: 24/07/02)

– Ley 17/2002, de 10 de octubre, de creación del Colegio Profesional de diplomados en Trabajo Social y Asistentes sociales de Castilla-La Mancha (DOCM: 31/10/02)

– Ley 18/2002, de 24 de octubre, por la que se modifica la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de ordenación de la función pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM: 15/11/02)

– Ley 19/2002, de 24 de octubre, de archivos públicos de Castilla-La Mancha (DOCM: 20/11/02)

– Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (DOCM: 25/11/02)

– Ley 21/2002, de 14 de noviembre, de medidas fiscales de apoyo a la familia y a determinados sectores económicos y de gestión tributaria (DOCM: 25/11/02)

– Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha (DOCM: 04/12/02)

– Ley 23/2002, de 21 de noviembre, de educación de personas adultas de Castilla-La Mancha (DOCM: 04/12/02)

– Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de garantías en la atención sanitaria especializada (DOCM: 18/12/02)

– Ley 25/2002, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2003 (DOCM: 30/12/02)

## 8. *Cataluña*

- Ley 1/2002, de 11 de marzo, de tercera modificación de la Ley 20/1985, de 25 de julio, de prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia (DOGC: 19/03/02)
- Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo (DOGC: 21/03/02)
- Ley 3/2002, de 22 de marzo, de cuarta modificación de la Ley 8/1987, municipal y de régimen local de Cataluña (DOGC: 28/03/02)
- Ley 4/2002, de 5 de abril, de medidas extraordinarias para financiar especialmente las actuaciones derivadas de la peste porcina clásica y de los efectos de las heladas en el sector del olivo (DOGC:12/04/02)
- Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia catalana de protección de datos (DOGC.: 29/04/02)
- Ley 6/2002, de 25 de abril, de medidas relativas a la conciliación del trabajo con la vida familiar del personal de las Administraciones Públicas catalanas y de modificación de los artículos 96 y 97 del Decreto Legislativo 1/1997 (DOGC: 30/04/02)
- Ley 7/2002, de 25 de abril, de modificación de la Ley 6/1984, de 5 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas, modificada por la Ley 15/1991, de 4 de julio (DOGC: 02/05/02)
- Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción y de regulación de la atención especial de adolescentes con conductas de alto riesgo social (DOGC: 03/06/02)
- Ley 9/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 15/1997, de tasas y precios públicos de la Generalitat de Cataluña, por la que se introduce una tasa por la obtención y expedición del título de patrón o patrona de moto náutica (DOGC: 03/06/02)
- Ley 10/2002, de 27 de mayo, sobre turno especial de promoción interna de miembros del Cuerpo auxiliar de Administración al cuerpo administrativo (DOGC: 31/05/02)
- Ley 11/2002, de 27 de mayo, de segunda modificación de la Ley 12/1993, de 4 de noviembre, de creación del Instituto para el desarrollo de las Comarcas del Ebro (DOGC: 03/06/02)
- Ley 12/2002, de 14 de junio, del transporte por cable (DOGC: 27/06/02)
- Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña (DOGC: 03/07/02)
- Ley 14/2002, de 27 de junio, de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cataluña y del Consejo General de las Cámaras (DOGC: 05/07/02)

- Ley 15/2002, de 27 de junio, de ordenación vitivinícola (DOGC: 09/07/02)
- Ley 16/2002, de 28 de junio, de protección contra la contaminación acústica (DOGC: 11/07/02)
- Ley 17/2002, de 5 de julio, de ordenación del sistema de empleo y de creación del servicio de empleo de Cataluña (DOGC: 12/07/02)
- Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas (DOGC:17/07/02)
- Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía (DOGC: 17/07/02)
- Ley 20/2002, de 5 de julio, de seguridad alimentaría (DOGC: 17/07/02)
- Ley 21/2002, de 5 de julio, de séptima modificación de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña (DOGC: 16/07/02)
- Ley 22/2002, de 12 de julio, de Cofradías de pescadores (DOGC: 24/07/02)
- Ley 23/2002, de 18 de noviembre, de adecuación de los procedimientos administrativos en relación con el régimen de silencio administrativo y el plazo de resolución y notificación, y de primera modificación de los artículos 81,82 y 83 de la Ley 13/1989, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña (DOGC: 10/12/02)
- Ley 24/2002, de 18 de noviembre, de creación de la especialidad de educación social en el cuerpo de diplomados de la Generalidad (DOGC: 04/12/02)
- Ley 25/2002, de 25 de noviembre, de medidas de apoyo al regreso de los catalanes emigrados y sus descendientes, y de segunda modificación de la Ley 18/1996 (DOGC: 05/12/2002)
- Ley 26/2002, de 28 de noviembre, de modificación de la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad– Mozos de Escuadra, en relación con la afiliación sindical de los miembros del Cuerpo de Mozos de Escuadra (DOGC: 05/12/02)
- Ley 30/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el año 2003 (DOGC: 31/12/02)
- Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (DOGC: 31/12/02)

## ***9. Comunidad Valenciana***

- Ley 1/2002, de 26 de febrero, de modificación de la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Gobierno Valenciano (DOGV: 07/03/02)
- Ley 2/2002, de 23 de abril, de creación del Colegio Oficial de Censores Jurados de Cuentas de la Comunidad Valenciana (DOGV: 02/05/02)
- Ley 3/2002, de 13 de junio, de la Generalitat Valenciana del Libro (DOGV: 19/06/02)

- Ley 4/2002, de 18 de junio, de la Generalitat Valenciana, por la que se modifica la Ley 3/1997, de 16 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos (DOGV: 26/06/02)
- Ley 5/2002, de 19 de junio, de la Generalitat Valenciana, de creación del Consejo valenciano de Universidades y de la Comisión valenciana de acreditación y evaluación de la calidad en el sistema universitario valenciano (DOGV: 26/06/02)
- Ley 6/2002, de 2 de agosto, de la Generalidad Valenciana, de Estatuto de los Expresidentes de la Generalitat Valenciana (DOGV: 09/08/02)
- Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de protección contra la contaminación acústica (DOGV: 09/12/02)
- Ley 8/2002, de 5 de diciembre, de ordenación y modernización de las estructuras agrarias de la Comunidad Valenciana (DOGV: 11/12/02)
- Ley 9/2002, de 12 de diciembre, de protección civil y gestión de emergencias de la Generalitat Valenciana (DOGV: 13/12/02)
- Ley 10/2002, de 12 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de protección de la Columbicultura y del palomo deportivo (DOGV: 14/12/02)

### ***10. Extremadura***

- Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE: 26/03/02)
- Ley 2/2002, de 25 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico de Extremadura (DOE: 18/05/02)
- Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE: 28/05/02)
- Ley 4/2002, de 23 de mayo, de modificación de la Ley 1/1990, de 26 de abril, de coordinación de policías locales de Extremadura (DOE: 01/06/02)
- Ley 5/2002, de 23 de mayo, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE: 18/07/02)
- Ley 6/2002, de 27 de junio, de medidas de apoyo en materia de autopromoción de viviendas, accesibilidad y suelo (DOE: 23/07/02)
- Ley 7/2002, de 24 de octubre, de cesión del dominio de Monte a entidad local (DOE: 23/11/02)
- Ley 8/2002, de 1 de julio, de régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión (DOE: 11/07/02)
- Ley 8/2002, de 14 de noviembre, de reforma fiscal de la Comunidad

Autónoma de Extremadura (DOE: 14/12/02)

- Ley 9/2002, de 14 de noviembre, de impulso a la localización industrial de Extremadura (DOE: 14/12/02)
- Ley 10/2002, de 12 de diciembre, de financiación de inversiones extraordinarias (DOE: 14/12/02)
- Ley 11/2002, de 12 de diciembre, de Colegios y de Consejos de colegios profesionales de Extremadura (DOE: 28/12/02)
- Ley 12/2002, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE: 30/12/02)

## ***11. Galicia***

- Ley 1/2002, de 26 de marzo, por la que se modifica la Ley de Galicia 6/1984, de 5 de junio, del Valedor do Pobo (DOG: 04/04/02)
- Ley 2/2002, de 29 de abril, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2002 (DOG: 02/05/02)
- Ley 3/2002, de 29 de abril, de medidas de régimen fiscal y administrativo (DOG: 02/05/02)
- Ley 4/2002, de 25 de junio, del estatuto de la capacidad de la ciudad de Santiago de Compostela (DOG: 24/07/02)
- Ley 5/2002, de 20 de diciembre, de modificación de la posición neta deudora de la Comunidad de Galicia a 31 de diciembre de 2002 (DOG: 21/12/02)
- Ley 6/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2003 (DOG: 30/12/02)
- Ley 7/2002, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y de régimen administrativo (DOG: 30/12/02)
- Ley 8/2002, de 18 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico de Galicia (DOG: 31/12/02)
- Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (DOG: 31/12/02)

## ***12. Islas Baleares***

- Ley 1/2002, de 19 de marzo, de cultura popular y tradicional (BOIB: 28/03/02)
- Ley 2/2002, de 3 de abril, del sistema de financiación definitivo de los Consejos Insulares (BOIB: 18/04/02)

- Ley 3/2002, de 17 de mayo, de estadística de las Islas Baleares (BOIB: 28/05/02)
- Ley 4/2002, de 4 de junio, de tasas por inspecciones y controles sanitarios de los productos pesqueros destinados al consumo humano (BOIB: 13/06/02)
- Ley 5/2002, de 21 de junio, de subvenciones (BOIB: 02/07/02)
- Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB: 02/07/02)
- Ley 7/2002, de 21 de junio, por el que se autoriza la modificación del nivel de endeudamiento de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears a 31 de diciembre de 2002 y se modifica la Ley 19/2001, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2002 (BOIB: 17/07/02)
- Ley 8/2002, de 26 de septiembre, de creación del colegio de educadoras y educadores sociales de las Illes Balears (BOIB: 08/10/02)
- Ley 9/2002, de 12 de diciembre, para la modificación de la Ley 2/1999, de 24 de marzo, general turística de las Islas Baleares ( BOIB: 21/12/02)
- Ley 10/2002, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el año 2003 (BOIB: 28/12/02)
- Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas (BOIB: 28/12/02)

### ***13. Madrid***

- Ley 1/2002, de 27 de marzo, por la que se crea el cuerpo de agentes forestales de la Comunidad de Madrid (BOCM: 04/04/02)
- Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid (BOCM: 01/07/02)
- Ley 3/2002, de 19 de junio, de modificación de la Ley 11/2000, de 16 de octubre, del Consejo de la Juventud de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOCM: 28/06/02)
- Ley 4/2002, de 27 de junio, de creación de la mesa para la integración y promoción del pueblo gitano de la Comunidad de Madrid (BOCM: 02/07/02)
- Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos (BOCM: 08/07/02)
- Ley 6/2002, de 27 de junio, de modificación parcial de la Ley 5/1985, de 16 de mayo, de creación del Consorcio regional de transportes públicos reguladores de Madrid (BOCM: 09/07/02)

- Ley 8/2002, de 27 de noviembre, de juventud de la Comunidad de Madrid (BOCM: 05/12/02)
- Ley 9/2002, de 11 de diciembre, de creación del Colegio Profesional de higienistas dentales de la Comunidad de Madrid (BOCM: 20/12/02)
- Ley 10/2002, de 11 de diciembre, por la que se concede un suplemento de crédito y un crédito extraordinario por importe de 1.498.078 euros y 15.020.000 euros, respectivamente, en el servicio madrileño de salud para el plan de calidad integral de los servicios sanitarios de la Comunidad de Madrid durante el ejercicio 2002 (BOCM: 20/12/02)
- Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social y de mejora de la calidad en la prestación de los servicios sociales de la Comunidad de Madrid (BOCM: 23/12/02)
- Ley 12/2002, de 18 de diciembre, de los Consejos Sociales de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid (BOCM: 23/12/02)
- Ley 13/2002, de 20 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (BOCM: 23/12/02)
- Ley 14/2002, de 20 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para 2003 (BOCM: 30/12/02)

#### ***14. Murcia***

- Ley 6/2001, de 17 de diciembre, de creación del Colegio Profesional de Logopedas de la Región de Murcia (BORM: 12/01/02)
- Ley 1/2002, de 20 de marzo, de adecuación de los procedimientos de la Administración regional de Murcia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BORM: 30/03/02)
- Ley 2/2002, de 10 de mayo, de modificación de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del suelo de la Región de Murcia (BORM: 04/06/02)
- Ley 3/2002, de 20 de mayo, de tarifa del canon de saneamiento (BORM: 04/06/02)
- Ley 4/2002, de 22 de mayo, de creación del Colegio Profesional de detectives privados de la Región de Murcia (BORM: 04/06/02)
- Ley 5/2002, de 3 de junio, de modificación de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del servicio murciano de salud (BORM: 11/06/02)
- Ley 6/2002, de 25 de junio, de Estadística de la Región de Murcia (BORM: 09/07/02)

- Ley 7/2002, de 25 de junio, de creación de la empresa pública “Centro de alto rendimiento Infanta Cristina” (BORM: 09/07/02)
- Ley 8/2002, de 30 octubre, por la que se crea el Instituto murciano de investigación y desarrollo agrario y alimentario (IMIDA) (BORM: 23/11/02)
- Ley 9/2002, de 11 de noviembre, de creación del servicio regional de empleo y formación (BORM: 28/11/02)
- Ley 10/2002, de 12 de noviembre, de modificación de la Ley 7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial (BORM: 10/12/02)
- Ley 11/2002, de 26 de noviembre, de suplemento de crédito por importe de 4.063.678 euros, para financiar gastos de la secretaria general de la presidencia y del portavoz del gobierno y de las Consejerías de Presidencia, de Economía y Hacienda; de Obras Públicas, vivienda y transportes; de Educación y Cultura y de Turismo y ordenación del Territorio, y de autorización de endeudamiento al servicio murciano de salud (BORM: 28/11/02)
- Ley 12/2002, de 3 de diciembre, de creación del Instituto de la Mujer de la Región de Murcia (BORM: 24/12/02)
- Ley 13/2002, de 4 de diciembre, de creación del Instituto de la Juventud de la Región de Murcia (BORM: 24/12/02)

### ***15. Navarra***

- Ley Foral 1/2002, de 7 de marzo, de Infraestructuras agrícolas (BON: 15/03/02)
- Ley Foral 2/2002, de 14 de marzo, por la que se modifican determinados preceptos de la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre sociedades (BON: 25/03/02)
- Ley Foral 3/2002, de 14 de marzo, de modificación parcial de diversos impuestos y otras medidas tributarias (BON: 25/03/02)
- Ley Foral 4/2002, de 21 de marzo, por la que se regula el proceso de enajenación del Área de actividades económicas o de oportunidad de Sarriguren para promover la “Ciudad de la Innovación” de Navarra (BON: 05/04/02)
- Ley Foral 5/2002, de 21 de marzo, de modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud (BON: 05/04/02)
- Ley Foral 6/2002, de 27 de marzo, de modificación de la Ley Foral 4/1998, de 6 de abril, de la Cámara Agraria de Navarra (BON: 08/04/02)
- Ley Foral 7/2002, de 27 de marzo, por la que se regula la implantación del Grado Superior de Música –LOGSE y se crea el Conservatorio Superior de Música de Navarra “Pablo Sarasate” (BON: 08/04/02)

- Ley Foral 8/2002, de 3 de abril, de modificación de la Ley Foral 10/2001, de 24 de mayo, de medidas relativas al Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra y de la Ley Foral 1/1987, de 13 de febrero, de Cuerpos de Policía de Navarra (BON: 10/04/02)
- Ley Foral 9/2002, de 6 de mayo, por la que se establecen los módulos aplicables a las actuaciones protegibles en materia de vivienda en Navarra y se incrementan las ayudas para su adquisición (BON: 13/05/02)
- Ley Foral 10/2002, de 6 de mayo, para la ordenación de las estaciones base de telecomunicación por ondas electromagnéticas no guiadas en la Comunidad Foral de Navarra (BON: 13/05/02)
- Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (BON: 13/05/02)
- Ley Foral 12/2002, de 31 de mayo, de medidas complementarias para la financiación del Plan de empleo de Navarra 2002-2004.(BON: 07/06/02)
- Ley Foral 13/2002, de 31 de mayo, de creación del Colegio Oficial de Podólogos de Navarra (BON: 07/06/02)
- Ley Foral 14/2002, de 31 de mayo, de creación del Colegio Oficial de Fisioterapeutas de Navarra (BON: 07/06/02)
- Ley Foral 15/2002, de 31 de mayo, de modificación de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra (BON: 07/06/02)
- Ley Foral 16/2002, de 31 de mayo, por la que se regulan aspectos de acceso al empleo de las personas con discapacidad en la Comunidad Foral de Navarra (BON: 07/06/02)
- Ley Foral 17/2002, de 6 de junio, de modificación de la Ley Foral 18/2001, de 5 de julio, por la que se regula la actividad audiovisual en Navarra y se crea el Consejo audiovisual de Navarra (BON: 14/06/02)
- Ley Foral 18/2002, de 13 de junio, de modificación de la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo, de protección y gestión de la fauna silvestre y sus habitats (BON: 19/06/02)
- Ley Foral 19/2002, de 21 de junio, reguladora de la educación de las personas adultas (BON: 28/06/02)
- Ley Foral 20/2002, de 2 de julio, de concesión de un crédito extraordinario de 2.614.000 euros para financiar las ayudas a infraestructuras ganaderas en zonas de montaña (BON: 12/07/02)
- Ley Foral 21/2002, de 2 de julio, por la que se autoriza al Gobierno de Navarra para elaborar y aprobar mediante Decreto Foral legislativo, un texto refundido de la Ley Foral de Cuerpos de Policía de Navarra (BON: 12/07/02)
- Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista (BON: 12/07/02)

- Ley Foral 23/2002, de 2 de julio, sobre ayudas extraordinarias a las pensiones de viudedad (BON: 12/07/02)
- Ley Foral 24/2002, de 2 de julio, por la que se establece la cuantía y fórmula de reparto del fondo de participación de las Haciendas Locales en los tributos de Navarra para los ejercicios presupuestarios de 2002 a 2004 (BON: 12/07/02)
- Ley Foral 25/2002, de 2 de julio, de modificación de la Ley Foral 8/1987, de 21 de abril, de creación de la Universidad Pública de Navarra, para la implantación de estudios universitarios en Tudela (BON: 12/07/02)
- Ley Foral 26/2002, de 2 de julio, de medidas para la mejora de las enseñanzas no universitarias (BON: 12/07/02)
- Ley Foral 27/2002, de 28 de octubre, reguladora de consultas de ámbito local (BON: 06/11/02)
- Ley Foral 28/2002, de 28 de octubre, del Plan de Estadística de Navarra 2003-2006 (BON: 06/11/02)
- Ley Foral 29/2002, de 19 de noviembre, de concesión de cuatro créditos extraordinarios, por un importe global de 3.960.000 euros y un suplemento de crédito por un importe de 14.497.261 euros, para financiar las necesidades presupuestarias surgidas en los departamentos de economía y hacienda, educación y cultura, salud y bienestar social, deporte y juventud (BON: 22/11/02)
- Ley Foral 30/2002, de 19 de noviembre, del Plan especial 2004 en materia de infraestructuras locales (BON: 25/11/02)
- Ley Foral 31/2002, de 19 de noviembre, por la que se amplía el ámbito de aplicación del sistema de carrera profesional a otro personal sanitario del Departamento de Salud y sus organismos autónomos (BON: 25/11/02)
- Ley Foral 32/2002, de 19 de noviembre, por el que se regula el sistema bibliotecario de Navarra (BON: 25/11/02)
- Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres u mujeres (BON: 13/12/02)
- Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores (BON: 13/12/02)
- Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo (BON: 27/12/02)

## ***16. País Vasco***

- Ley 1/2002, de 23 de enero, de Presupuestos para 2002 (BOPV: 08/02/02)
- Ley 3/2002, de 27 de marzo, relativa al reconocimiento y compensación a

quienes impartieron docencia en Ikastolas con anterioridad a su normalización jurídica (BOPV: 10/04/02)

– Ley 4/2002, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Plan Vasco de Estadística 2001/2004 y se modifica la Ley de Estadística de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV: 15/04/02)

– Ley 5/2002, de 4 de octubre, de segunda modificación de la Ley reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco (BOPV: 15/10/02)

– Ley 6/2002, de 4 de octubre, de metodología de distribución de recursos y de determinación de las aportaciones de las Diputaciones Forales a la financiación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco aplicable al periodo 2002-2006 (BOPV: 11/10/02)

– Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad (BOPV: 30/12/02)

– Ley 8/2002, de 27 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2003 (BOPV: 31/12/02)

### ***17. La Rioja***

– Ley 1/2002, de 1 de marzo, de Servicios Sociales (BOR: 07/03/02)

– Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud (BOR: 23/04/02)

– Ley 3/2002, de 21 de mayo, para el desarrollo del uso de la firma electrónica en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR: 23/05/02)

– Ley 4/2002, de 1 de julio, de cooperación para el desarrollo (BOR: 04/07/02)

– Ley 5/2002, de 8 de octubre, de protección del medio ambiente de la Rioja (BOR: 12/10/02)

– Ley 6/2002, de 18 de octubre, de tasas y precios públicos de la Comunidad autónoma de La Rioja (BOR: 29/10/02)

– Ley 7/2002, de 18 de octubre, de sanidad animal de la Comunidad Autónoma de la Rioja (BOR: 31/10/02)

– Ley 8/2002, de 18 de octubre, de vitivinicultura de la Rioja (BOR: 31/10/02)

– Ley 9/2002, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Rioja para el año 2003 (BOR: 21/12/02)

– Ley 10/2002, de 17 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2003 (BOR: 21/12/02)



**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS**  
(De 30 de septiembre de 2000 a 31 de diciembre de 2001)

*Enrique Belda Pérez-Pedrero*  
*Profesor Asociado de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*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 al 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.*

**SUMARIO**

*Sentencias con incidencia exclusiva en Castilla-La Mancha:*

- *Sentencias que afectan directa y únicamente a Castilla-La Mancha: 0.*
- *Sentencias que afecten a CCAA: 14.*

*Según procesos:*

- *Sentencias en Conflictos de Competencia: 3. (Números: 4, 9 y 14).*
- *Sentencias en Recursos de Inconstitucionalidad: 8. (Números: 1, 2, 5, 7, 8, 10, 12 y 13).*
- *Sentencias en Cuestiones de Inconstitucionalidad: 1. (Número: 3).*
- *Sentencias por acumulación de Conflictos de Competencia y de Recursos de Inconstitucionalidad: 1. (Número: 6).*
- *Sentencias en Recursos de Amparo: 1. (Número: 11).*

*Según materia:*

- *Sentencias competenciales: 13.*
- *Sentencias sobre instituciones y otros temas: 1. (Número 11, acceso de Comunidad Autónoma al amparo constitucional).*

## *Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional*

### **1. STC 235/2001**

La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 235/2001, de 13 de diciembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno catalán frente a varios artículos de la Ley 3/1996 sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas, susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas. La resolución aborda la delimitación de competencias de las partes en torno a diversas actividades relacionadas con esos componentes sospechosos de manipulación. De una parte, el Gobierno de la Generalidad reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública, a partir del art. 149.1.29 CE, pero entiende que de la misma no se pueden derivar las manifestaciones allegadas a su propia competencia relativa a policía autonómica. El Estado, por su parte, destaca el principio general de restricción material que toda competencia exclusiva proyecta sobre las Comunidades Autónomas, así como las capacidades derivadas para los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, a partir de su Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, cuyo art. 11 les adjudica las actuaciones encaminadas a la prevención de la comisión de actos delictivos así como a la *captación, recepción y análisis*, de los datos de interés para la seguridad pública (estudiando, planificando y ejecutando los métodos y técnicas preventivas pertinentes) (FJ 2º). Moviéndose en estos parámetros, el Tribunal, tras recordar el contenido fijado en anteriores resoluciones (FJ 6º), partiendo especialmente de la STC 104/1989 de 8 de junio, y mediante un pormenorizado análisis de los preceptos impugnados susceptibles de duda en cuanto a su encuadramiento competencial (arts. 11, 12, 26 y 27 de la Ley 3/1996, -FJ 9-), desestima el recurso.

Un voto particular redactado por la Magistrada Casas Bahamonde, al que se adhieren tres miembros más, disiente de manera prolija y detallada de los efectos de la resolución sobre el art. 12 de la Ley impugnada, que a juicio de los firmantes contradice el orden competencial, ya que advierten que se ha restringido intensamente al concepto de *policia* (submateria transferida) para incrementar el correspondiente a su materia genérica y englobadora, la *seguridad pública*, señalando que la doctrina anterior entre la que se encuentra la STC 104/1989, y también otras resoluciones más recientes como la STC 148/2000, establecen que las tareas estrictamente policiales no son separables de las facultades administrativas que le son complementarias, gozando de una dimensión jurídica y no siendo una mera actividad material. Con ello, se trata indistintamente, conceptos desiguales como *servicios policiales* y *servicios administrativos inherentes o complementarios* situándose estos segundos en el ámbito estatal de la seguridad

pública. Un segundo voto del Magistrado Vives Antón resalta un problema de fuentes sobre la base de una reflexión secundaria del Tribunal.

## **2. STC 24/2002**

La STC 24/2002, de 31 de enero, trata un tema recurrente en los pronunciamientos de los últimos años, como es el del incremento de retribuciones a funcionarios en los distintos ámbitos territoriales, al margen de los criterios fijados por el Gobierno en los Presupuestos anuales. En este caso el Presidente del Gobierno plantea un recurso de inconstitucionalidad frente a dos artículos de la Ley asturiana 1/1996, de 26 de abril, de concesión de créditos extraordinarios y suplementos de crédito destinados a atender la actualización de retribuciones, modificación de plantillas y otras obligaciones del personal al servicio de la Administración. El Tribunal recuerda que entre las bases del régimen estatutario de la función pública del art. 149.1.18 CE, es posible incluir las previsiones relativas a los funcionarios, que sean comunes a todas las Administraciones públicas, si bien este título estatal no permite la fijación de límites o topes máximos. Esta posibilidad deriva de causas coyunturales y temporalmente limitadas, en el marco de una política general para contener la inflación y reducir el déficit público (dirección de la actividad económica general a partir del art. 149.1.13 CE, en la consecución de la estabilidad económica perseguida por el art. 40.1 CE (FJ 5). Por ello declara inconstitucional la decisión contenida en la ley autonómica de evadir estos criterios.

## **3. STC 37/2002**

La STC 37/2002, de 14 de febrero, da respuesta a las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, frente a preceptos de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, y la Ley catalana de función pública, del mismo año. Tras definir el marco constitucional de competencias en materia de régimen disciplinario funcional, considera pertinente y adecuada al mismo la existencia de una norma autonómica que tipifique una falta disciplinaria nueva, junto con las de carácter básico definidas por el Estado. En este caso, Cataluña, a través de su Ley 17/1985, estimó conveniente incluir como infracción muy grave, los daños, también considerados como “muy graves”, frente al patrimonio de la Generalidad, que fuesen causados por negligencia o mala fe de los empleados públicos en el desempeño de sus funciones. En este orden de cosas, también se declara constitucional, que los preceptos autonómicos establezcan consecuencias no previstas por la legislación estatal para comportamientos ya tipificados (un traslado, como medida cautelar, o la pérdida de grado profesional). Las cuestiones son, por ello, desestimadas (FJ 15).

#### **4. STC 38/2002**

La STC 38/2002, de 14 de febrero, estudia dos conflictos de competencia acumulados, planteados respectivamente por el Gobierno central y el andaluz en torno a la regulación de gestión y uso del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar. El Tribunal advierte que la competencia autonómica para la protección de espacios naturales se extiende al mar territorial sólo de forma excepcional (el citado parque por su situación costera es susceptible de esta confrontación, por su ubicación geográfica y por componerse de tierra y mar), si lo aconsejaban las circunstancias. Además, y de cualquier forma, la competencia autonómica sobre espacios naturales se encuentra limitada por la estatal sobre *pesca marítima*, que al recaer sobre uno sólo de los elementos que constituyen objeto de protección resulta más específica, prevaleciendo en caso de colisión (FJ 6º). Así, la Comunidad Autónoma, invade competencias del Estado, cuando establece limitaciones o prohibiciones de la pesca marítima, regula artes, aparejos o especies del Parque. La consecuencia es también que la concesión efectiva de permisos de pesca en la franja costera adyacente, a una distancia de una milla desde la línea de costa, corresponde al Estado. Por ello, desestima el conflicto planteado por la Junta de Andalucía y estima parcialmente una gran parte del interpuesto por el Gobierno Central. Un extenso voto particular del magistrado García Manzano aboga precisamente por la solución inversa, negando que la regulación autonómica afectara a la pesca marítima, en los términos expuestos en la sentencia.

#### **5. STC 54/2002**

La STC 54/2002, de 27 de febrero, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a un precepto de la Ley vasca 11/1998, de 20 de abril, sobre regulación y valoración del suelo. El tema central se plantea en torno a la distinción que la Comunidad Autónoma pretende respecto de una cesión de uso obligatorio. La citada normativa autonómica perseguía que los propietarios de suelo urbano considerado urbanísticamente como *consolidado*, cedieran obligatoriamente el diez por ciento del aprovechamiento asignado a sus parcelas y solares, como si fueran propietarios de suelo urbano *no consolidado*. Esta estipulación quiebra el régimen uniforme de disfrute de la propiedad urbana en el territorio del País Vasco, ya que en este caso la materia no admite modulación autonómica alguna, alterando la igualdad perseguida por el art. 149.1.1 CE (FJ 5). Por todo ello, el precepto en cuestión es expulsado del ordenamiento.

## 6. STC 95/2002

La STC 95/2002, de 25 de abril, es una extensa y debatida resolución en cuyo trasfondo se encuentra la existencia o inexistencia de un margen estatal para la gestión de políticas y fondos destinados a la formación continua de trabajadores. El Tribunal resuelve un recurso de inconstitucionalidad más un conflicto de competencia, promovidos por el Gobierno Catalán frente a una Disposición Adicional de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1993, y el Acuerdo Tripartito firmado en 1992, para la formación continua de trabajadores ocupados, entre la administración, los sindicatos y los empresarios.

El Tribunal, entre otras cuestiones, estima que la formación ocupacional deriva de la ejecución de la legislación laboral, con lo que los acuerdos del pacto tripartito que encomendaban la gestión de fondos para esa finalidad, a un Ente Paritario Estatal, son vulneradores del orden de competencias al obviar a la Comunidad recurrente. Un eje interesante, a los efectos de este anuario, en esta resolución, es la ubicación de la materia *formación para el empleo*, en el marco derivado de la competencia sobre legislación laboral (FJ 8), separando la misma de la materia autonómica *educación* (ya que no es Formación Profesional Reglada, FJ 6º), así como de otra materia, en este caso estatal, como es la de *bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*, del art. 149.1.13 CE (FJ 7).

La sentencia se acompaña de cuatro votos, tanto concurrentes como discordantes, de los que destacaríamos el del Magistrado Conde, que estima que el pronunciamiento del Tribunal impide, en este caso, la concertación política a nivel estatal, para salvaguardar, por encima de otras consideraciones, la competencia autonómica de ejecutar la legislación laboral. Otro de los votos, del Magistrado García-Calvo, entiende que determinados extremos del acuerdo impugnado enlazan con la competencia estatal sobre política económica y consecución del pleno empleo.

Hay que subrayar finalmente, cómo un Acuerdo que protagonizan los agentes sociales, que a fin de cuentas está llamado a tener incidencia normativa, es objeto de atención por parte de la jurisdicción constitucional.

## 7. STC 96/2002

La STC 96/2002, de 25 de abril de 2002, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja, contra la Disposición adicional octava de la Ley 42/1994, de 30 de

diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social foral. El Tribunal declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de ese precepto, que relaciona una serie de incentivos fiscales para ciudadanos de la Unión Europea no residentes en España. Para conocimiento del lector, debido a la singularidad del objeto de impugnación, se reproduce el precepto: *“Los residentes en la Unión Europea, que no lo sean en España y que, por su condición de tales, deban someterse a la legislación tributaria del Estado, sin que, por esa circunstancia, puedan acogerse a la de la Comunidad Autónoma o Territorio Histórico del País Vasco o Navarra en el que operen, tendrán derecho, en el marco de la normativa comunitaria, al reembolso por la Administración Tributaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado efectivamente en exceso con respecto al supuesto de haberse podido acoger a la legislación propia de dichas Comunidades Autónomas o Territorios Históricos, en los términos que reglamentariamente se establezcan”*. Este precepto obedece al intento de paliar, en los beneficiarios del reembolso, el efecto del acto de la Comisión Europea (Decisión 93/337/CEE) que consideró contrario al art. 52 del Tratado de la Comunidad (que trata la libertad de establecimiento y el ejercicio de actividades empresariales), los incentivos fiscales disfrutados por los Territorios Forales.

La Comunidad Autónoma de la Rioja se consideraba perjudicada en su condición de región limítrofe, por las posibles fugas de inversiones a las Comunidades citadas. El Tribunal va a considerar que la disposición en cuestión vulnera el art. 31.1 CE, (igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, FJ 10) y las libertades de empresa, residencia y circulación (arts. 38, 138.2, 139.1 y 139.2 CE, FJ 11). Respecto del ataque de estas libertades, subraya la necesidad de evitar medidas que impidan o fomenten el traslado de empresas.

La resolución se acompaña también de votos particulares, que suman la opinión de cinco magistrados. Básicamente, no comparten el criterio mayoritario sobre la vulneración del principio de igualdad. El más destacable es el redactado por los Magistrados Vives y Casas, al que se suman García Manzano y Pérez Vera, que subraya además del extremo antedicho, que con la sentencia respaldada por la mayoría se impone al Estado la obligación de igualar, en contra de la singularidad o diversidad fiscal que consagra el texto de 1978.

Lo cierto es, como se puede deducir de la lectura del precepto, que de lo que se trata no es tanto de favorecer la implantación de residentes de la Unión en esos

territorios, como de evitar una discriminación de los que lo hagan, con los españoles que desarrollan su labor en esas Comunidades. Así, si se parte de la base de una falta de igualdad, sería entre todos los residentes en esos territorios y todos los residentes en el resto de España, y no sólo los residentes en la Unión Europea que operen en el País Vasco y Navarra. Asimismo resulta curioso que el Tribunal acabe enjuiciando normas forales cuando lo que se recurre es una Ley del Estado.

### **8. STC 97/2002**

La STC 97/2002, de 25 de abril evalúa los recursos de inconstitucionalidad promovidos respectivamente, por el Gobierno y el Parlamento de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares contra la Ley 26/1995, de 31 de julio, por la que se declara reserva natural las Salinas de Ibiza (“Ses Salines”), las Islas des Freus y las Salinas de Formentera. El Tribunal (FJ 9), recuerda su doctrina en materia de medio ambiente, en relación con los espacios naturales protegidos, que constituyen únicamente un elemento de esa materia. Asimismo, reitera que la declaración de espacios naturales es un acto estrictamente ejecutivo, consistente en aplicar la legalidad, individualizando supuestos. Es además, indiferente al respecto la titularidad del dominio público que se pretenda proteger, por lo cual, no se justificaría que aún siendo el Estado el propietario de los espacios, cuando ya ha sido asumida la competencia por la Comunidad Autónoma (arts. 11.5 y 13 del Estatuto de las Islas Baleares, desarrollo legislativo y ejecución en materia de espacios naturales), pueda aquel efectuar la declaración protectora. Con ello, la citada Ley es inconstitucional y ha de ser expulsada del ordenamiento.

A diferencia de otras resoluciones anteriores, como la STC 195/1998, (sobre la Ley que establecía la Reserva Natural de las Marismas de Santoña y Noja) la nulidad no se modula en sus efectos para proteger el espacio en cuestión, a pesar de la invasión competencial, ya que el Tribunal considera que ya existe una protección autonómica sobre la Reserva en cuestión, cosa que no sucedía en el caso de Santoña y Noja.

### **9. STC 126/2002**

La STC 126/2002, de 23 de mayo, responde el conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, frente a la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 22 de marzo de 1993, por la que se regula la concesión de ayudas previstas en el Plan nacional de residuos industriales para 1993. Tras el encuadramiento de la Orden litigiosa

en la materia constitucional correspondiente, a efectos de derivar de ello la distribución competencial existente entre el Estado y la Generalidad de Cataluña, se analiza el objeto y finalidad de dicha Orden. Así, el art. 149.1.23 CE atribuye al Estado la competencia para dictar la “legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección”. Por su parte, el art. 10.1.6 del Estatuto Catalán dispone que “en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Generalidad el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de la Generalidad para establecer normas adicionales de protección”. Tras el análisis de la Orden en ese marco, el Tribunal estima parcialmente el conflicto y declara que corresponden a la Generalidad de Cataluña varias de las competencias controvertidas claramente incardinadas como desarrollo, ejecución y protección adicional, en materia medioambiental.

#### **10. STC 166/2002**

La STC 166/2002 de 18 de septiembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a tres preceptos y un anexo de la Ley murciana 7/1995, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial. El Tribunal considera que las prescripciones contenidas en dos de estos preceptos vulneran la competencia exclusiva estatal del art. 149.1.23 CE sobre legislación básica de protección del medio ambiente. Hemos tenido ocasión de conocer pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el que se recordaba que las Comunidades Autónomas podían establecer normas de protección adicional en la materia (Ver el número 9 de esta relación, STC 126/2002), pero no es el caso de estos artículos (art. 103.1 de la Ley autonómica, establecía un plazo de prescripción de las infracciones de caza y pesca sensiblemente inferior al de la normativa estatal y el art. 113 c) unas multas inferiores) que disminuyen la protección básica general (FFJJ 9 y 10).

#### **11. STC 176/2002**

La STC 176/2002 de 9 de octubre, otorga el amparo solicitado por la Comunidad Autónoma de Madrid al haber sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente del acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE). El motivo de incluir esta sentencia en nuestro resumen anual no es su contenido sustantivo sino el hecho mismo de la legitimación de un ente territorial para ser sujeto de un derecho fundamental en determinadas circunstancias. Así, el Tribunal, recordando pronunciamientos anteriores (por ejemplo STC 175/2001,

de 26 de julio), señala que de forma excepcional, y en ámbitos procesales muy delimitados, se puede admitir que las personas públicas disfruten el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y con ello la posibilidad de utilizar el recurso de amparo (FJ 5). En el caso que evalúa esta resolución, un órgano jurisdiccional (Sección Quinta de la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) limitó el acceso a la jurisdicción interpretando la legalidad de forma contraria al principio *pro actione* (FJ 6).

## **12. STC 190/2002**

La STC 190/2002 de 17 de octubre, evalúa el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Junta de Galicia contra una disposición adicional de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1995. La temática que interesa a efectos de este resumen es sustancialmente igual a la descrita en el punto 6 de esta relación (STC 95/2002), es decir, dilucida el encuadramiento material de la formación profesional ocupacional. Tras reiterar los extremos descritos en esa reciente resolución, se repiten los criterios de disensión de varios magistrados a través de sus votos particulares.

## **13. STC 204/2002**

La STC 204/2002, de 31 de octubre, trata el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno catalán contra los arts. 24 y 166 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social. Cada precepto impugnado versa sobre distinta temática. Al respecto del primero, sobre la creación de una tasa por expedición de guías de circulación para determinadas máquinas recreativas y de azar, el Tribunal reitera su doctrina sobre la competencia en materia de juegos y apuestas, recordando que ante el silencio de los arts. 148 y 149 CE, procede que las Comunidades Autónomas asuman la competencia de organización y autorización de juegos (FJ 3), con lo cuál es procedente atribuir a estas administraciones la competencia par expedir las guías de circulación referidas (FJ 5). Respecto del fondo del otro precepto impugnado, el art. 166, destacaríamos la reiteración de la línea anterior en cuanto a las distintas competencias concurrentes en las zonas portuarias y aeroportuarias competencia del Estado (STC 149/1991), debiendo respetar este último el ámbito propio de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, en este caso, en materia de licencias urbanísticas. Así, en el artículo 166.3 de la Ley 13/1996 se ignora la competencia municipal en el otorgamiento de la licencia en un puerto, sobre obras distintas a las excluidas de ese trámite por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante 27/1992. (FJ 13).

#### 14. STC 239/2002

La STC 239/2002, de 11 de diciembre, evalúa los conflictos de competencia interpuestos por el Gobierno frente a los Decretos de la Junta de Andalucía de 1998 y 1999, mediante los cuales se habilitaban pensiones extraordinarias no contributivas de jubilación e invalidez en ese territorio. El Tribunal trata de determinar si se han vulnerado las competencias del Estado sobre *legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social* (art. 149.1.17 CE), así como las relativas a la *regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales* (art. 149.1.1 CE), concluyendo que no existe tal merma constitucional. El art. 41 CE, consagra un sistema de protección social encomendado a los poderes públicos que tiene como eje fundamental, aunque no único, al sistema de Seguridad Social, el cual coexiste con otros complementarios. La ampliación de las contingencias protegidas por el sistema de la Seguridad Social no excluye de antemano que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas (FJ 6). Nada impediría desde la perspectiva de la legitimidad constitucional, que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de *asistencia social* otorgasen ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del sistema de Seguridad Social, se encontraran en situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se produzca una modificación o perturbación de dicho sistema general o de su régimen económico. Así, quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema de la Seguridad Social pueden acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente, (FJ 7).

Los auxilios económicos objeto de esta controversia competencial tienen una naturaleza específica y distinta de las técnicas prestacionales de la Seguridad Social, de modo que se incardinan en la materia *asistencia social* (“técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social con caracteres propios que la separan de otros afines o próximos a ella, dispensada por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos cualquiera que éstos sean o también por entidades privadas” (STC 171/1998, de 23 de julio, FJ 3) (FJ 9).

Cuatro Magistrados, a través de dos votos particulares disidentes, defienden la estatalidad del sistema de pensiones y dudan de que a partir del concepto “asistencia social”, se pueda habilitar un título competencial frente al de Seguridad Social.

# ACTIVIDAD DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA

(De 1 de enero de 2002 a 31 de diciembre de 2002)

*María Martín Sánchez*

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

## SUMARIO

### *1. Actividad legislativa.*

*Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento.*

*Leyes financieras y presupuestarias.*

*Leyes sobre servicios públicos.*

*Leyes de protección de Bienes Jurídicos y sectores de la población.*

*Leyes sobre la ordenación de sectores económicos.*

### *2. Actividad de control y orientación política.*

### *1. Actividad legislativa año 2002*

Como ya anunciamos en la edición anterior, la actual publicación sobre la Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha comprende –como lo hará en sucesivas ediciones– el estudio de su actividad durante los doce meses coincidentes con el año natural, en este caso, el año 2002.

Si ya calificábamos el período del año 2001 como uno de los de mayor productividad legislativa, por haberse aprobado en él dieciséis leyes, el periodo del 2002 lo supera con creces –en cuanto a productividad legislativa– al haberse aprobado en él veinticinco leyes.

Tal productividad legislativa y, especialmente, su aumento respecto a ejercicios anteriores es debida en gran parte a la progresiva asunción de competencias por parte de nuestra Comunidad, en concreto en este ejercicio, a partir de la asunción de competencias en materia de sanidad el 1 de enero de 2002, como ya anunciábamos en la edición anterior.

Como viene siendo habitual, estudiaremos a fondo cada una de las leyes aprobadas a lo largo de este periodo, haciendo una clasificación de ellas distinguiéndolas en: leyes institucionales, organizativas o de procedimiento; leyes financieras y presupuestarias; leyes sobre servicios públicos; leyes de protección de bienes jurídicos y sectores de la población; y leyes sobre la ordenación de sectores económicos. No obstante, antes de ello, haremos una mención de todas ellas por orden cronológico, para tener un claro esquema de la actividad legislativa durante este ejercicio. De este modo, las leyes aprobadas cronológicamente por las Cortes de Castilla-La Mancha durante el periodo 2002 son las siguientes:

– Ley 1/2002, de 7 de febrero, por la que se modifica la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 158, de 8 de febrero de 2002; DOCM, nº 23, de 22 de febrero de 2002).

– Ley 2/2002, de 7 de febrero, por la que se establecen y regulan las diversas modalidades de viviendas de protección pública en Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 158, de 8 de febrero de 2002; DOCM, nº 23, de 22 de febrero de 2002).

– Ley 3/2002, de 7 de marzo, de constitución del Instituto de Promoción

Exterior de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 166, de 8 de marzo de 2002; DOCM, nº 34, de 18 de marzo de 2002).

– Ley 4/2002, de 4 de abril, de la Modificación de la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 178, de 8 de abril de 2002; DOCM, nº 46, de 15 de abril de 2002).

– Ley 5/2002, de 11 de abril, de creación del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Informática de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 181, de 12 de abril de 2002; DOCM, nº 53 de 1 de mayo de 2002).

– Ley 6/2002, de 11 de abril, de creación del Colegio Oficial de Ingenieros en Informática de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 181, de 12 de abril de 2002; DOCM, nº 53, de 1 de mayo de 2002).

– Ley 7/2002, de 9 de mayo, de Modificación de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos (BOCCM, nº 189, de 10 de mayo de 2002; DOCM, nº 65, de 27 de mayo de 2002).

– Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 193, de 28 de mayo de 2002; DOCM, nº 72, de 12 de junio de 2002).

– Ley 9/2002, de 6 de junio, de Creación del Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 197, de 7 de junio de 2002; DOCM, nº 77, de 24 de junio de 2002).

– Ley 10/2002, de 21 de junio, de Estadística de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 205, de 25 de junio de 2002; DOCM, nº 79, de 28 de junio de 2002).

– Ley 11/2002, de 27 de junio, de Modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 206, de 27 de junio de 2002; DOCM, nº 79, de 28 de junio).

– Ley 12/2002, de 27 de junio, reguladora del ciclo integral del agua de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 207, de 28 de junio de 2002; DOCM, nº 83, de 8 de julio de 2002).

– Ley 13/2002, de 27 de junio, de crédito extraordinario por importe de cien millones seiscientos mil euros (100.600.000 euros) para la financiación de proyectos estratégicos para el desarrollo económico y social de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 207, de 28 de junio de 2002; DOCM, nº 83, de 8 de julio de 2002).

– Ley 14/2002, de 11 de julio, de ordenación y fomento de la artesanía de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 212, de 12 de julio de 2002; DOCM, nº 90, de 24 de julio de 2002).

– Ley 15/2002, de 11 de julio, sobre Drogodependencias (BOCCM, nº 214, de 17 de julio de 2002; DOCM, nº 90, de 24 de julio de 2002).

– Ley 16/2002, 11 de julio, del IV centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don quijote de La Mancha (BOCCM, nº 212, de 12 de julio de 2002; DOCM, nº 90, de 24 de julio de 2002).

– Ley 17/2002, de 10 de octubre, de creación del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 225, de 11 de octubre de 2002; DOCM, nº 135, de 31 de octubre de 2002).

– Ley 18/2002, de 24 de octubre, por la que se modifica la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 229, de 25 de octubre de 2002; DOCM, nº 141, de 15 de noviembre de 2002).

– Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 229, de 25 de octubre de 2002; DOCM, nº 141, de 15 de noviembre de 2002).

– Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 233, de 15 de noviembre de 2002; DOCM, nº 146, de 25 de noviembre de 2002).

– Ley 21/2002, de 14 de noviembre, de medidas fiscales de apoyo a la familia y a determinados sectores económicos y de gestión tributaria (BOCCM, nº 233, de 15 de noviembre de 2002; DOCM, nº 146, de 25 de noviembre de 2002).

– Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de creación del Instituto de la Mujer de

Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 235, de 22 de noviembre de 2002; DOCM, nº 151, de 4 de diciembre de 2002).

– Ley 23/2002, de 21 de noviembre de 2002, de Educación de Personas Adultas de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 235, de 22 de noviembre de 2002; DOCM, nº 151, de 4 de diciembre de 2002).

– Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de Garantías en la Atención Sanitaria Especializada (BOCCM, nº 238, de 9 de diciembre de 2002; DOCM, nº 157, de 18 de diciembre de 2002).

– Ley 25/2002, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 241, de 27 de diciembre de 2002; DOCM, nº 161, de 30 de diciembre de 2002).

### **Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento**

*Ley 1/2002, de 7 de febrero, por la que se modifica la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.*

Desde la entrada en vigor de la Ley 3/1988, de Ordenación de la Función Pública de Castilla-La Mancha, en 1988, ha habido importantes transformaciones en la materia, que hacen necesaria su modificación en determinados aspectos.

En primer lugar, en el año 1999, la Ley 1/1999, de 4 de marzo, dio una nueva redacción a la Disposición Transitoria Segunda de la mencionada Ley, en la que se regulan los sistemas de acceso a la condición de funcionario del personal laboral fijo que desempeñe con carácter definitivo un puesto de trabajo calificado como propio del personal funcionario en las relaciones de puestos de trabajo.

Dos años más tarde, en el 2001, la Administración y algunos Sindicatos –CCOO y ANPE– firmaron, como resultado de las negociaciones llevadas a cabo en esta materia, el “*Acuerdo Administración-Sindicatos de fecha 27 de julio de 2001 sobre el proceso de funcionarización del personal laboral*”, que recoge las categorías laborales que se verán afectadas por lo dispuesto en la ya mencionada Disposición Transitoria Segunda de la Ley de 1988 de Ordenación de la Función Pública de Castilla-La Mancha.

Otro hecho es que, por la concurrencia de especiales particularidades funcionales en algunas categorías y el hecho de que algunas especialidades profesionales han sido afectadas por el proceso de funcionarización, se hace necesaria la creación de nuevas “*Escalas en la Administración Regional*”, es decir, una especie de escalas laborales para la integración de los profesionales según su categoría y grado de especialización, en el ámbito regional.

Es obvio que para aplicar estas medidas hay que aplicar distintas modificaciones en la Ley 3/1988. Del mismo modo, hay que modificar en ciertos aspectos la Ley 7/2001, de 28 de junio, de Selección de Personal y Provisión de Puestos de Trabajo, con el fin de lograr una mayor eficacia en la gestión de los recursos humanos, atribuyendo la competencia para gestionar los procesos selectivos y de provisión de puestos de trabajo a las Consejerías donde están adscritos –ya estén adscritos de forma preferente o exclusiva– los puestos de trabajo reservados a las Escalas ya existentes en nuestra Administración Autonómica.

La presente Ley consta tan sólo de tres artículos, tres Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria y una Disposición Final.

*Ley 18/2002, de 24 de octubre, por la que se modifica la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.*

A raíz de la creación del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, a través de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, surgió la conveniencia de adoptar las medidas pertinentes en materia de personal con el fin de obtener una mejora en la obtención de los servicios que tiene atribuidos el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

Las medidas adoptadas con este objetivo pueden sintetizarse en cuatro, fundamentalmente: de una parte, la creación de las Escalas de Inspección y Evaluación Sanitaria con las Especialidades de Medicina, Farmacia y Enfermería; por otro lado, la modificación de la titulación exigida para el ingreso en el Cuerpo de Guardería Forestal, con el fin de posibilitar que el personal laboral que presta sus servicios en el área medioambiental y en la categoría de Agentes del Medio Ambiente pueda integrarse en el Cuerpo de Guardería Forestal; se fijan las condiciones en las que los funcionarios docentes pueden prestar sus servicios en los órganos directivos y de apoyo de la Consejería de Educación y Cultura para realizar servicios de asesoramiento o dirección en uni-

dades administrativas implicadas en la gestión del servicio educativo; asimismo, se habilita al Consejo de Gobierno para que determine, a través de las Relaciones de Puestos de Trabajo, los puestos que por su especial relación con los Centros e Instituciones Sanitarias pueden ser desempeñados por el personal estatutario.

La presente Ley consta de un artículo único en el que se recogen todas las modificaciones en cuatro apartados.

*Ley 9/2002, de 6 de junio, de Creación del Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha.*

En cumplimiento de lo previsto por el artículo 149.1.7º de la Constitución Española, que dispone que los órganos de las Comunidades Autónomas asumirán las competencias de ejecución en materia de legislación laboral, asumidas por nuestra Comunidad en virtud del artículo 33.11 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

El desempeño de estas competencias en materia laboral supone el ejercicio de amplias facultades en materia de relaciones laborales, tanto de dirección y tutela de servicios, como de dictar las normas propias para organizar dichos servicios.

Como consecuencia del ejercicio de estas facultades se ha dictado la presente Ley, con la que se crea el Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha. Éste es un órgano adscrito a la Consejería competente en materia de Trabajo, instituido como órgano de diálogo y concertación entre los agentes sociales entre sí y entre éstos con el Gobierno de Castilla-La Mancha. Con su actuación de mediador, trata de propiciar encuentros entre las organizaciones empresariales y los Sindicatos, desarrollados desde la negociación de los distintos Pactos Industriales hasta la consecución de Acuerdos Regionales por el Empleo. Del mismo modo, dicha institución también se constituye como órgano consultivo de la Administración autonómica, cuyo fin primordial es fomentar el diálogo social en Castilla-la Mancha, reflejado como tal en el III Pacto Industrial.

Esta Ley está compuesta por treinta artículos estructurados en tres títulos, una Disposición Adicional, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

*Ley 3/2002, de 7 de marzo, de Constitución del Instituto de Promoción Exterior de Castilla-La Mancha.*

Hoy en día es un hecho la internacionalización de la economía. Es debido a este fenómeno por lo que, en nuestra Región, los empresarios ya no se limitan a dirigirse al mercado nacional sino que cada vez más aumentan sus exportaciones. Para realizar este cambio en sus perspectivas de mercado es necesaria la creación de una organización que coordine las actividades de los distintos focos sectoriales.

Tal y como prevé el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha -artículos 31.1.1º y 31.1.12º-, es la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha quien ostenta en exclusiva la competencia sobre organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno y sobre la planificación de la actividad económica y de fomento del desarrollo económico de la Región castellano-manchega.

Teniendo en cuenta esta previsión estatutaria y el compromiso asumido con el III Pacto Industrial se ha hecho necesario avanzar en este contexto de desarrollo económico de la Región creando un órgano operativo –“Instituto de Promoción Exterior de Castilla-La Mancha”- cuyo objetivo primordial es la internacionalización, convirtiendo así la actividad exterior en un motor importante para el desarrollo de Castilla-La Mancha. De tal modo, centrará su actuación en la promoción de las exportaciones y en el impulso a las *pymes* regionales en la actividad de los mercados internacionales con la finalidad de aumentar nuestra base exportadora y la consolidación de nuevas empresas en el mercado exterior.

Esta Ley se compone de catorce artículos repartidos en cuatro títulos, completándose con dos Disposiciones Finales.

*Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha.*

Esta ley se promulga dando cumplimiento al artículo 31.1.22º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, con competencia sobre materia de cooperativas, que hace efectivo el mandato constitucional previsto en el artículo 129.2 CE de fomento de las cooperativas.

Ésta es la primera Ley promulgada en Castilla-La Mancha sobre

Cooperativas, algo destacable sobre todo teniendo en cuenta el hecho de que en nuestra Región dicho sector empresarial es muy importante. El modelo cooperativo se ha convertido en una fórmula empresarial muy atractiva por su versatilidad y por su gran capacidad para la creación de empleo en un mercado abierto y competitivo como el nuestro.

La Ley prevé unos principios fundamentales de actuación, para alcanzar sus objetivos, como son: la necesidad de reforzar los recursos financieros, establecer alianzas o participar en estructuras empresariales superiores que permitan competir en idénticas condiciones que el resto de las empresas y que den la posibilidad de actuar en cualquier actividad económica. Junto con estos principios, los objetivos previstos en ella son, básicamente: alcanzar el reconocimiento de un alto grado de autorregulación a través de los Estatutos sociales y de los propios órganos sociales, flexibilizar el régimen económico y obtener apoyo a la creación de estructuras cooperativas intermedias, manteniendo en todo momento los principios cooperativos formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, los cuáles sustentan los caracteres esenciales de las cooperativas, diferenciándolas de otros tipos de empresas.

La presente Ley consta de ciento cuarenta y cuatro artículos estructurados en cuatro títulos, dos Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y cinco Disposiciones Finales.

*Ley 11/2002, de 27 de junio, de Modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.*

El Gobierno de nuestra Región siempre se ha preocupado por los derechos civiles y políticos y se ha implicado en la lucha por su consecución y extensión a todos los ciudadanos y ciudadanas, sin distinción.

Sin embargo, históricamente ha habido un obstáculo difícil de salvar, que es un hecho, la diferencia de sexos y el sometimiento de la mujer al hombre. Esto siempre ha sido así y aunque las diferencias se han ido atenuando con el avance de la sociedad aún siguen existiendo, aunque en algunos planos se hacen más patentes que en otros.

Actualmente, la incorporación de la mujer a todos los ámbitos –social, económico, cultural y político–, con igualdad de derechos y obligaciones que los hombres, se ha convertido en un auténtico motor de progreso, haciendo así efec-

tivo lo previsto en el artículo 4.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; recordemos que este precepto obliga a propiciar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Así las cosas, para dar cumplimiento a esta igualdad efectiva, la presente Ley pretende fomentar la participación de la mujer en las Cortes de Castilla-La Mancha mediante la fórmula de la paridad, esto es, la integración de las Cortes por personas de ambos sexos de modo paritario. Esta fórmula paritaria, sin embargo, no vulnera el principio de igualdad formal del artículo 14 de la Constitución Española ya que, como ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su STC 28/1992, la prohibición de discriminación por razón de sexo *“ha de ser interpretada sistemáticamente con otros preceptos, en particular, con el 9.2 de la Constitución Española que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relaciones sea real y efectiva”*. Por lo tanto, la fórmula paritaria sería un modo de discriminación positiva para alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito político. El Tribunal Constitucional lo explicó en su STC 229/1992 de la siguiente forma: *“La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un `derecho desigual igualatorio`, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de sistemas sociales discriminatorias preexistentes, para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres.”*

La Ley consta sólo de dos artículos.

*Ley 5/2002, de 11 de abril, de Creación del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Informática de Castilla-La Mancha.*

En la actualidad, la ciencia informática ha cobrado una enorme importancia no sólo por nuestra gran dependencia de ella a todos los niveles sino por su continuo e imparable avance, lo que hace primordial la preocupación por esta ciencia y por su estudio. Hasta ahora ya existían unos profesionales dedicados a su estudio pero un tanto desprotegidos, al no contar con ningún tipo de asociación profesional que los agrupara.

A raíz de este interés y preocupación es cuando los profesionales de la informática empiezan a reclamar la creación de un Colegio Profesional que regule su ordenación, les represente y proteja sus intereses. Del mismo modo, esto beneficia al interés público en general.

En concreto, en esta Ley se trata la Creación del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Informática. Esta actividad obtuvo por primera vez reconocimiento académico oficial con la creación de título universitario, a través del Real-Decreto 1460/1990 y 1461/1990, de 26 de octubre.

La legislación básica estatal en materia de Colegios Profesionales se recoge en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, modificada posteriormente por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, Ley 7/1997, de 14 de abril y Real-Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio. Todo ello en cumplimiento del mandato constitucional –artículos 139 y 36 de la Constitución Española– que, respectivamente, reserva al Estado la competencia sobre las bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y prevé que la ley regulará las peculiaridades del régimen jurídico de los Colegios Profesionales.

A nivel autonómico, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuye en su artículo 32.5º a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en dicha materia, sin perjuicio de lo constitucionalmente previsto. De este modo, la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de Creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha, en cuyo artículo 10.1º se prevé que *“la creación de Colegios Profesionales con ámbito de actuación en todo o en parte del territorio de la Región castellano-manchega y el consiguiente sometimiento de la respectiva profesión al régimen colegial, se hará mediante Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha”*.

Se trata de una Ley muy corta y con una estructura muy sencilla. Consta de un total de cinco artículos. Tras dedicarse a la creación del Colegio Profesional, se recoge la personalidad y ámbito territorial, explicándose que el ámbito territorial del Colegio Profesional creado es el de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. También se recoge el ámbito personal, dejando claro la Ley que la colegiación es requisito imprescindible para ejercer su profesión en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, además de poseer la titulación de Ingeniero Técnico en Informática.

Por último, la Ley se cierra con una Disposición Adicional, dedicada a las funciones del Consejo de los Colegios Profesionales; una Disposición Transitoria, referida al proceso constituyente; y, finalmente, una Disposición Final.

*Ley 6/2002, de 11 de abril, de Creación del Colegio Oficial de Ingenieros en Informática de Castilla-La Mancha.*

Debido a todo lo ya explicado en la Ley anteriormente comentada –Ley 5/2002, de 11 de abril de 2002, de Creación del Colegio Oficial De Ingenieros Técnicos en Informática de Castilla-La Mancha– sobre la gran importancia de la informática en la sociedad actual, encontramos a un grupo de profesionales igualmente desprotegidos, siendo concretamente los titulados superiores en informática; esto es, los profesionales responsables de organizar su correcto uso y su control.

Así las cosas, ellos también reclaman la creación de un Colegio Profesional que les agrupe con el fin de representarlos y defender sus intereses, protegiendo a la vez el interés público, al igual que ocurría en el ya mencionado caso de los Ingenieros Técnicos en Informática.

En cuanto a la competencia en materia de Colegios Profesionales, nos remitimos a lo ya dicho en el caso de los Ingenieros Técnicos en Informática, esto es, legislación básica estatal, sin perjuicio de la competencia sobre ejecución y desarrollo legislativo otorgado por el Estatuto de Autonomía a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, destacando el ya mencionado artículo 10.1º de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de Creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.

En cuanto a la Ley en cuestión, se trata de una Ley muy breve y sencilla, compuesta de sólo cinco artículos. De ellos, tan sólo merece destacar el artículo 2 -“*Personalidad y ámbito territorial*”-, que deja claro que el ámbito territorial del Colegio Oficial de Ingenieros en Informática de Castilla-La Mancha que se ha creado es la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En cuanto al ámbito personal, es importante destacar que es indispensable la previa incorporación al Colegio Oficial de Ingenieros, además de la posesión del título, para el ejercicio de su profesión en Castilla-La Mancha.

Finalmente, la Ley termina con una Disposición Adicional dedicada a las funciones del Consejo de Colegios Profesionales; una Disposición Transitoria, dedicada al proceso constituyente; y una Disposición Final.

*Ley 17/2002, de 10 de octubre, de Creación del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Castilla-La Mancha.*

Esta Ley se ocupa del caso de la Creación del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de nuestra Región. Éstos son un gremio

más de profesionales que, hasta ahora no contaban con la existencia de una organización capaz de velar por sus intereses como profesionales en el ámbito de Castilla-La Mancha.

A su vez, dicha presente Ley se ha podido dictar en el marco autonómico en virtud de lo dispuesto por el artículo 10.1º de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de Creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha, que prevé que: “*la creación de Colegios Profesionales con ámbito de actuación en todo o parte del territorio de la Región castellano-manchega, y el consiguiente sometimiento de la respectiva profesión al régimen colegial, se hará mediante Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha*” –Ley promulgada en uso de las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de Colegios Profesionales que el artículo 32.5º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha otorga a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sin perjuicio de las previsiones constitucionales que prevén que en esta materia el Estado se encargará de la legislación básica–.

La presente Ley consta sólo de seis artículos, una Disposición Adicional dedicada a las *funciones del Consejo de Colegios Profesionales*, y una Disposición Final.

### **Leyes financieras y presupuestarias**

*Ley 13/2002, de 27 de junio, de crédito extraordinario por importe de cien millones seiscientos mil euros (100.600.000 euros) para la financiación de proyectos estratégicos para el desarrollo económico y social de Castilla-La Mancha.*

En el año 2002, con la entrada del euro, se han marcado más claramente nuestros objetivos de crecer y avanzar al mismo ritmo que el resto de países europeos. Se ha intentado llegar a niveles de igualdad real de economía y bienestar social y esto es un hecho que se ha reflejado en los Presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el 2002. Sin embargo, para lograr dar esa imagen de crecimiento de nuestra Región al resto de Europa, sería aconsejable la puesta en marcha de proyectos estratégicos para ella. Para ello nace esta Ley, cuya finalidad no es otra que incrementar el presupuesto de gastos con el propósito de avanzar en los aspectos más importantes para el desarrollo de la Región.

De este modo: en *educación*, el proyecto se centra en invertir en la construcción de centros de enseñanza secundaria para apoyar el Plan de Calidad de la

Enseñanza Secundaria; en cuanto a *sanidad*, lo estipulado es anticipar la ejecución de las inversiones necesarias, sobre todo tratándose de una materia cuya competencia ha sido transferida al Gobierno Regional, recientemente; por último, en lo referente a *infraestructuras de comunicaciones y telecomunicaciones y promoción de determinados sectores productivos*, se trata de financiar la ejecución de proyectos estratégicos para el desarrollo futuro de Castilla-La Mancha en el marco del Proyecto de Celebración del IV Centenario de la publicación de la obra “*El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*”. Su finalidad no es otra que dar una imagen moderna y propicia para invertir en nuestra Región, de ahí la necesidad de las mencionadas infraestructuras.

Por último, la designación de la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha supondrá una serie de gastos –a cargo de las Cortes de Castilla-La Mancha– que financien la correcta puesta en marcha de dicha Institución.

La presente consta únicamente de dos artículos, dedicados ambos al reparto de los créditos asignados a las distintas partidas. Finaliza con una Disposición Adicional, en la que se disponen dos pequeñas modificaciones de la Ley 14/2001, de 14 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2002, a raíz de la entrada en vigor de esta Ley de crédito extraordinario; por último, esta Ley se cierra, como suele ser habitual en estas leyes, con una Disposición Final.

*Ley 14/2002, de 11 de julio, de ordenación y fomento de la artesanía de Castilla-La Mancha.*

Varios son los preceptos legales y constitucionales que han impulsado el nacimiento de esta Ley. Por una parte, el artículo 31.1.14º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, prevé que nuestra Comunidad tiene competencia exclusiva en materia de Artesanía dentro del ámbito regional. Por otra parte, es la propia Constitución Española la que, desde su artículo 130.1 CE da a los poderes públicos –entre ellos las Comunidades Autónomas– el mandato de atender al desarrollo y modernización de determinados sectores económicos, entre los que expresamente menciona el de la Artesanía, con el objetivo de equiparar el nivel de vida de todos los ciudadanos.

Así las cosas, se hace necesario que nuestra Comunidad de cumplimiento al mandato constitucional, no a través de una disposición que se limite a desarrollar la función legislativa en materia de Artesanía, sino a través de una Ley que

potencie el desarrollo de este sector económico, modernice su actividad y fomente los objetivos de mejora social y aumento de empleo y del nivel de vida en Castilla-La Mancha, conllevando esto a su vez un gran impulso de la cultura popular, íntimamente ligada a la actividad artesana en nuestra Región.

En Castilla-La Mancha, la Artesanía no es una fuente generadora de producción y empleo aislada, sino coordinada con otra gran fuente de ingresos y de importante crecimiento de la Región como es el turismo, ya que la actividad artesana no puede desvincularse de las tradiciones populares, la cultura y el patrimonio de nuestra tierra.

Tal es la importancia que tiene esta actividad que así puede justificarse la necesidad de una nueva regulación de la artesanía en Castilla-La Mancha. Este nuevo marco regulador debe ser lo suficientemente amplio como para abarcar la problemática del sector artesano, sin limitarse a la identificación de la actividad económica artesanal y a la definición de algunos conceptos, sino enmarcando dicha actividad en un contexto modernizador, abierto al exterior, coordinado con el resto de actividades económicas y con vocación impulsora, modernizadora y elevadora de la renta de los artesanos castellano-manchegos; preparado para las nuevas demandas del mercado.

Esta Ley consta de dieciséis artículos, estructurados en tres capítulos; a ellos se añaden una Disposición Adicional única, una Disposición Transitoria única, una Disposición Derogatoria única y dos Disposiciones Finales.

*Ley 25/2002, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2003.*

La puesta en circulación del euro de la moneda común –euro–, el 1 de enero de 2002, impulsó definitivamente el proceso político de construcción política de la Unión Europea, definiendo con mayor claridad nuestra pertenencia a la Unión Económica y Monetaria. A partir de esta fecha es cuando nos hemos marcado como objetivo aún más claro el crecer y avanzar en convergencia con el resto de los países europeos más desarrollados, reflejándose tal objetivo en los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2003.

Para el Presupuesto de la Junta de Comunidades para el año 2003 se aprueban créditos por un importe global de 5.793.333.960 euros (frente a los

3.955.800.000 euros del ejercicio anterior), que se financiarán con los derechos económicos a liquidar durante el ejercicio, estimados éstos en 5.735.876.530 euros y con el importe de las operaciones de endeudamiento, estimado en 57.457.430 euros.

Actualmente, Castilla-La Mancha avanza en convergencia, aunque aún no ha alcanzado la media de las regiones europeas, por lo que exige un presupuesto expansivo que apueste por el desarrollo continuando con la tendencia ya marcada en ejercicios anteriores de presupuestos en crecimiento. De este modo, la política presupuestaria para el 2003 se orientará de nuevo a la consecución del objetivo de convergencia económica, empleando para ello medidas presupuestarias que permitan sostener el ritmo de crecimiento equilibrado caracterizador de la economía de nuestra Región en los últimos años.

El desarrollo de la economía castellano-manchega nos permite acortar distancias tanto con las regiones españolas como con las regiones europeas más avanzadas, gracias al esfuerzo de todos sus ciudadanos y a la acertada estrategia de desarrollo llevada a cabo por el Gobierno Regional. Ésta es una estrategia de desarrollo equilibrado y sostenible, en la que se inscribe el presente Presupuesto, que da prioridad a las medidas tendentes a mejorar la formación y el acceso al empleo, a las iniciativas de fomento de la competitividad y a la modernización de las pequeñas y medianas empresas –PYMES– de nuestra Región, a las inversiones estratégicas en infraestructuras de comunicación y telecomunicación y a las actuaciones que colaboren en la mejora del medio ambiente, entre otras.

No obstante, no es fácil alcanzar una posición similar a las regiones más avanzadas de Europa, para lo cuál es necesario adoptar una política correcta de redistribución de los recursos públicos. El Presupuesto elaborado por la Junta de Comunidades para el 2003 trabaja en esta línea política, fomentando las políticas de promoción social y prestación de servicios sociales a los colectivos más desfavorecidos, con el objetivo de alcanzar un auténtico estado del bienestar, buscando una aproximación a la situación real de las regiones europeas más avanzadas.

Mención especial merece, en el Presupuesto de la Junta de Comunidades elaborado para el 2003, el gasto destinado a la sanidad, al que se le da una gran prioridad. Esto es así debido al reciente traspaso de competencias en materia de asistencia sanitaria, tras el cuál éstas se han convertido en una de las prioridades

fundamentales del Gobierno Regional, comprometiéndose éste a la prestación de un servicio de calidad para la consecución de un mayor bienestar de los ciudadanos castellano-manchegos.

Otra de las prioridades del Gobierno Regional, reflejada como tal en el Presupuesto elaborado por la Junta de Comunidades para el 2003, es la educación, gran compromiso del Gobierno castellano-manchego, por constituir un factor esencial para la igualdad y el desarrollo.

Este Presupuesto para el 2003 presenta a una Administración compleja en cuanto a las políticas y servicios al ciudadano que debe desarrollar, compleja por tratarse de una estructura en la que organismos autónomos asumen peso importante en la gestión del gasto público –como el SESCAM–.

El desarrollo de esta Ley de Presupuestos se enmarca dentro de la regulación general económico-financiera contenida en la Ley 6/97, de 10 de julio, de Hacienda de Castilla-La Mancha, modificada por Ley 2/2000, de 26 de mayo.

La presente Ley consta de cincuenta y un artículos estructurados en seis Títulos, catorce Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria, y tres Disposiciones Finales.

Podemos destacar algunas Disposiciones, ya que introducen modificaciones. La Disposición Adicional Primera, modifica el artículo 46.1º de la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de Castilla-La Mancha. La Disposición Adicional Décima, recoge las normas específicas del SESCAM. La disposición Adicional Decimoquinta modifica el artículo 5 de la Ley 1/1996, de 27 de junio, de Cámaras Agrarias de Castilla-La Mancha, relativo a la “*Tutela Administrativa*”. La Disposición Adicional Decimoctava sustituye el texto del punto 4 en la Disposición Adicional Novena de la Ley 4/1991, de 13 de diciembre, de Presupuestos Generales de Castilla-La Mancha para 1992. Por último, con la Disposición Derogatoria quedan derogadas las Disposiciones Adicionales Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley 10/2002, de 21 de junio, de Estadística de Castilla-La Mancha.

### **Leyes sobre servicios públicos**

*Ley 4/2002, de 4 de abril, de Modificación de la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha.*

Tras superar no pocas dificultades y gracias a la realización de un gran esfuerzo, ha sido posible dar cumplimiento a la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha y, hoy en día, la radio y la televisión de Castilla-La Mancha son una realidad.

La modificación realizada a través de esta Ley se centra en revisar el funcionamiento del Consejo de Administración del mencionado Ente Público que, respetando el pluralismo político que garantiza la forma de elección de sus miembros, proporcione además la estabilidad del órgano y mejore el desempeño de las tareas que la Ley le encomienda.

Pueden sintetizarse en dos las formas organizativas adoptadas por las Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia: unas han optado por un tipo de Presidencia meramente funcional del Consejo de Administración, rotativa y de escasa duración; y otras han elegido una fórmula más duradera consistente en un Consejo de Administración con Presidente, Vicepresidente y Secretario, elegidos por el propio órgano –como en los casos de las Comunidades de Madrid y de Valencia–. Este segundo modelo es el que parece más idóneo para ofrecer más estabilidad del Consejo de Administración y mayor representatividad de las opciones políticas, por lo que es el elegido para implantarse como modelo de Consejo de Administración del Ente Público de Radio-Televisión de nuestra Región.

La Ley consta únicamente de dos artículos y una Disposición Final.

*Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha.*

En nuestra Comunidad, la Ley de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha ha visto la luz, en virtud de las competencias exclusivas que posee la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en materias relacionadas con la regulación de la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de gobierno, el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de su organización propia y el patrimonio documental –todo ello previsto en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha–.

Esta Ley debe hacer una regulación general de los procedimientos y funciones que deben cumplirse para proteger los intereses y derechos de las personas, ya que la articulación de los archivos de Castilla-La Mancha afecta a Centros de titularidad de muy diversa índole. Por este motivo, tan solo debe detenerse y

hacer un desarrollo más minucioso en aquellas administraciones en las que la Junta de comunidades posea la capacidad legislativa exclusiva.

La presente Ley persigue como finalidad primordial, la consecución de tres principios básicos, constitucionalmente previstos:

**Eficacia de las Administraciones Públicas**, para lograr este objetivo, los archivos garantizan la *transparencia* y *legalidad* de las actuaciones de éstas en el ejercicio de sus competencias. Su función en la gestión administrativa es imprescindible para dotar a las Administraciones Públicas de un instrumento que facilite las decisiones de sus órganos.

**Derecho de acceso de las personas a los archivos y registros administrativos**, es el reconocimiento expreso por parte de la Administración Pública de que todas las personas tienen derecho a conocer las actuaciones que directamente le atañen o le interesan. Por lo tanto, está íntimamente vinculado con el *principio de transparencia* del sector público, considerado como un derecho fundamental en el marco de una sociedad democrática.

**Conservación del Patrimonio Documental Público**, en este caso, “Patrimonio Documental Castellano-manchego”, definido como un bien que nos pertenece a todos y que testimonia nuestra experiencia pasada y presente. Por ello, los archivos cumplen aquí con su obligación de conservarlo y custodiarlo tanto para su uso y disfrute por las generaciones presentes como, sobre todo, por las futuras.

La Ley consta de cincuenta y cinco artículos estructurados en cinco títulos, seis Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, cuatro Disposiciones Derogatorias y tres Disposiciones Finales.

*Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de Garantías en la Atención Sanitaria Especializada.*

En virtud del derecho a la protección de la salud, constitucionalmente reconocido en el artículo 43.1º de la Constitución Española, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha otorga a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de salud y la competencia ejecutiva en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, con la finalidad de hacer efectivo dicho derecho en el ámbito territorial.

En este marco de competencias, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha promulgó la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, con la que se garantiza una serie de derechos del ciudadano, encaminados a la mejora en la atención sanitaria, en su especialización y en su adecuación a las necesidades de los ciudadanos que la requieren.

Además, hay otro hecho que va a posibilitar aún más la atención de los problemas sanitarios y de salud de los ciudadanos de nuestra Región desde la cercanía sin tener que desplazarse a grandes ciudades para obtener los cuidados especializados que necesitan en cada caso, cuál es, la transferencia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, a través del Real-Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre. Con ello, se incrementaron notablemente los servicios sanitarios públicos mediante importantes inversiones económicas y tecnológicas.

Con todos estos antecedentes, se ha hecho posible la aprobación de la presente Ley de Garantías en la Atención Sanitaria, cuyo objeto no es otro que hacer efectivo el derecho a la atención sanitaria especializada cuando ésta tenga carácter programado y no urgente, estableciendo las garantías necesarias para ello –tal y como se prevé en su artículo 1–.

Esta Ley se compone tan sólo de nueve artículos y dos Disposiciones Finales.

Los beneficiarios de las mencionadas garantías, previstas por esta Ley, serán todos los residentes en la Comunidad de Castilla-La Mancha y también a no residentes pero sólo bajo las condiciones previstas en la Legislación Estatal y en Convenios Nacionales e Internacionales que le sean aplicables.

A lo largo de la Ley se establece la posibilidad de elección de Centro de Salud para ser atendido así como el modo de dicha elección, el sistema de garantías para recibir la atención sanitaria especializada en el Centro elegido, los Registros de pacientes en lista de espera y los gastos de desplazamiento, entre otros extremos.

### **Leyes de protección de Bienes Jurídicos y sectores de la población**

*Ley 2/2002, de 7 de febrero, por la que se establecen y regulan las distintas modalidades de viviendas de protección pública en Castilla-La Mancha.*

Dado que las viviendas de Protección Oficial y la aportación de recursos pro-

pios de la Comunidad Autónoma dedicados a cubrir la gran demanda social de vivienda no son suficientes y no satisfacen el principio social constitucionalmente previsto en el artículo 47 CE, en el que se reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, surge la necesidad de establecer un régimen de viviendas que se adecue mejor a las necesidades de los ciudadanos.

A su vez, este régimen debe determinar las características de las viviendas promovidas sobre patrimonios públicos de suelo o sobre suelos en los que en virtud de la normativa urbanística deban construirse viviendas con protección pública, para proteger los intereses públicos y de los usuarios.

Para ello, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha otorga –en su artículo 31– a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia exclusiva en materia de vivienda, por lo que ella misma es la encargada de elaborar sus normas para garantizar el acceso a la vivienda. El Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ya aprobó, en ejercicio de esta competencia, el III Plan de Vivienda y Suelo, el 11 de enero de 2000.

En cuanto al suelo reservado para la edificación de este tipo de viviendas, es importante apuntar dos datos. En primer lugar, el hecho de que la Ley de Presupuestos de Castilla-La Mancha para 1992, establece que los terrenos propiedad de las Administraciones Públicas y Empresas Públicas o que sean enajenados por éstos a partir de la entrada en vigor de dicha Ley y que se incorporen al proceso de urbanización y edificación de uso residencial, sólo podrán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública o a otros usos de interés social. Esta ha sido una medida muy importante puesto que ha aumentado considerablemente la oferta para la construcción de viviendas destinadas a la población con más dificultades económicas para acceder a una vivienda. Por otro lado, la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, también se refiere a estas viviendas, estableciendo que los Planes de Ordenación Municipal de los Municipios de más de 20.000 habitantes, o de menos, siempre que se den unas condiciones determinadas, habrán de establecerse unas estipulaciones necesarias para garantizar que se destine el “*suelo suficiente*” –es decir, que cubra las necesidades previsibles–, para la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública, habilitando en todo caso a la Administración a tasar su precio.

No obstante, el nuevo marco estatal de ayudas a la vivienda, dado por el Real

Decreto 1186/1998, de 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 1998-2001, no incluye la figura de las “*viviendas a Precio Tasado*”, es decir, viviendas de superficie superior a las de Protección Oficial y que cubrían las demandas de un gran sector social, reconociendo sin embargo la posibilidad de que las Comunidades Autónomas regulen otras viviendas con protección pública en sus respectivos ámbitos territoriales.

Esta Ley, concibe el suelo con destino residencial de titularidad pública como un bien con fines de interés social. Al mismo tiempo, trata de desarrollar un modelo de actuación pública que potencie una ciudad más integrada, fomentando una organización interna de las ciudades y pueblos de la Región donde los barrios sean socialmente diversos y solidarios, evitando el aislamiento de las zonas más desfavorecidas.

La presente Ley consta tan sólo de ocho artículos, tres Disposiciones Transitorias y dos Disposiciones Finales.

Su objeto no es otro que fomentar el acceso a la vivienda en Castilla-La Mancha, estableciéndose el régimen de las *Viviendas con Protección Pública* para su aplicación a actuaciones en materia de vivienda y suelo –tal y como dispone su artículo 1-; entendiéndose por “*Vivienda con Protección Pública*”, la que: “*destinada a la residencia habitual y permanente, cumpla las condiciones de uso, conservación, precio y calidad que se establece en la presente Ley, y sea calificada o declarada como tal por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*” –artículo 2–.

*Ley 15/2002, de 11 de julio, sobre drogodependencias.*

En la sociedad actual, el consumo de drogas se ha convertido en uno de los problemas que más preocupa socialmente, teniendo en cuenta, además, que no sólo existe el fenómeno de “consumo de drogas”, sino otro tipo de adicciones no producidas por sustancias químicas que se han convertido en un hábito en un sector social y que no dejan de producir trastornos adictivos.

La regulación y el control de estas sustancias siempre ha sido controvertido. Por un lado, existen los consumos tradicionales, tradicionalmente admitido en nuestra Región, como en el resto de nuestro Estado, como es el caso del tabaco –aunque no deja de ser preocupante el hecho de que más de mil quinientos cas-

tellano-manchegos fallecen anualmente por enfermedades relacionadas con su consumo-; otro tipo de consumo más reciente es el de sustancias psicotropas adictivas, de las que no sólo puede hablarse de uso sino de abuso, llegadas a nuestra Región en la década de los 70 –como la heroína, la cocaína y los derivados del cannabis-; y por último, el consumo de unas drogas más modernas, introducido la década pasada, denominadas “drogas de síntesis”.

A la hora de elaborar una Ley sobre drogodependencias y demás adicciones, deben sentarse unos principios básicos sobre los siguientes extremos: ante todo, debe equiparse al drogodependiente con otros enfermos, sin que quepa discriminación; activar la promoción de hábitos de vida saludable y de una “cultura de la salud” que marquen claramente el rechazo al consumo de drogas; desarrollo de políticas y actuaciones dirigidas a la prevención del consumo de drogas; asunción interdisciplinaria de las labores de prevención, asistencia e integración social del drogodependiente; elaboración de medidas de inserción social; impulso de una cultura de solidaridad y concienciación social a través de grupos de autoayuda en los que se involucren tanto los afectados directamente como las personas de su entorno más cercano.

Como puede apreciarse, ante todo, se trata de dar al drogodependiente la consideración de enfermo y, por ende, tratarle como tal.

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene, promoción, prevención, asistencia y restauración de la salud; marco competencial en el cuál se inserta la materia relativa a drogodependencias. Además, posee competencia exclusiva sobre asistencia social y servicios sociales, promoción y ayuda, entre otros, a “*grupos sociales necesitados de especial atención*”-entre éstos, los drogodependientes—.

Con la de esta Ley se pretende ordenar las actuaciones en el campo de la drogodependencia en nuestra Región, en todos sus aspectos: preventivo, asistencial y de integración social. Sin embargo, la ayuda a drogodependientes no es una preocupación nacida recientemente, sino una demanda social requerida desde hace tiempo, y por la que nuestras Instituciones Regionales ya tomaron la primera iniciativa en el año 1987, creando el *Plan Regional de Drogas*, a partir del cuál se han ido aprobando sucesivos Planes Regionales de Drogas, siendo el último el de 19 de marzo de 2001, con vigencia hasta el 2005.

Además, la Consejería de Sanidad ha aprobado una serie de normas para la atención al toxicómano y su deshabituación con opiáceos a dependientes de ellos, y se han regulado, con carácter anual, varios instrumentos financieros y técnicos para el fomento de las actividades que desarrollan las entidades locales y las organizaciones no gubernamentales en la materia.

Las Instituciones castellano-manchegas conciben la intervención en el fenómeno de las drogas y su adicción como un proceso integrador en el que la totalidad de la sociedad de la Región debe participar ya que, al fin y al cabo, son todos los que sufren su problemática. Así, entienden que el único modo de atacar el problema es afrontándolo desde sus dos ángulos: la *prevención* de los consumos y la *integración social* del drogodependiente, cuando no ha sido efectiva la fase preventiva.

La presente Ley recoge las pautas para la articulación de los instrumentos de coordinación, planificación, participación y financiación de las actuaciones que se desarrollen en el ámbito de las drogas en Castilla-La Mancha, en todas sus fases: prevención, asistencia e integración social.

En cuanto a la **prevención**, la Ley recoge lo que se denomina el principio de “*estructuras integradas*”, dirigiendo sus actuaciones hacia todos los ciudadanos, sin distinción alguna, aunque priorizando su política preventiva respecto a los sectores más débil: niños y jóvenes, a través de técnicas de mentalización social sobre las consecuencias del consumo de estas sustancias.

Respecto a la **asistencia**, se ponen al servicio de las personas con problemas de drogodependencia los recursos existentes en el marco de la red asistencial en general, puesto que son reconocidas como enfermos.

En el campo de la **integración social**, se fomentan las políticas que prioricen el acceso de las personas con problemas con las drogas a programas de integración laboral, de vivienda, de servicios sociales..., recurriendo incluso a la *discriminación positiva* cuando así sea necesario.

Esta Ley se desarrolla a lo largo de un amplio texto compuesto de setenta y siete artículos estructurados en ocho títulos, dos Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y cuatro Disposiciones Finales.

*Ley 21/2002, de 14 de noviembre, de medidas fiscales de apoyo a la familia y a determinados sectores económicos y de gestión tributaria.*

Con la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, entre ellas la nuestra, se hace necesario establecer un nuevo sistema de financiación en Castilla-La Mancha. Con el propósito de dar efectividad al artículo 39 de la Constitución Española –protector de la familia–, tiene reflejo en el artículo 31.12º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, el cuál da a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia exclusiva de planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico regional.

Con este nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, el sistema tributario en Castilla-La Mancha ha de adecuarse a las necesidades sociales y económicas de su Región, teniendo en cuenta los principios de justicia, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad, constitucionalmente protegidos.

La presente Ley consta de doce artículos, sistematizados a lo largo del texto en tres capítulos. El Capítulo I, dedicado a las medidas fiscales de apoyo a la familia y a la cooperación internacional para el desarrollo; el Capítulo II, a las medidas fiscales de apoyo a determinados sectores económicos; y el Capítulo III, a normas de gestión. Finalmente, cierran la Ley tres Disposiciones Finales.

*Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de Creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha.*

Esta Ley nace para la Creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha, como un Organismo Autónomo con personalidad jurídica propia. Éste, es creado, fundamentalmente, en pro de valores como la *igualdad* y la *no discriminación por sexo*, constitucionalmente protegidos y también previstos estatutariamente en los artículos 4.2 y 4.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, como valores –igualdad y libertad– que los poderes públicos deben promover, removiendo los obstáculos que la impidan, especialmente cuando éstos se interponen entre hombres y mujeres.

Por todo ello, este Instituto de la Mujer tiene marcados principalmente unos determinados **objetivos**: ante todo, pretende acabar con la violencia familiar de género, evitando así los malos tratos e incluso la muerte de algunas mujeres; poner fin a las desigualdades salariales entre hombres y mujeres; incrementar

medidas específicas de empleo que faciliten el acceso de las mujeres al mercado laboral y medidas que hagan más efectivas las políticas del Gobierno en la consecución de los derechos de las mujeres para obtener una igualdad de oportunidades; tomar medidas que adapten la vida familiar y la laboral, permitiendo a la mujer desarrollarse profesionalmente y ejercer plenamente sus derechos; acabar con la cultura sexista que impide a la mujer ocupar puestos de decisión a través de medidas como la democracia paritaria en el ámbito político (aunque habría que ponderar las ventajas y desventajas para la propia mujer de esta medida en concreto); ayudar a las mujeres que se encuentran solas y con hijos a su cargo, ya que en muchos casos están marginadas y desatendidas. Todos estos, entre otros, son los objetivos fijados por el Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha, creado por esta Ley.

Esta Ley consta de trece artículos, estructurados en cuatro capítulos, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

*Ley 23/2002, de 21 de noviembre, de Educación de Personas Adultas de Castilla-La Mancha.*

La sociedad actual está sometida a importantes transformaciones y todos los que estamos inmersos en ella nos vemos obligados a adaptarnos a dichas transformaciones. El problema surge a la hora de adaptar a la nueva situación a las personas adultas, alejadas ya del ámbito educativo, que es en el que se hacen comprensibles los cambios a través de las técnicas de enseñanza apropiadas.

Así las cosas, se hace necesaria la adaptación de las personas adultas a la nueva situación para lograr también su participación activa en estos cambios sociales. En definitiva, se trata de favorecer el derecho integral de la persona haciendo efectivo el derecho a la educación como derecho fundamental de la persona, reconocido en el artículo 27.1º de nuestra Constitución Española, y dando cumplimiento a la obligación impuesta a los poderes públicos por el artículo 9.2º CE para eliminar los obstáculos que entorpezcan el ejercicio de algún derecho fundamental.

Los niveles educativos en nuestra sociedad son cada vez más altos, por lo que existe cada vez más una competitividad mayor en el mundo laboral. Debido a estos niveles de competitividad laboral se hace necesario elaborar una oferta educativa más amplia, dirigida a las personas adultas, teniendo en cuenta además que éstas deben compaginar el estudio con el trabajo. De esta forma, se preten-

de disminuir las diferencias sociales, garantizando el derecho a la libertad y a la igualdad entre todos los castellano-manchegos.

Para conseguir este objetivo es necesario contar con una red más amplia de centros específicos y con un personal docente cualificado para la enseñanza de personas adultas, a través de metodologías propias para ellas.

La presente Ley de Educación de Personas Adultas de Castilla-La Mancha consta de veintiocho artículos repartidos en seis títulos, dedicados respectivamente a: disposiciones generales, ordenación y programación de las enseñanzas, centros educativos, comunidad educativa, coordinación general y financiación; terminando con una Disposición Derogatoria única y dos Disposiciones Finales.

*Ley 7/2002, de 9 de mayo, de Modificación de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos.*

Tal y como se establece en el artículo 31.1.4º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, nuestra Región tiene competencia exclusiva en materia de carreteras y caminos cuyo itinerario se desarrolle exclusivamente en su territorio.

Es en virtud de esta competencia por lo que nuestras Cortes Regionales aprobaron la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos, con el propósito de lograr la coordinación funcional de toda la red de carreteras y caminos castellano-manchega.

Sin embargo, desde la aprobación de esta Ley, se han producido importantes variaciones normativas en la legislación estatal sobre la materia que requieren la necesidad de incorporar determinadas modificaciones en nuestra legislación autonómica. Estas modificaciones están referidas, sobre todo, a materia de expropiación y de protección del medio ambiente –respecto a la que nuestra Comunidad tiene potestades de desarrollo legislativo y ejecución–.

La presente Ley consta de un artículo único en el que se introducen todas las modificaciones a la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos, estructuradas a su vez en cuatro grandes modificaciones bien diferenciadas.

En lo que nos interesa, las modificaciones más importantes giran en torno a los siguientes extremos: con la nueva Ley, se necesita la “*declaración de utili-*

*dad pública y necesidad de urgente ocupación”* para la expropiación, se incluye además la necesidad de un estudio de impacto ambiental de las nuevas carreteras y su sometimiento a los procedimientos de evaluación ambiental y, por último, se prevé la figura del “*contrato de concesión de obras públicas*” como medio de gestión de las carreteras.

*Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha.*

La Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en materia de coordinación de Policías Locales, tal y como se recoge en el artículo 31.1.32º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. En virtud de esta competencia se aprobó la Ley 2/1987, de 7 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha.

Sin embargo, hace ya más de una década desde la aprobación de dicha Ley, en este periodo de tiempo, los Cuerpos de Policía Local de Castilla-La Mancha han experimentado una importante transformación centrada en una fuerte concienciación, por parte de las Entidades locales, de la importancia de una Seguridad Pública profesionalizada y cercana al ciudadano.

Por este motivo se hace necesaria la elaboración de un nuevo texto legal que satisfaga esta necesidad de Seguridad Pública. De este modo, la nueva Ley nace básicamente con la finalidad de establecer un régimen jurídico homogéneo que permita integrar a los Policías Locales de toda Castilla-La Mancha en un mismo sistema de seguridad pública, respetando el principio constitucional de la autonomía municipal y el principio de subsidiariedad.

El texto de la Ley se estructura en cuarenta artículos, distribuidos en seis títulos, tres Disposiciones Adicionales, cinco Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

*Ley 10/2002, de 21 de junio, de Estadística de Castilla-La Mancha.*

Hoy en día las estadísticas son un importante medio para conocer la realidad tanto social como económica de un territorio; normalmente utilizadas para hacer sondeos de datos a nivel nacional, aunque también pueden utilizarse a nivel regional, como es el caso que nos ocupa. Así, a través de las estadísticas, pueden establecerse comparaciones entre los datos obtenidos en el territorio objeto de

estudio y otros territorios, dentro de un amplio entorno, para comprobar las características específicas de su situación y su evolución.

Estos datos conducen a un conocimiento más aproximado de la realidad social y económica de un territorio, de gran relevancia teniendo en cuenta que sólo a través de ello los poderes e instituciones públicas podrán orientar sus políticas y líneas de actuación, en función de los resultados revelados en dichas estadísticas.

Por todo ello, es evidente la necesidad de contar con referencias fiables que muestren las características de la realidad en nuestra Región, para lo que se necesita elaborar un marco legal que organice y ponga sus límites. Así se promulga la presente Ley, en ejercicio de las competencias exclusivas previstas en el artículo 31.24º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, para la elaboración de estadísticas con fines regionales, respetando la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública (con fines estatales).

El objeto de esta Ley no es otro que regular la actividad estadística regional así como la relativa a la creación y funcionamiento del *Instituto de Estadística de Castilla-La Mancha*. De este modo, establece el marco jurídico de la actividad estadística para los fines de nuestra Región. También se encarga de su organización, para la cuál se crea el *Instituto de Estadística de Castilla-La Mancha* como órgano de gestión específico mediante el que se conforma la estructura organizativa de la actividad estadística regional, estableciéndose a su vez fórmulas de coordinación con el resto de órganos de la Administración Regional. Además, se ocupa de los instrumentos de la planificación estadística y el procedimiento de la obtención de los datos estadísticos, señalándose como instrumento de planificación el *Plan Regional de Estadística*, desarrollada en programas anuales, aunque de carácter cuatrienal. Por último, la Ley se detiene especialmente en lo que denomina “*secreto estadístico*”, referido a la protección de datos de carácter personal, además de en la conservación de la información, su difusión y el régimen sancionador.

La Ley consta de cuarenta y nueve artículos estructurados en cuatro títulos, cuatro Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

*Ley 16/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha.*

Se hace próxima –año 2005– la fecha de la celebración del IV Centenario de la primera edición de la obra *“El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha”*, gran mito cultural mundialmente conocido, representativo de Castilla-La Mancha. Su aniversario será, por lo tanto, la ocasión idónea para vincular tal mito a una nueva realidad en nuestra Región: *Castilla-La Mancha en 2005*.

Es el momento de dar a conocer no sólo los aspectos económico-culturales de esta Región que es la nuestra, sino lo que es más importante, de hacer llegar una imagen moderna, europeizada, con una sociedad abierta, tolerante, dinámica y comprometida, en suma, presentándose como un foro propicio de inversiones.

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha necesita, ante todo, una organización específica adecuada, a cuya cabeza se nombrará un Comité Organizador para coordinar y desarrollar estos objetivos.

Para ello, la primera labor de coordinación acordada es la próxima construcción de una empresa pública denominada: *“Don Quijote de La Mancha, 2005”*, cuya finalidad será crear una imagen clara del evento homenajeado y vincularla a un conjunto de actividades que tendrán desarrollo desde 2002 a 2005.

Con todo esto se potenciarán notablemente el fomento del turismo –artículo 32.18º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha–, de la cultura y la investigación –artículo 32.17º del Estatuto–, del desarrollo económico regional –artículo 32.12º del Estatuto–, e incremento del interés por el Patrimonio artístico, histórico y monumental –artículo 32.16º del Estatuto– (todo ello siendo competencias exclusivas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha).

La Ley consta de quince artículos, una Disposición Transitoria y dos Disposiciones Finales.

### **Leyes sobre la ordenación de sectores económicos**

*Ley 12/2002, de 27 de junio, reguladora del ciclo integral del agua de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.*

El agua siempre ha sido un tema muy preocupante en nuestra Región, no sólo por ser uno de los recursos vitales más necesarios sino por su escasez en nuestra Comunidad. No obstante, no es un tema que preocupe a Castilla-La Mancha de forma aislada sino que es objeto de interés en ámbitos muy superiores, tanto

a nivel estatal, como comunitario. Precisamente, la Unión Europea aprobó mediante Resolución del Consejo de 1 de febrero de 1993 el denominado Quinto Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, en el que se presenta una importante novedad, cual es, la incorporación del concepto: “*desarrollo sostenible*”, que en materia hidráulica se traduce en la integración de la política del agua en el resto de políticas de la Unión, especialmente en las consideradas como sectores objetivos –tales como: sector energético, industrial, agrícola, de transportes y de turismo–.

El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha otorga a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia exclusiva sobre ordenación del territorio, obras públicas y actuaciones referentes a aprovechamientos hidráulicos de interés para nuestra Región.

La presente Ley da cumplimiento al mandato expreso de las Cortes Regionales que, se pronunciaron favorablemente el 26 de diciembre de 1996, en sesión plenaria, en relación con los Planes Directores de Abastecimiento y de Saneamiento y Depuración presentados por el Gobierno Regional, encomendándole la elaboración de este Proyecto con el objetivo de fijar el marco normativo necesario para desarrollar dichos Planes Directores.

Así, los fines perseguidos por esta Ley son básicamente: contribuir a la ordenación del territorio; regular los aprovechamientos hidráulicos de interés para Castilla-La Mancha, dentro de un marco de coordinación tanto con los órganos competentes de la Administración estatal como con los de las Administraciones locales; y contribuir a la preservación y mejora de nuestro medio ambiente, en este caso, referido a los recursos hídricos y a su calidad. En otro orden de cosas, la Ley no olvida algo que es un hecho en la realidad castellano-manchega: las especiales características hidráulicas de nuestra Región, en la escasean las cuencas hidrográficas internas, y que ya ha superado situaciones de graves sequías, cuya repetición debe prevenir esta Ley.

En esta materia es importante tener presente el *principio de unidad del ciclo del agua*, que hace necesaria una regulación al máximo nivel normativo. Más en concreto, el Plan Nacional, aprobado en 1995 impone a todas las Comunidades Autónomas la obligación de formular su correspondiente *plan regional* que pueda integrarse en aquél, dando así cumplimiento a la normativa comunitaria en esta materia.

El objetivo principal perseguido por esta Ley es ordenar la política de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración de aguas residuales en la Región castellano-manchega mediante la ordenación de las correspondientes infraestructuras, abarcando desde su planificación a su financiación. Para alcanzar este objetivo, se basa en el respeto competencial mutuo en las relaciones interadministrativas, buscando la consecución de la mejor garantía de abastecimiento de agua y la mejor calidad de las aguas residuales, fundamentalmente a través de una gestión eficaz de las instalaciones hidráulicas y del equilibrio económico-financiero de su explotación, reservando a la Administración autonómica la gestión en alta y a la Administración local, la gestión en baja, en cualquier caso.

La Ley consta de sesenta y dos artículos, estructurados en siete títulos –incluyendo entre ellos un Título Preliminar–, dos Disposiciones Adicionales, cuatro Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria, cinco Disposiciones Finales y un Anexo que completa y cierra la Ley.

En el Título Preliminar –“*Disposiciones Generales*”–, se fija el objeto de la Ley así como los principios generales en los que se inspira.

*Ley 14/2002, de 11 de julio, de ordenación y fomento de la artesanía de Castilla-La Mancha.*

Varios son los preceptos legales y constitucionales que han impulsado el nacimiento de esta Ley. Por una parte, el artículo 31.1.14º del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, prevé que nuestra Comunidad tiene competencia exclusiva en materia de Artesanía dentro del ámbito regional. Por otra parte, es la propia Constitución Española la que, desde su artículo 130.1 CE da a los poderes públicos –entre ellos las Comunidades Autónomas– el mandato de atender al desarrollo y modernización de determinados sectores económicos, entre los que expresamente menciona el de la Artesanía, con el objetivo de equiparar el nivel de vida de todos los ciudadanos.

Así las cosas, se hace necesario que nuestra Comunidad de cumplimiento al mandato constitucional, no a través de una disposición que se limite a desarrollar la función legislativa en materia de Artesanía, sino a través de una Ley que potencie el desarrollo de este sector económico, modernice su actividad y fomente los objetivos de mejora social y aumento de empleo y del nivel de vida en Castilla-La Mancha, conllevando esto a su vez un gran impulso de la cultura popular, íntimamente ligada a la actividad artesana en nuestra Región.

En Castilla-La Mancha, la Artesanía no es una fuente generadora de producción y empleo aislada, sino coordinada con otra gran fuente de ingresos y de importante crecimiento de la Región como es el turismo, ya que la actividad artesana no puede desvincularse de las tradiciones populares, la cultura y el patrimonio de nuestra tierra.

Tal es la importancia que tiene esta actividad que así puede justificarse la necesidad de una nueva regulación de la artesanía en Castilla-La Mancha. Este nuevo marco regulador debe ser lo suficientemente amplio como para abarcar la problemática del sector artesano, sin limitarse a la identificación de la actividad económica artesanal y a la definición de algunos conceptos, sino enmarcando dicha actividad en un contexto modernizador, abierto al exterior, coordinado con el resto de actividades económicas y con vocación impulsora, modernizadora y elevadora de la renta de los artesanos castellano-manchegos; preparado para las nuevas demandas del mercado.

Esta Ley consta de dieciséis artículos, estructurados en tres capítulos; a ellos se añaden una Disposición Adicional única, una Disposición Transitoria única, una Disposición Derogatoria única y dos Disposiciones Finales.

## ***2. Actividad no legislativa***

Como es habitual, la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha también se centra, en este período, en las Resoluciones dictadas en virtud de los Debates Generales. Es obvio, no obstante, que no podemos olvidar las Propositiones No de Ley ni el control político llevado a cabo mediante las preguntas e interpelaciones, aunque en realidad todo ello forme parte de la actividad no legislativa de las Cortes Regionales, no son el núcleo de ésta. El eje central de ésta siguen constituyéndolo, una vez más, las Resoluciones Generales, por un cúmulo de motivos: la cantidad de Resoluciones dictadas, la diversidad de temas tratados por ellas, el reflejo de los intereses políticos y sociales tocando los aspectos que más preocupan a los ciudadanos en general. De este modo, las Cortes muestran su preocupación por estos temas que más preocupan, haciéndose a su vez partícipe de ellos e implicándose de alguna forma desde su posición política.

Los temas tratados, son como cada año los temas tradicionales objeto de preocupación para la sociedad en general, tratados por los Debates Generales, tales

como: sanidad, salud y medio ambiente, agua, infraestructuras, educación y cultura, prestaciones sociales y otras, más difíciles de catalogar, entre las que se incluyen Resoluciones de los más variados temas.

Mención especial merece el Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno, esto es, el Debate sobre el estado de la Región del periodo 2002, celebrado en Sesión Plenaria de las Cortes de Castilla-La Mancha, los días 15 y 16 de octubre de 2002 (DOCM, nº 81, de 15 y 16 de octubre de 2002).

Se abrió el Debate, como cada año con la intervención del Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, don José Bono Martínez, quien comenzó exponiendo su discurso. En él, dedicó sus primeras palabras al recuerdo del fallecido don Gonzalo Payo, miembro del Partido Popular y Presidente de la Preautonomía, para dar paso a un amplio discurso en el que tocó todos los puntos relacionados con la economía, la situación laboral, educación, sanidad, bienestar social, transportes e infraestructuras y planes hidrológicos, así como otros temas de interés para la Región, dando una visión de su situación actual y mostrando los logros y avances que el Gobierno Regional ha alcanzado en cada una de dichas materias. Antes de nada, comenzó felicitando a las mujeres agrarias, por coincidir el día del Debate con la celebración del Día Mundial de la Mujer Agraria, elogiando su labor dentro de nuestra Comunidad. Dedicó también unas palabras de ensalzamiento a la Constitución Española y a los valores de paz y libertad en ella reconocidos, recordando que no caben soberanías compartidas ni ámbitos de decisión distintos a los del pueblo español –así se desprende de nuestra Constitución-; y partiendo de esto, aprovechó para criticar duramente a Ibarretxe por su anunciada intención de construir más fronteras entre el País Vasco y España. Continuó haciendo una condena a ETA, como cada año, afirmando que éste es el principal problema que tenemos los españoles, ofreciendo su alianza a todos, independientemente del partido político que sean, para luchar contra ellos, a los que califica como asesinos, así como contra quienes les apoyen. Pasando al discurso puramente político, el Presidente comenzó afirmando que de los compromisos asumidos en su programa electoral para las elecciones para 1999, se han cumplido un 90% de ellos; de entre todos ellos, por menorizados por él en su discurso, podemos destacar algunos. En materia sanitaria, se nos han transferido las competencias sanitarias, se han reducido las listas de espera sanitaria en casi 29.000 personas. En cuanto a la vivienda, se ha aprobado la Ley de Vivienda de Protección Autonómica para jóvenes y familias con necesidades especiales. En materia de transportes e infraestructuras, se ha conseguido firmar un acuerdo a través del cuál el AVE unirá las cinco capitales

de provincia, Talavera, Puertollano y Alcázar de San Juan, y se intentará que una también a Tomelloso; además se ha aprobado el Plan Director de Transportes. Respecto a la educación, destacó el logro de la Facultad de Medicina de Albacete, así como las residencias universitarias con las que cuenta nuestra Región; no olvidó mencionar el aumento de estudiantes universitarios en la Región, así como el aumento de medios y profesionales cualificados con que cuenta nuestra Universidad; en esta materia, también recordó otros aspectos prometiendo extender el transporte gratuito a todas las enseñanzas, incluidas las no obligatorias, así como desarrollar un plan extraordinario en los centros de Educación Especial, dotando a las escuelas rurales con instrumentos informáticos de última generación. En cuanto a la situación laboral, afirma que el paro registrado en Castilla-La Mancha ha descendido en casi 8.000 personas, mejorando en casi 7 puntos respecto a la media nacional, siendo las mujeres las que más buscan y encuentran empleo gracias, entre otras medidas, a los incentivos ofrecidos a las inversiones realizadas para incrementar la ocupación de la mujer. Un dato económico dado para mostrar la situación de la Región es que mientras que el nivel de exportaciones del resto de España baja, en Castilla-La Mancha sube. Volviendo al tema de la integración de la mujer, menciono aparte merece la aprobación de la Ley de representación paritaria en las listas electorales para la constitución del Parlamento Regional, con la finalidad de conseguir una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. También merece mención especial, el hecho de que la Defensora del Pueblo ya es una realidad en nuestra Comunidad, ha sido nombrada y ya está trabajando para la Región. En cuanto a cooperación internacional y ayuda al desarrollo, nuestra Comunidad ha superado en un 25% el compromiso que había asumido en cooperación internacional con los países más pobres. También se han hecho otros logros con fines sociales tales como: la aprobación de la Ley de acceso de personas con alguna discapacidad a la Función Pública, aumento de las ayudas a las familias numerosas, aprobación de la ayuda para los padres que soliciten la baja por paternidad, la aprobación de ayudas para los trabajadores autónomos, así como el compromiso de hacer una segunda rebaja de impuestos y reformar el Impuesto de Sucesiones para eliminar la fiscalidad en las herencias, entre otros.

Como puede apreciarse de la lectura de su discurso, el Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, dio una visión de Castilla-La Mancha muy positiva y quizá demasiado optimista. Algo que, como veremos a continuación fue duramente criticado por la oposición, quien le acusó de aprovechar la proximidad de nuevas elecciones.

A continuación, en su turno de réplica, habló el Portavoz del Grupo Parlamentario Popular, don Leandro Esteban Villamor. También éste dedicó sus primeras palabras al recuerdo de don Gonzalo Payo, y seguidamente comenzó su crítica a la exposición de don José Bono, calificando su presentación de la situación de nuestra Región como de “idílica” y señalando que no hay que olvidar la circunstancia especial de que estamos ante las postrimerías de esta Legislatura –como ya anunciábamos–. También anuncia que, frente a los datos estadísticos que presentó el Presidente a lo largo de su discurso –laborales, económicos...–, él tiene otros diferentes y no coinciden, y claro está que los suyos son peores y no muestran que la Región va tan bien ni avanza tanto. En materia laboral, afirma que la actividad laboral de la Región es inferior en cuatro puntos a la media nacional. Acusa al Gobierno Regional de ser uno de los que menos invierte en tecnología, siendo una de las causas de las carencias de nuestra Comunidad. Asimismo afirma que somos una de las regiones con peores indicadores socioeconómicos, situándonos entre las regiones más pobres de España. En cuanto a la incorporación de la mujer en la política, intenta quitar importancia a la Ley de paridad alegando que el Partido Popular lleva muchos años de clara incorporación de la mujer a la vida política. En materia de educación, afirma que no se ha cumplido el plan de formación profesional, asegurando que éste es el plano donde mayor ha sido el grado de incumplimiento; además ofrece datos para afirmar que nuestra Universidad es la que mayor porcentaje de alumnos pierde, además de ser la Región peor preparada para hacer frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Acusa al Gobierno de haber entregado sólo un 10% de las viviendas de promoción pública que se comprometió a otorgar y consentir que la nuestra sea una de las regiones con porcentaje de paro femenino más alto. Y todo ello, según el señor Esteban Villamor, no es sino consecuencia del fracaso mantenido durante cuatro lustros por el mismo Gobierno en Castilla-La Mancha.

Tras varios turnos de réplicas y contra réplicas entre los señores Bono y Esteban, se dio por finalizado el Debate y se abrió un plazo de quince minutos para que los grupos parlamentarios presentasen sus propuestas de Resolución. Seguidamente, continuó el Debate con la tanda de las propuestas de Resolución de cada Grupo Parlamentario –siete cada uno de ellos–, y sus respectivos turnos de réplica. Por el Grupo Parlamentario Socialista intervinieron para presentar las propuestas: doña M<sup>a</sup> Nieves Arriero Bernabé, don Francisco Juan Moya Martínez, don Roberto Tejada Márquez, don Antonio Salinas Hernández, doña M<sup>a</sup> del Carmen Romera López, don Gregorio Jesús Fernández Vaquero y doña Isabel M<sup>a</sup> Rosas Huelgas. En representación del Grupo Parlamentario Popular

intervinieron: don Miguel Ángel Ortí Robles, doña Manuela Parras Ochando, don Antonio Manuel López Polo, don Domingo Triguero Expósito, don Pedro Fernández-Jordán Fernández, doña Carmen Riobos Regadera y don Pedro José García Gómez.

Las Resoluciones no fueron votadas en bloque, como ocurrió el periodo anterior, sino que se votaron una a una. Fueron rechazadas todas las Resoluciones presentas por el Grupo Parlamentario Popular, salvo la nº 1, respecto a la cuál hay que hacer una puntualización. En su primer punto llegaron a un acuerdo ambos grupos políticos, por lo que votaron dicho punto de forma separada al resto de la Resolución, quedando aprobado –*votación transaccional*–; mientras que el resto de la Resolución fue rechazada. Las siete Resoluciones presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista fueron aprobadas. Éstas trataban los siguientes temas: Resolución de cara a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; Resolución relativa a la construcción de autovías en la Región; Resolución relativa al desarrollo de Castilla-La Mancha en materia de telecomunicaciones; Resolución en relación a la Política Agraria Comunitaria; Resolución relativa a la calidad de la educación; Resolución relativa a la adopción de medidas para el cumplimiento de la prohibición de la venta de alcohol a menores ; Resolución relativa al estado del bienestar en Castilla-La Mancha.

Respecto a la actividad del control político del Gobierno de Castilla-La Mancha, no se desarrolla como la función esencial de las Cortes Regionales, sino que en la práctica parece haber quedado reducido a un segundo plano limitándose esta función a las preguntas e interpelaciones presentadas por la oposición.

En último lugar, respecto a las Proposiciones No de Ley aprobadas durante este periodo, hemos destacado las más significativas, a las que haremos referencia más adelante.

A continuación, realizaremos un breve estudio de la labor llevada a cabo, durante el transcurso de este año 2002, por las Cortes de Castilla-La Mancha en relación a los Debates Generales, esto es, las Resoluciones aprobadas en relación a ellos, siguiendo un orden por materias, como venimos haciendo cada año. Así:

\* En materia de sanidad, hay que destacar la Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación de las transferencias sanitarias en Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 158, de 8 de febrero de 2002). En esta Resolución las Cortes Regionales felicitan al también Gobierno Regional por su

buena labor negociadora en el proceso de transferencia y asunción de competencias en materia sanitaria, habiendo conseguido un acuerdo histórico, por ser muy favorable en términos económicos y financieros, para los intereses de nuestra Comunidad. Asimismo dan su apoyo a las iniciativas puestas en marcha por la Consejería de Sanidad para mejorar la atención sanitaria castellano-manchega.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate sobre el Plan de Reducción de Listas de Espera de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 166, de 8 de marzo de 2002). En ella, las Cortes de Castilla-La Mancha felicitan al Gobierno de la Región por la rapidez con la que han aprobado un Plan de Reducción de las Listas de Espera –a tan solo dos meses de haber asumido las competencias en esta materia–, dando así respuesta al principal problema de la sanidad pública. Además, le solicitan la remisión de un Proyecto de Ley de Garantía de los Tiempos Máximos de Espera, antes de finalizar el 2002, con el objetivo de evitar las largas esperas en la atención sanitaria en nuestra Región.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Protocolo de Cooperación en materia sanitaria firmado entre las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha, Madrid, Extremadura y Castilla y León (BOCCM, nº 184, de 19 de abril de 2002). En esta Resolución, las Cortes Regionales aprovechan para congratularse por las iniciativas puestas en marcha con las firmas de los Protocolos de coordinación en materia sanitaria con las Comunidades de Extremadura, Madrid y Castilla y León, instando a su vez al Gobierno castellano-manchego en ésta línea de colaboración con otras Comunidades Autónomas ya emprendida.

\* En materia de educación y cultura, destacamos la Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Proyecto de Ley del Gobierno sobre Formación Profesional y Cualificaciones Profesionales (BOCCM, nº 184, de 19 de abril de 2002). A través de esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha acuerdan dar su apoyo al Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades en las actuaciones que realiza en el ámbito de la Formación Profesional, contribuyendo con ellas al incremento del nivel de cualificación de los ciudadanos castellano-manchegos, así como en la defensa de todas las competencias que le son propias en este campo. Del mismo modo, solicitan al Gobierno Nacional la modificación de la Ley de Formación Profesional y las cualificaciones, así como que ponga los recursos económicos suficientes para poner en marcha la mejora de la Formación Profesional para alcanzar el gasto público medio de la Unión Europea.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la construcción del Palacio de Exposiciones y Congresos de Albacete (BOCCM, nº 189, de 10 de mayo de 2002). Las Cortes de Castilla-La Mancha aprovechan esta Resolución para valorar muy positivamente el convenio suscrito por la Junta de Comunidades, el Ayuntamiento de Albacete y la Diputación Provincial para financiar dicha obra. Es un proyecto por el que ha apostado toda la sociedad albaceteña ya que dará un fuerte impulso a su economía, por lo que se solicita agilidad en los trámites a las Administraciones firmantes, para convertirlo en un hecho lo antes posible.

\* En materia de infraestructuras, se aprueba la Resolución del Pleno de las Cortes sobre el II Plan Director de Transportes de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 173, de 22 de marzo de 2002). En ella, las Cortes consideran apropiado, por ajustarse a la realidad, el análisis de la situación actual en materia de infraestructuras, comunicaciones y servicios de transporte de viajeros y mercancías en la Región, valorando así muy positivamente los objetivos, estrategias y líneas de actuación del II Plan Director de Transportes de Castilla-La Mancha, especialmente por el hecho de haber sido aprobado por unanimidad por el Consejo Regional del Transporte. Además, las Cortes, en Pleno, instan al Gobierno Regional a incorporar a este II Plan Director de Transporte de la Región una serie de aportaciones elaboradas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular, contenidas en un Anexo, en las que se incluyen 16 propuestas consistentes en pequeñas modificaciones de detalle a dicho Plan.

\* En materia de agua, destacamos la Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la interposición por parte del Gobierno Regional de un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modifican la regulación jurídica de los trasvases Tajo-Segura y Tajo-Guadiana (BOCCM, nº 181, de 12 de abril de 2002). En ella, las Cortes Regionales ratifican su apoyo y adhesión al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Regional a la Ley 24/01, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, instando al Gobierno del Estado a derogar los artículos 89 y 90 de dicha Ley, por entenderlos ilícitos e injustos y por atentar contra los intereses de nuestra Comunidad.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las consecuencias que tiene para los recursos hídricos de Castilla-La Mancha el tras-

vase de agua acordado el pasado día 30 de julio por la Comisión Central de Explotación del Trasvase Tajo-Segura (BOCCM, nº 218, de 30 de agosto de 2002). Con esta Resolución, las Cortes Regionales rechazan el último trasvase de 60 Hm cúbicos para regadíos –aprobado por la Comisión de explotación del Trasvase Tajo-Segura, el 30 de julio de 2002–, exigiendo al Ministerio de Medio Ambiente más prudencia en la gestión en lo que se refiere a la aprobación de las cantidades trasvasadas del Tajo al Segura y en cuanto al cumplimiento de los caudales legales del río Tajo. Asimismo, exigen a dicho Ministerio una justificación suficiente del destino de las cantidades de agua trasvasada y no consumida en las zonas regables del trasvase entre los años 1998 y 2002, instándole a que cumpla sus compromisos recogidos en el Plan Hidrológico Nacional.

\* En materia de prestaciones sociales, son varias las Resoluciones que podemos destacar. En primer lugar, la Resolución del Pleno de las Cortes relativa a la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas (BOCCM, nº 221, de 19 de septiembre de 2002). En ella, las Cortes de Castilla-La Mancha se reafirman una vez más en su compromiso de apoyar el conjunto de acciones integradas con el fin de erradicar eficazmente la violencia doméstica, a la vez que manifiestan su satisfacción por el aumento del número de denuncias por malos tratos producida, fundamentalmente, por encontrarse más protegidas tanto por las administraciones públicas como por la sociedad, las mujeres víctimas de la violencia doméstica. Además, muestra su entusiasmo respecto al Informe remitido por el Gobierno Regional –tanto por el nivel como el rigor de su contenido–, ya que, por primera vez, nos permite tener un diagnóstico sobre lo que ocurre con las mujeres maltratadas, conocer su perfil y el de sus maltratadores y saber qué medidas de apoyo tienen por parte de las administraciones y asociaciones. Por último, las Cortes castellano-manchegas expresan, a través de esta Resolución, su reconocimiento y respeto a las dieciocho mujeres que dieron valientemente su consentimiento para la publicación de las sentencias de sus maltratos. De este modo y teniendo en cuenta todo esto, las Cortes hacen una serie de manifestaciones respecto a las medidas de prevención y sensibilización, y las medidas de asistencia, reconociendo el impulso y el esfuerzo realizado por el Gobierno Regional para promocionar los valores de igualdad entre hombres y mujeres, las campañas de sensibilización entre la población, el incremento de las ayudas económicas a las mujeres y a sus hijos y la apertura de nuevas vías de inserción laboral de las mujeres maltratadas, entre otras. Así mismo, se insta al Gobierno Regional a la creación de Centros de Acogida en los municipios que cumplan todos los requisitos establecidos por la Ley, instando a su vez al Gobierno de la Nación a la

urgente aprobación de una Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género que aborde este problema.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual de la vivienda (BOCCM, nº 235, de 22 de noviembre de 2002). En ella, las Cortes de Castilla-La Mancha aprovechan para hacer llamadas tanto al Gobierno Regional como al Gobierno de la Nación. Por una parte, instan al Gobierno Nacional a que ponga a disposición el suelo público de su titularidad, y lo haga a un precio asequible, para la construcción de viviendas protegidas, pidiéndole además la retirada del Decreto-Ley 4/2000, dando paso a la elaboración de una nueva legislación estatal consensuada entre las tres Administraciones y los agentes sociales y del sector inmobiliario, sobre la valoración del suelo que impida la especulación, favoreciendo la urbanización, edificación y rehabilitación. Además, le insta a retirar el recurso interpuesto contra la Ley de Castilla-La Mancha de Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística (LOTAU). Para finalizar, le solicita la financiación de los programas de viviendas públicas de la Junta de Comunidades y de las Corporaciones Locales y la introducción de un IVA súper-reducido para las viviendas protegidas. Por otra parte, continuando con las medidas en materia de vivienda, las Cortes de la Comunidad también hacen llamadas al Gobierno Regional en algunos aspectos: quieren que enajenen más suelo público para la construcción de viviendas con protección pública y que modifique la LOTAU introduciendo la obligatoriedad de que los promotores destinen un porcentaje del suelo urbanizable a la construcción de viviendas de protección pública. Finalmente, las Cortes Regionales instan a ambos Gobiernos, Regional y Nacional, a que introduzcan las medidas necesarias para incentivar el mercado del alquiler de viviendas, como última medida para solventar la problemática actual de la vivienda.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación de seguridad ciudadana en Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 205, de 25 de junio de 2002). A través de esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha instan al Gobierno de la Nación a que adopte de modo urgente las medidas necesarias para alcanzar una situación de mayor seguridad ciudadana –objetivo que preocupa de forma primordial a las entidades públicas y que se ha extendido a los Cuerpos de Seguridad–. Entre estas medidas podemos mencionar: dotar con personal suficiente las plantillas de las comisarías y Guardia Civil de la Región, dotándolas del material necesario; reforzar la coordinación entre Policía Nacional, Guardia Civil y Policías Locales, a través de unidades especializadas; contar con mejores y más abundantes medios de prevención de la

delincuencia; crear un plan estratégico nacional de seguridad ciudadana, del que dependan planes autonómicos y locales; establecer juicios rápidos para la delincuencia menor; y creación de una agencia estatal de evaluación de la delincuencia para acabar con la divergencia de cifras de Interior y Fiscalía del Estado, entre otras medidas.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la repercusión de la Reforma de las Prestaciones por Desempleo en Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 197, de 7 de junio de 2002). En ella, las Cortes Regionales instan al Gobierno del Estado a retirar su propuesta de reforma del sistema de protección social, por parecerle injusta e ineficaz, y no mejorar el empleo ni los Servicios Sociales, instándole a su vez a que abra un proceso de negociación con los Sindicatos encaminado a la mejora del empleo y la cobertura social en nuestro país.

\* Asimismo, ha sido abundante la actividad no legislativa en otras materias, tales como: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el futuro del Estado Autonómico y la participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea (BOCCM, nº 173, de 22 de marzo de 2002). En ella, las Cortes instan al Gobierno del Estado Español a impulsar el diálogo y la búsqueda de un consenso entre las fuerzas políticas parlamentarias y las Comunidades Autónomas para emprender una reforma del Senado, con el fin de proporcionarle la integración territorial propia de su vocación, esto es, foro de encuentro que las Comunidades Autónomas reclaman, imprescindible en una estructura política compleja como la del Estado de las Autonomías. En todo caso, dicha reforma deberá llevarse a cabo limitándose a los artículos del Título III de la Constitución Española correspondientes a la constitución, funciones y relaciones con el Congreso. También se insta al impulso del fortalecimiento de los mecanismos actuales de participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado ante las instituciones de la Unión Europea, en especial, un procedimiento marco de participación de un representante de las Comunidades Autónomas en la delegación española ante el Consejo de Ministros de la Unión Europea. La participación de estos representantes autonómicos a nivel europeo deberá graduarse en función de los diferentes niveles competenciales y materias concernidas, o cuando los intereses específicos o estratégicos de alguna de ellas en particular se vean afectados, de manera particular, por una decisión a adoptar en el Consejo de Ministros de la Unión. En todo caso, la delegación española ante el Consejo de Ministros de la Unión Europea estará presidida por un representante del Gobierno de la Nación. Finalmente, se insta

la inmediata convocatoria del debate anual en el Pleno y en la Comisión General del Senado sobre el Estado de las Autonomías –no realizado desde 1997–.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Pacto Local (BOCCM, nº 178, de 8 de abril de 2002). En ésta, las Cortes Regionales se refieren a diversos extremos, de los que lo más destacado es su reclamación al Gobierno de la Nación una nueva regulación de las Haciendas Locales que financie adecuadamente las competencias que tienen atribuidas los Municipios, para lo que se requiere una vez más la elaboración del llamado “Pacto Local” –nunca concretado–, elaborado por el Estado y en colaboración con las Comunidades Autónomas.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre los programas de desarrollo rural (BOCCM, nº 186, de 26 de abril de 2002). En esta Resolución, las Cortes Regionales comienzan mostrando su satisfacción por la puesta en marcha del nuevo Programa de Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha para el periodo 2002-2008, para todo el territorio regional, y que beneficiará al 95% de los municipios castellano-manchegos y a la totalidad de las zonas rurales. Continúa apoyando la Resolución de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente que contempla la puesta en marcha de diversos grupos de acción local en toda Castilla-La Mancha, siguiendo el “Programa LEADER PLUS” o el “Programa PRODER-2”. Termina haciendo una llamada al Gobierno Regional y al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación a firmar los correspondientes convenios financieros con estos Grupos de Acción Local posibilitando así la puesta en marcha de los Programas de Desarrollo Rural en nuestra Comunidad.

Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha correspondiente al ejercicio 2000 (BOCCM, nº 238, de 9 de diciembre de 2002). En ella, las Cortes aprueban la Cuenta General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha correspondiente al año 2000, una vez constatado por el Informe de fiscalización de la Sindicatura de Cuentas que no se han advertido infracciones, abusos ni presuntas irregularidades, y comprobado que los fondos públicos regionales se han gestionado con rigor y transparencia por el Gobierno Regional. De este modo, éste es instado a a continuar en la misma línea de actuación con el objetivo de mejorar los procedimientos de gestión económica, para que la Cuenta General se ajuste a la legislación aplicable, garantizando siempre el rigor, la claridad y la transparencia.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la Ley de Estabilidad Presupuestaria (BOCCM, nº 166, de 8 de marzo de 2002). Con esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha exigen al Gobierno de la Nación la presentación de un Proyecto de Ley con el que se rectifique el ataque que han realizado a la Autonomía Local las Leyes de Estabilidad Presupuestaria.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la Ley de Estabilidad Presupuestaria (BOCCM, nº 166, de 8 de marzo de 2002). Las Cortes de Castilla-La Mancha, en esta Resolución, en la línea de la anterior, y de acuerdo con lo establecido en la Constitución Española, el Estatuto de Autonomía y el Reglamento de la Cámara, acuerdan interponer recurso de inconstitucional contra varios de los artículos de la mencionada Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, por lesionar la autonomía financiera de la Comunidad de Castilla-La Mancha y vulnerar su competencia exclusiva en materia de planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Región. El Presidente de las Cortes será quien represente a la Cámara ante el Tribunal Constitucional.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre los escenarios de Estabilidad Presupuestaria para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha a la luz de los últimos debates sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (BOCCM, nº 238, de 9 de diciembre de 2002). En ella, se insta al Gobierno de Castilla-La Mancha a la interpretación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la línea marcada por la Comisión Europea, garantizando así la financiación de las inversiones estratégicas necesarias para alcanzar la convergencia con las regiones europeas más desarrolladas, desde una utilización más rigurosa del recurso al endeudamiento.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la convalidación de expedientes de contratos de obras en centros sanitarios (BOCCM, nº 235, de 22 de noviembre). En esta Resolución, se insta al Gobierno Regional a reclamar al Gobierno de la Nación el reembolso de la deuda correspondiente a las obras de construcción del nuevo Hospital de Ciudad Real, de las obras de reforma y ampliación del Hospital Nuestra Señora del Prado de Talavera de la Reina, de la reforma del Centro de Especialidades de Toledo y de la reforma y ampliación del Centro de Salud de Almadén, y al pago de la misma, mostrando así su responsabilidad ante los ciudadanos de la Castilla-La Mancha.

\* Además de estas Resoluciones, cabe destacar en este apartado, una Moción aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha. Se trata de la aprobación por el Pleno de las Cortes de la Moción 05/0302-0013, como consecuencia de la Interpelación 05/0301-0025, relativa a la política general de empleo para las mujeres castellano-manchegas en el año 2001, seguida por el Consejo de Gobierno. En ella, las Cortes Regionales instan al Gobierno de Castilla-La Mancha al impulso de una serie de propuestas tendentes a mejorar la creación de empleo para la mujer castellano-manchega, tales como: impulsar los programas de apoyo a la Economía social y al Autoempleo promovidos por la Junta de Comunidades para que las mujeres castellano-manchegas puedan acceder a un puesto de trabajo; fomentar las políticas de formación a ellas dirigidas; continuar adoptando medidas de acción positiva que permitan mejorar la incorporación de la mujer al mundo laboral en condiciones de igualdad, estabilidad y calidad en el empleo; e incentivar las ayudas concedidas por el Gobierno Regional a los proyectos de promoción y desarrollo empresarial presentados por mujeres, entre otras.

En cuanto a las Proposiciones No de Ley aprobadas durante este periodo por las Cortes de Castilla-La Mancha, podemos señalar algunas de ellas, tales como: PNL, relativa a la planificación y desarrollo de programas para que los centros educativos acerquen el conocimiento de los valores de la Constitución Española y del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha a los alumnos de la Región, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 14 de febrero de 2002 (BOCCM, nº 161, de 15 de febrero de 2002); PNL, relativa a las modificaciones legislativas necesarias para la regulación del acoso moral en el trabajo, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 25 de abril de 2002 (BOCCM, nº 186, de 26 de abril de 2002); PNL, relativa a la existencia de Unidades Especializadas de Asistencia a la Mujer en todas las Comisarías del Cuerpo Nacional de Policía en nuestra Región, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 30 de mayo de 2002 (BOCCM, nº 195, de 5 de junio de 2002); PNL, relativa a la denominación de origen del aceite de Oliva de los Campos de Montiel, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, aprobada el 6 de junio de 2002 (BOCCM, nº 197, de 7 de junio de 2002); PNL, relativa a las ayudas para el cultivo del girasol en Castilla-La Mancha, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 6 de junio de 2002 (BOCCM, nº 197, de 7 de junio de 2002); PNL, relativa a la creación del Real Patronato de la ciudad de Cuenca, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 21 de junio de 2002 (BOCCM, nº 205, de 25 de junio de 2002); PNL, relativa a la suspensión de forma inmediata de la eje-

cución de Amina Lawal, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 18 de septiembre de 2002 (BOCCM, nº 221, de 19 de septiembre de 2002); PNL, relativa a la exclusión del vino del Anteproyecto de Ley de Prevención del Consumo de Alcohol, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 26 de septiembre de 2002 (BOCCM, nº 222, de 27 de septiembre de 2002); PNL, relativa al cumplimiento del “Acuerdo de Paz Firme y Duradera” en Guatemala, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 14 de noviembre de 2002 (BOCCM, nº 233, de 15 de noviembre de 2002).

No podemos finalizar sin mencionar algunos pronunciamientos de las Cortes Regionales en relación con otros temas de interés acontecidos durante este año 2002, tales como: la elección de la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha (BOCCM, nº 181, de 12 de abril de 2002; DOCM, nº 48, de 19 de abril de 2002), nombrándose como tal a doña María Henar Merino Senovilla; así como el Acuerdo de la Mesa de las Cortes sobre la condición de Diputada no adscrita de doña Albertina Oria de Rueda Salguero (BOCCM, nº 170, de 20 de marzo de 2002), tras su abandono del Grupo Parlamentario Popular. Asimismo es preciso hacer mención a otro tipo de pronunciamientos, en los que las Cortes de Castilla-La Mancha se hacen partícipes de las preocupaciones sociales, tales como: la Declaración Institucional solicitando la anulación de la sentencia de lapidación contra Zafra Yabuku Hassaini (BOCCM, nº 158, de 8 de febrero de 2002); y Declaración Institucional contra la violencia de género (BOCCM, nº 235, de 22 de noviembre de 2002).

ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA  
MANCHA EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA

*Joaquina Guerrero Sanz*

*Letrada del Consejo Consultivo  
de Castilla-La Mancha*

Como en años anteriores, presentamos a continuación un pequeño resumen de la actividad llevada a cabo por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en relación con anteproyectos de ley y consultas sobre la posibilidad de interponer diferentes recursos de inconstitucionalidad, que el Gobierno regional sometió a su consideración durante el año 2002.

Además de estos dictámenes que son objeto de un singular análisis, por su especial trascendencia o interés, al final de este trabajo se mencionarán brevemente los restantes que, sobre anteproyectos de ley, fueron, asimismo, emitidos durante ese mismo periodo de tiempo.

### *1. Anteproyectos de Ley*

#### **-Dictamen 32/2002, de 21 de febrero, sobre el Anteproyecto de Ley de Creación del Consejo Regional de Relaciones Laborales.**

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto sometido a dictamen se justificó la creación de este órgano por la necesidad de establecer cauces institucionales de encuentro y participación de los agentes sociales entre sí y de éstos con el Gobierno de Castilla-La Mancha, definiéndose al Consejo Regional de Relaciones Laborales como órgano consultivo de la Administración autonómica, y destacándose entre sus fines, el de fomentar el diálogo social en Castilla-La Mancha.

El Consejo Consultivo no realizó ninguna observación de carácter esencial al texto del Anteproyecto, si bien entendió que, teniendo en cuenta el carácter eminentemente organizativo de su regulación, a salvo de otras razones que no se desprendían del expediente remitido para su examen, no se justificaba la opción de tramitar dicho texto con rango de ley formal.

#### **-Dictamen 35/2002, de 30 de enero, sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha.**

El dictamen del Consejo Consultivo efectuó con carácter general una valoración positiva del texto del Anteproyecto, tanto en lo que se refería a su contenido como a la estructura y sistematización de su articulado. Así, se afirmó que el mismo, salvo el artículo 24 respecto al que se realizó una objeción de carácter esencial, era respetuoso con la norma legal que configura el marco de actuación de la regulación autonómica, esto es, con la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y era igualmente respetuoso con el

principio de autonomía de las Corporaciones locales, consagrado en los artículos 137 y 140 de la Constitución.

Respecto al mencionado artículo 24 del texto del Anteproyecto, éste regulaba una modalidad de excedencia voluntaria a la que se denominaba “especial”, en la que se declararían a los funcionarios que desearan participar como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos, de tal manera que la permanencia en servicio activo o en segunda actividad constituía causa de inelegibilidad. El Consejo Consultivo señaló que el precepto autonómico indicado era contrario al ordenamiento jurídico, por cuanto la regulación de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos, y en concreto la que la disposición denomina “excedencia voluntaria especial”, corresponde regularla al legislador estatal en función de la competencia exclusiva que el artículo 149.1.18ª de la Constitución le atribuye para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

En consecuencia, se propuso la supresión del mencionado artículo 24, o bien sustituir su regulación por una referencia genérica en cuanto al régimen de situaciones administrativas de los miembros de los Cuerpos de Policía Local a la legislación que resultase aplicable a los funcionarios locales, que debería respetar en todo caso la legislación básica estatal al respecto.

**-Dictamen 54/2002, de 14 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley de Ordenación, Regulación y Fomento de la Artesanía de Castilla-La Mancha.**

En la parte expositiva del Anteproyecto se justificaron las razones a las que obedecía la regulación propuesta, significando que con la iniciativa examinada se pretendía dar plena respuesta al ejercicio de las competencias en materia de artesanía asumidas por la Comunidad Autónoma a través del artículo 31.1.14ª de su Estatuto de Autonomía, procurando potenciar el desarrollo de la artesanía, la modernización de la actividad, la mejora de las condiciones sociales del sector, el aumento del empleo, el crecimiento del nivel de vida en la región y el impulso de la cultura popular, con la que tan íntimas relaciones mantiene la actividad artesana. Se aludía también a la conveniencia de dotar a dicha actividad de un nuevo marco regulador que tuviera presentes las disposiciones que se fueron aprobando paulatinamente en la materia, pero dotado de rango formal suficiente y no limitado a la mera tarea de refundición, sino abordando las nuevas necesidades surgidas que exigirían planteamientos diferentes.

En el dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, se

descartaron posibles motivos de inconstitucionalidad de la norma, realizándose algunas observaciones sobre la técnica normativa utilizada, que en ningún caso tuvieron el carácter de esenciales.

**-Dictamen 55/2002, de 22 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley de Estadística de Castilla-La Mancha.**

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se describía como objetivo de la Ley establecer un marco legal y organizativo que defina los límites de la actividad estadística, sus cauces orgánicos y las reglas fundamentales de las diversas relaciones que puede implicar esta tarea, incluyéndose a estos efectos en la Ley tanto la regulación de la actividad estadística regional como la relativa a la creación y funcionamiento del Instituto de Estadística de Castilla-La Mancha.

Examinado el texto del Anteproyecto sometido a dictamen, el Consejo Consultivo realizó con carácter general una valoración positiva del mismo. Así, se consideró que su contenido era respetuoso con la Ley 12/1989, de 9 de mayo, reguladora de la Función Estadística Pública, y con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como con el resto del ordenamiento jurídico. E igual valoración se efectuó en lo relativo a la estructura y sistematización de su articulado. Tan sólo se realizaron algunas consideraciones de tipo conceptual y de técnica normativa que no revistieron el carácter de esenciales.

**-Dictámenes 56/2002, de 13 de marzo, y 76/2002, de 5 de junio, sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 5/1986, de 23 de septiembre, Electoral de Castilla-La Mancha.**

El primero de estos dictámenes, de fecha 13 de marzo de 2002, fue emitido respecto a un primer Anteproyecto de Ley que contemplaba una reforma de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha con la que se pretendía una sociedad más igualitaria, en la que la pertenencia a cualquier género fuera irrelevante para el reparto de los papeles públicos y privados, con lo que el legislador pretendía acelerar, de una parte, y normalizar, de otra, los cambios reales que posibilitasen el caminar hacia una sociedad de democracia paritaria. Y se consideró que la forma óptima para obtener un régimen de paridad real era el denominado de “cremallera, de tal forma que en las listas electorales se alternasen varones y mujeres, o viceversa, a partir del primero de la lista y hasta el final.

El Consejo Consultivo entendió que el artículo segundo de este Anteproyecto era inconstitucional al vulnerar los artículos 14, 23 y 1.1 de la Constitución espa-

ñola. El citado precepto añadía un nuevo apartado 1, bis al artículo 23 de la Ley Electoral, y se establecía que los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones electorales no podrían presentar candidaturas a la Cortes de Castilla-La Mancha en las que no quedase garantizado el principio de igualdad entre hombre y mujeres. La garantía de dicho principio de igualdad se articulaba en el siguiente párrafo, impidiendo a la Junta Electoral la proclamación de candidaturas en las que no se alternasen hombre y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los de otro los impares.

En el dictamen citado, y para llegar a la conclusión señalada, se recogieron, entre otros argumentos que “en materia de capacidad electoral la Constitución establece la absoluta igualdad, sin diferenciación alguna entre los ciudadanos, por lo que una norma como la propuesta que disminuye para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental a favor de otros, es contrario a las previsiones constitucionales”; así como que “la pretensión de la Constitución en toda su regulación del sistema de representación política es que éste exprese la pluralidad de opciones ideológicas presentes en la sociedad. Incluso el fundamento constitucional de la imposición de un sistema proporcional para la elección del Congreso de los Diputados no es otro que lograr dicha representación ajustada al peso de las distintas opciones ideológicas con respaldo social. El Anteproyecto pretende instaurar un sistema en el que se añade, al reflejo de la pluralidad de ideas que actualmente representan los órganos legislativos, una paritaria composición que reproduzca una de las divisiones sociales posibles, la que nos distingue por razón del sexo. De este modo la determinación, por los agentes con capacidad para proponer listas electorales, de quienes hayan de ser candidatos no se encuentra condicionada sólo por la posición ideológica de éstos, sino que, impuesto por la Ley, debe ser tenido en cuenta algo tan ajeno al pluralismo político como el sexo elegible.

Ciertamente las ideas pueden ser defendidas con independencia del sexo de su defensor, pero la restricción que el Anteproyecto establece a la capacidad de decisión de los agentes con capacidad para proponer candidaturas, en ausencia de una justificación suficiente, supone una vulneración del pluralismo como valor superior del ordenamiento consagrado constitucionalmente”.

El Dictamen 76/2002, de 5 de junio, fue emitido tras analizar un segundo Anteproyecto de Ley elaborado por el Gobierno regional, en el que se introducía un nuevo apartado 4 al artículo 24 de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha, a tenor del cual no procedería la proclamación de candidaturas que incumplie-

ran lo establecido en el citado artículo 23.1.bis, salvo que “los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores cuyos objetivos programáticos estatutarios en su caso no permitan la consideración de sus candidaturas en la forma establecida en el artículo 23.1.bis quedarán exentas de su cumplimiento”.

En este caso el Consejo Consultivo no hizo ninguna observación de carácter esencial sobre el Anteproyecto, pero sí realizó un análisis pormenorizado del marco jurídico en el cual se encuadraría la medida propuesta, así como tres observaciones de técnica normativa al texto de la norma.

**-Dictamen 58/2002, de 22 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley sobre Drogodependencias.**

El Anteproyecto de Ley se concibió como una regulación sobre la prevención, el tratamiento y la integración social en materia de drogodependencias. En la Memoria que se incorporaba al expediente, se destacaba la conveniencia de su aprobación como actuación enmarcada en el conjunto de medidas contempladas en la Estrategia Nacional sobre Drogodependencias para el periodo 2000-2008, aprobada por Real Decreto 1911/99, de 17 de diciembre y en sintonía con el Plan Castellano-Manchego de Salud y el Plan Regional de Drogas.

El Consejo Consultivo realizó una observación de carácter esencial al texto del Anteproyecto, referida a su artículo 37. En este precepto, en su apartado 1. D), se recogía como atribución de los Ayuntamientos el cometido de “colaborar, a través de las correspondientes Policías Locales, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la persecución del tráfico ilícito de drogas”. En el dictamen emitido se consideró que dicha disposición, además de resultar innecesaria, constituye una indebida intromisión en un ámbito competencial reservado al Estado en el artículo 149.1.29ª de la Constitución, al incidir en una materia sobre la que la Comunidad Autónoma ostenta exclusivamente funciones de coordinación.

**-Dictamen 59/2002, de 7 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley contra la venta y publicidad de bebidas alcohólicas a menores y otras limitaciones relativas a las mismas.**

Los objetivos de la norma eran los de contemplar las actuaciones y medidas dirigidas a prevenir las drogodependencias, fijar las características del sistema de asistencia e integración social de los afectados como circuito integrado en el sistema público de salud y servicios sociales, establecer las líneas de actuación de

la Administración Regional en relación a la formación e investigación en el ámbito de las drogodependencias, así como las competencias y funciones de la Administración Local en este ámbito, y fomentar la participación en la iniciativa social y el voluntariado.

Ninguna de las observaciones realizadas por el Consejo Consultivo al texto del anteproyecto tuvieron el carácter de esenciales, y se dirigieron a mejorar la coherencia, comprensión y calidad técnica de la norma. Así, fue objeto de especial análisis la introducción en el texto normativo del concepto de reincidencia, recordando la doctrina mantenida en otros dictámenes, y que se creyó conveniente que fuera respetada:

“Cabe acudir en primer término a lo señalado en la Consideración V del dictamen nº. 38/1998, de 28 de abril, emitido con ocasión del Anteproyecto de Ley de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha, en el que, analizando ampliamente la naturaleza y alcance de la figura, se afirmó su proyección evidente sobre los principios de tipicidad y proporcionalidad, así como la necesidad de ajustar las previsiones sancionadoras al sentido y contenido legal de los mismos, plasmados en los artículos 129 y 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. (...) También en el dictamen 17/1999, de 2 de marzo, Consideración VI, emitido respecto del Anteproyecto de Ley de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha, se trató de la problemática que suscitaba el doble uso de determinados conceptos cuando, al igual que en el presente caso, eran contemplados de forma acumulable como elemento de tipificación de las infracciones y como circunstancia orientativa de la graduación de las sanciones, señalando que la aplicación a la potestad sancionadora de la Administración de los principios que rigen la potestad punitiva penal, determina la necesidad de incluir alguna cláusula que impida apreciar estos criterios [de modulación de la sanción] para agravar o atenuar las sanciones cuando ya hayan sido tenidos en cuenta para tipificar la infracción, tal como establece el Código Penal para los delitos. (...) En el dictamen 93/1998, de 10 de diciembre, relativo al Anteproyecto de Ley del Menor de Castilla-La Mancha, el Consejo confirió carácter esencial a la observación formulada respecto del empleo de un concepto de reincidencia no ajustado a los términos definitorios de la figura recogidos en el artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, según el cual existe reincidencia en el caso de “comisión en el término de un año de mas de una infracción de la misma naturaleza, cuando así se haya declarado por resolución firme”, por entender que el respeto a la competencia estatal para establecer el procedimiento administrativo común que garantice un tratamiento común ante las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18 de la

Constitución) requiere que el concepto de reincidencia utilizado en el anteproyecto se ajuste al de la citada normativa estatal”.

**-Dictamen 70/2002, de 15 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora del Ciclo Integral del Agua de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.**

En la Memoria justificativa de la norma proyectada, y que obraba en el expediente remitido al Consejo, se recogían los aspectos más significativos que habían de ser atendidos por aquélla, incluyendo en éstos la delimitación de competencias entre la Administración Regional y las entidades locales respecto a las distintas actuaciones relacionadas con el uso racional de los recursos hidráulicos, la creación de una nueva entidad de derecho público –“Aguas de Castilla-La Mancha”– como órgano de gestión de las actuaciones asumidas por la Junta de Comunidades, la regulación legal de diversos supuestos de intervención subsidiaria en la prestación de los servicios relacionados con el uso y tratamiento de las aguas, o la configuración legal de las obras declaradas de interés regional en el ámbito de las infraestructuras hidráulicas.

En la consideración IV del dictamen el Consejo introdujo dos observaciones de carácter esencial referidas al artículo 28 y a las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Anteproyecto.

Respecto al primero de los preceptos se estimó que la previsión contenida en su apartado 1 no mostraba la necesaria concordancia con las normas de la legislación estatal que configuran las garantías expropiatorias de carácter general, toda vez que al ligar la autorización de urgente ocupación con el trámite de aprobación de los respectivos proyectos de infraestructuras de interés regional, no se especificaba que en éstos se debería contener la identificación de los bienes y derechos afectados. Asimismo, y en relación con los llamados Planes Directores, para los que también se disponía el efecto de comportar la urgente ocupación de las instalaciones previstas en los mismos, su propio carácter de instrumentos generales de ordenación hacía difícilmente concebible que pudieran incluir previsiones encaminadas a lograr la especificación de todos los bienes y derechos afectados por las medidas expropiatorias cuya ejecución demandasen.

En relación con las disposiciones Transitorias Primera y Segunda del texto normativo, se consideró que el contenido de estos preceptos incidía sobre convenios ya suscritos por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y las entidades locales para la ejecución y financiación de infraestructuras en materia

de abastecimiento de agua a poblaciones y de depuración de aguas residuales, ofreciendo soluciones diferentes en función de que la infraestructura construida hubiera sido ya cedida o no a la entidad local concertante. Estas previsiones afectaban sensiblemente al principio de seguridad jurídica, enunciado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución, ya que pretendían alterar el contenido de estos convenios para adecuarlo a los objetivos que eran perseguidos por el anteproyecto, en lo que parece una aplicación retroactiva de sus disposiciones a situaciones jurídicas surgidas al amparo de normas preexistentes, como el Decreto 18/1989, de 7 de marzo, de ayudas para la ejecución y financiación de obras de abastecimiento de aguas y saneamiento, que había regido la suscripción de convenios para la realización cofinanciada de instalaciones de tal naturaleza.

**-Dictamen 72/2002, de 29 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha.**

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se aludía en primer término a las competencias exclusivas que ostenta la Comunidad Autónoma para dictar la norma en cuestión y que se concretan en las de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia y del patrimonio documental. Seguidamente se señalaba que la Ley de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha fundamentaba la finalidad de los archivos en los principios constitucionales de eficacia, derecho de acceso de las personas a los archivos y registros administrativos y la conservación del patrimonio documental público, cuyo contenido se describía a continuación. Finalizaba la Exposición de Motivos efectuando una descripción del contenido del texto en función de los seis Títulos en los que se estructuraba.

En el dictamen se realizaron dos observaciones de carácter esencial, referidas al artículo 54.2 y a la Disposición Adicional Segunda del Anteproyecto.

Respecto al primero de estos preceptos, que realizaba una definición de reincidencia, se dijo que “el respeto a la competencia estatal para establecer el procedimiento administrativo común ante las administraciones públicas (artículo 149.1.18ª de la Constitución), requiere que el concepto de reincidencia utilizado en el anteproyecto se ajuste al de la citada normativa estatal”.

En cuanto a la Disposición Adicional Segunda, establecía la obligación del Estado de levantar acta de la documentación que sea imprescindible para la gestión de los organismos, instituciones y servicios transferidos “remitiendo el resto

de la documentación al archivo de titularidad estatal que corresponda o, en su lugar transferirá los créditos económicos necesarios para que la Junta de Comunidades se haga cargo de la citada remisión”. El Consejo Consultivo entendió que debía aclararse el alcance de la obligación estatal que imponía la norma, restringiéndola con claridad a los ámbitos en que la Comunidad Autónoma tenía competencias, o bien suprimir el precepto cuya constitucionalidad, en aquella redacción, resultaba dudosa.

**-Dictamen 87/2002, de 24 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantías en la Atención Sanitaria Especializada.**

En la Memoria que se incorporó al expediente se señaló que era objetivo de la norma garantizar por la Administración Sanitaria de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha los plazos de respuesta en la atención sanitaria especializada, cuando ésta tuviera carácter programado y no urgente. Asimismo, se indicó que no sólo resultaría conveniente dictar esta norma sino que era también necesario para hacer efectivos los derechos reconocidos en el artículo 4 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, y dar cumplimiento a lo dispuesto, sobre garantía de estos derechos, en el artículo 6 de la misma. Finalmente se expresó que la promulgación de la norma incidiría muy favorablemente en la salud de los ciudadanos de Castilla-La Mancha, al conseguir que éstos tengan una atención sanitaria especializada rápida y eficaz, evitando la insatisfacción y los problemas que conllevan las listas de espera.

El dictamen del Consejo Consultivo examinó el marco normativo en el que se encuadraba la competencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para desarrollar la indicada iniciativa legislativa y el fundamento que justificaba la misma, analizando posteriormente algunos aspectos del texto del anteproyecto cuya puntualización contribuiría a mejorar la calidad técnica de la norma, sin que ninguna de las observaciones que se formularon tuvieran el carácter de esenciales.

**-Dictamen 92/2002, de 5 de julio, sobre el Anteproyecto de Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha.**

La Exposición de Motivos del Anteproyecto aparecía dividida en siete apartados. En el primero de ellos se establecía el marco competencial en el que se desarrollaba la iniciativa legislativa, y se destacaba la gran importancia del sector cooperativo en la evolución económica y social de Castilla-La Mancha; aludiendo seguidamente a los principios generales en los que se enmarcaba el texto normativo, y que se basaban fundamentalmente en la necesidad de dotar a las

sociedades cooperativas de la agilidad suficiente para la toma de decisiones por los órganos de administración, la necesidad de reforzar los recursos financieros, el establecimiento de alianzas o la participación en estructuras empresariales de orden superior, así como el reconocimiento de un alto grado de autoregulación de las cooperativas a través de sus Estatutos sociales, la flexibilización del régimen económico y el apoyo a la creación de estructuras cooperativas intermedias. Todo ello con el mantenimiento de los valores que encarnaban los principios cooperativos formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, y que sustentaban los caracteres esenciales de las cooperativas y las diferenciaban de otros tipos de empresas. En los restantes apartados de la Exposición de Motivos se llevaba a cabo un resumen del contenido del Anteproyecto, destacando los principales aspectos de su regulación.

Las observaciones contenidas en la consideración IV del dictamen, de carácter esencial, se dirigieron a advertir que, “en ocasiones, la copia, más o menos afortunada, de preceptos de la Ley estatal, desborda las posibilidades que la competencia autonómica de normación permite a la Comunidad Autónoma. Aun careciendo de carácter básico las normas estatales de su Ley de Cooperativas, se incluyen en ésta preceptos de naturaleza civil, mercantil o procesal que sólo el Estado puede establecer, sin que sea posible a la Comunidad Autónoma ni tan siquiera su mera reproducción, por tratarse de normas de la exclusiva competencia estatal”.

Dicho lo anterior, se procedió a agrupar los preceptos del Anteproyecto que se estimaron ajenos a la competencia autonómica y que en consecuencia podían entenderse contrarios al bloque de constitucionalidad, en tres grupos: normas procesales, normas civiles o mercantiles y normas fiscales de competencia estatal.

**-Dictamen 105/2002, de 15 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Educación de Personas Adultas de Castilla-La Mancha.**

En la Memoria justificativa de la iniciativa legislativa se señaló que con el fin de conseguir que la educación de personas adultas sea un instrumento imprescindible de desarrollo social y responda a las necesidades de todos los castellano-manchegos, era necesario dotar a la Comunidad Autónoma de un marco legislativo que definiera cómo es la educación de personas adultas en Castilla-La Mancha, regulase sus procedimientos y garantizase el derecho a la educación de las personas adultas para el futuro.

El análisis del contenido del anteproyecto de Ley reveló su general conformidad con el marco normativo que fue objeto de examen en el cuerpo del dictamen y con el resto del ordenamiento jurídico. Tan sólo se efectuaron diversas observaciones o sugerencias a determinados preceptos que pretendían contribuir a mejorar la técnica normativa empleada en la elaboración del texto normativo.

**-Dictamen 126/2002, de 11 de octubre, sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales de Apoyo a la Familia y a Determinados Sectores Económicos y de Gestión Tributaria.**

Los fines perseguidos con este anteproyecto, tal y como se señaló en la Memoria justificativa de la iniciativa, eran:

- Reducir la carga tributaria del I.R.P.F. a aquellos contribuyentes que por sus circunstancias personales y familiares tienen una capacidad económica real inferior a la que resulta de sus rentas monetarias.

- Estimular determinados comportamientos personales que tienen una trascendencia social positiva.

- Incentivar la continuidad en el ejercicio de actividades agrarias, básicas en nuestra región.

- Generar expectativas favorables para el inicio de nuevas actividades que pueden tener un efecto expansivo sobre otros sectores estratégicos como el turismo y el empleo, en las áreas geográficas en las que se desarrollen.

Al servicio de los dos primeros fines se establecían las deducciones de la cuota íntegra autonómica del I.R.P.F. por cuidado de personas menores, mayores y discapacitadas; así como las establecidas para contribuyentes discapacitados y para aquellos otros que hicieran aportaciones a entidades con destino directo a la cooperación internacional para el desarrollo.

Asimismo, se recogían las medidas de apoyo a determinados sectores económicos, como son el agrícola y el del juego, en tanto que este último vinculaba estrechamente al sector turístico.

Finalmente, el anteproyecto recogía normas de gestión sobre la valoración de bienes inmuebles en los impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, con las que se

pretendía coadyuvar a la concreción del concepto jurídico de “valor real”, determinante de la base imponible de los impuestos citados. Se justificó su incorporación al texto normativo al estimarse conveniente en aras de la seguridad jurídica de los ciudadanos y de una mayor transparencia de las actuaciones de comprobación de la administración tributaria.

El dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, después de analizar el procedimiento seguido para la elaboración del Anteproyecto, y el marco competencial en el que debía encuadrarse la medida, se detuvo expresamente en exponer el sentido de los diversos preceptos de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, en los que se delimita el alcance de las competencias normativas objeto de cesión por el legislador estatal.

Por último, el texto del anteproyecto fue objeto de algunas observaciones, ninguna de ellas de carácter esencial, respecto de cuestiones conceptuales, aspectos de técnica normativa y simples extremos de redacción, analizándose especialmente en la Consideración VI del dictamen las normas de gestión contenidas en el Capítulo III de la norma proyectada, dirigidas a la determinación o comprobación de los valores computables como base imponible de los impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

## *2. Recursos de inconstitucionalidad*

**-Dictamen 36/2002, de 8 de marzo, sobre la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria.**

A propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda, el Gobierno Regional planteó al Consejo Consultivo la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, ya que se consideraba que afectaban a los siguientes principios y preceptos del bloque de constitucionalidad:

- Principio de proporcionalidad, por cuanto que las medidas que las leyes analizadas establecían eran desproporcionadas para la consecución de los fines que perseguían.

- Principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, dado que si bien las leyes analizadas justificaban la limitación de dicha autonomía financiera por el ingreso de España en la Unión Económica y Monetaria Europea y el obligatorio respeto para España de los acuerdos adoptados en materia de estabilidad y crecimiento, se excedían en dicha regulación en varios aspectos fundamentales dejando sin cuerpo ni espíritu la preconizada constitucionalmente autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

-Principio de suficiencia financiera de las Comunidades Autónomas, dado que las leyes analizadas al imponer el equilibrio presupuestario en términos de capacidad de financiación, matemáticamente estaban restringiendo la capacidad de obtener recursos mediante operaciones de crédito, lo que limitaba su suficiencia financiera.

- Principio de igualdad, por cuanto al no recoger en el texto legal referencia alguna a la distinta situación de partida de las Comunidades Autónomas, la aplicación a partir de 2003 de las leyes provocaba una situación de desigualdad derivada del uso más o menos amplio que hubieran hecho hasta ese momento de su capacidad de recurrir al endeudamiento.

- Mantenimiento de un sistema tributario justo, dado que al limitar la posibilidad de acudir al endeudamiento para incrementar el gasto, esto sólo se podría abordar mediante el incremento de los tributos, lo que, además de ser muy difícil en nuestra estructura tributaria, podría poner en peligro la justicia del sistema tributario consagrado en el artículo 31 de la Constitución.

- Principio de coordinación, dado que si bien la coordinación en el terreno económico está expresamente afirmada en la Constitución, ello no puede suponer que competencias que están reservadas a diversos órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas se puedan ver condicionadas a la decisión de otro órgano, como pretendía en este caso ser el Consejo de Política Fiscal y Financiera.

El dictamen del Consejo Consultivo, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la normativa comunitaria, efectuó las siguientes consideraciones:

- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de que por el Estado se establezcan límites, en el ejercicio de sus competencias, a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas pero no sobre la posibilidad de que el Estado establezca una norma que suponga de hecho la privación de la utilización de un recurso de los que la Constitución y el Estatuto de Autonomía reconocen a la Comunidad Autónoma.

- La aplicación del Derecho de la Unión Europea no supone un título atributivo de competencias a favor del Estado, sino que debe realizarse por los entes que tengan atribuida la competencia en virtud de la distribución que realizan la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Por ello, no habiendo sido impuesto por las normas de la Unión Europea la exigencia de que los Presupuestos del sector público de los Estados miembros alcancen una situación de equilibrio o superávit puede afirmarse que la decisión contenida en las leyes examinadas no puede fundarse en una exigencia de normas supraconstitucionales como son las emanadas de la Unión Europea, sino que las normas estatales que se analizan parecen corresponder a la aplicación de una decisión política que pretende establecer el llamado “déficit cero”, no exigido por la Unión Europea, con carácter general en todo el sector público, incluido el de las Comunidades Autónomas.

- Las leyes cuestionadas consolidan los desequilibrios territoriales entre las distintas Comunidades Autónomas, incluso penalizando a quienes han hecho un esfuerzo de contención en la apelación al crédito.

- En el supuesto de las leyes analizadas, el legislador estatal, desconociendo los mecanismos de coordinación de las Haciendas hasta ahora operantes, impone una decisión normativa que se aplica uniformemente a sujetos situados en posición inicial de desigualdad, lo que no puede entenderse, en términos constitucionales, como un ejercicio correcto de la exigencia y competencia estatal de coordinación de las Haciendas. Por otra parte, el Estado parece abdicar de su propia competencia de coordinación al no establecer reglas para la distribución de las posibilidades de financiación derivadas de la apelación al crédito admisibles según los Tratados que vinculan al Estado, con el efecto de que resultaría posible que Comunidades Autónomas altamente endeudadas y bien dotadas de servicios fueran autorizadas a un mayor endeudamiento y, ejemplo claro, a Castilla-La Mancha con bajos niveles de endeudamiento y peor dotada de servicios, se le negase esa posibilidad que la Constitución y su Estatuto de Autonomía reconocen.

Finalmente, y refiriéndose a los concretos preceptos de las leyes cuestionadas, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha entendió que los artículos 2.1,c), 3.2, 6 y 8.1 de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria suponían una restricción desproporcionada del principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas consagrado en el artículo 156.1 de la Constitución, excedían de las potestades de coordinación que dicho artículo y el artículo 2.1 de la LOFCA concede al Estado y suponía la privación de un recurso que el artículo 157.1,e) de la Constitución y de los artículos 42.1, 44.7 y 47.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha reconocen a Castilla-La Mancha. Asimismo, se consideró que la regulación contenida en el artículo 8 de la Ley Orgánica indicada, excediendo de las facultades de coordinación supone por su contenido una limitación fundamental de la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas, uno de los elementos de la autonomía financiera constitucionalmente consagrada. Se podía por ello considerar que la totalidad del artículo, con excepción de su apartado seis, era contrario al precepto constitucional que consagra la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, el dictamen continuó diciendo que “el artículo 9 de la Ley Orgánica y los párrafos primero y tercero del nuevo apartado 3 del artículo 14 de la LOFCA, en la redacción dada por el apartado 3 de la Disposición Adicional Única de dicha Ley Orgánica suponen, al establecer restricciones a la apelación al crédito vinculadas al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y someter a autorización, en caso de incumplimiento, un verdadero vaciamiento de la capacidad de las Comunidades Autónomas para acceder a ese recurso, vulnerándose con ello lo dispuesto en el artículo 157.1.e) de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha y en relación a lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la misma Ley Orgánica el mismo artículo 156.1 en cuanto este establece el principio de solidaridad entre todos los españoles, por cuanto, como ya se señaló puede suponer la imposibilidad de acceso a un recurso precisamente a las Comunidades Autónomas que con mayor esfuerzo de contención en el endeudamiento requieren éste para alcanzar el nivel de servicios de otras mas endeudadas.

La evidente interrelación entre ambas leyes obliga a considerar por las razones ya expuestas, que pueden ser contrarias a los preceptos constitucionales citados los artículos 2.1.c de la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria, solo en cuanto vincula a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha a aplicar el principio de “estabilidad presupuestaria” en la forma en que se define en el artículo 3.2 de la misma Ley que se estima igualmente inconstitucional y el

artículo 8.1 al atribuir al Gobierno la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria, para las Comunidades Autónomas, por resultar contrarias a los artículos 156.1 y 157.1.e) de la Constitución y a los artículos 42.1, 44.1 y 47.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha”.

**-Dictamen 40/2002, de 20 de marzo, sobre la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.**

Las razones por las cuales se planteó la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad frente a los preceptos citados se resumieron en el informe suscrito por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Obras Públicas, en el que se puso de manifiesto que el carácter de las modificaciones legales operadas “supone un grave perjuicio de los derechos e intereses de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, susceptibles de reproche constitucional”, al representar “una interrupción en los tradicionales mecanismos jurídicos de compensación por los perjuicios que causan los trasvases de recursos hídricos para la cuencas cedentes” y el recurso a una anómala técnica legislativa –el de las llamadas leyes de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado–, que resultaba reprobable por razones de seguridad jurídica y técnica legislativa.

El dictamen del Consejo Consultivo resumió los motivos aducidos para estimar inconstitucionales los artículos 89 y 90 de la Ley de Medidas en la posible vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, por desconocimiento de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio; la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución), y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución); reconduciéndose tales motivos al principio de seguridad jurídica, tal y como es entendido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, se examinó si tales preceptos respetaban lo establecido en los artículos 2 y 138.1 de la Constitución.

Respecto al principio de seguridad jurídica, el Consejo Consultivo entendió que su vulneración, que el Tribunal Constitucional apreció en el uso de la Ley de Presupuestos para la introducción de normas sustantivas no vinculadas directamente al estado de ingresos o de gastos, a la mejor inteligibilidad del mismo o a la aplicación de los criterios de política económica que lo sustentan, resulta predicable de una norma paralela a dicha Ley de Presupuestos que incluye de forma desordenada un conjunto de normas sustantivas que el propio autor del

Anteproyecto no considera posible incorporar a dicha Ley. Por ello, las denominadas “Leyes de Acompañamiento” serían inconstitucionales. Asimismo, estas disposiciones no respetarían el procedimiento preestablecido para la elaboración de la norma, principio contenido en el de seguridad jurídica, y la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, que permitan al ciudadano tanto el conocimiento de la norma, como tener razonablemente fundadas las expectativas de actuación del poder en la aplicación del Derecho, resultan igualmente lesionados por este tipo de normas. Por su parte, y como principio también integrante del de seguridad jurídica, el dictamen del Consejo entendió que los preceptos cuestionados infringían el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, puesto que las modificaciones operadas por los artículos 89 y 90 de la Ley de medidas carecían de justificación, imponiéndose un tratamiento singular a uno de los trasvases, sin que la razón de su encaje en la norma mencionada y la propia singularidad del tratamiento normativo se haya hecho explícita o pueda ser advertida. Caía así en el ámbito de la mera arbitrariedad, entendida en los términos del Tribunal Constitucional, como un tratamiento desigual carente de toda justificación.

Por último, y por lo que se refiere al principio de solidaridad interterritorial consagrado en los artículos 2 y 138.1 de la Constitución, la Ley cuestionada eliminaba las compensaciones que debiera percibir la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha por la imposibilidad del uso de recursos naturales presentes en la propia Comunidad, e imponía el pago por la restitución de caudales de agua perdidos, no trasvasables. Todo ello suponía que quien no puede beneficiarse de sus recursos naturales debe cederlos sin compensación alguna, incluso pagar los que la propia Ley consideraba no cedibles y que la jurisprudencia había declarado reiteradamente gratuitos. Tal situación se consideraba difícilmente compatible con el indicado principio de solidaridad, por cuanto suponía que una fuente de riqueza era asignada en exclusiva a determinados territorios sin que los excluidos de participar en la misma sean compensados.

**-Dictamen 47/2002, de 8 de marzo, sobre interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.**

Con carácter simultáneo a la petición del dictamen del Consejo Consultivo, el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha acordó interponer recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, fundamentándose en los siguientes motivos:

- La Disposición Adicional Cuarta, al eximir a las Universidades creadas por la Iglesia Católica en España de la necesidad de reconocimiento, vulneraba el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, establecida en el artículo 14 de la Constitución.

- Los artículos 11.2, 63.1 y la Disposición Transitoria Segunda infringían el artículo 27.10 de la Constitución, que regula el derecho a la autonomía universitaria, ya que el primero de aquellos artículos omitía, en la regulación de los centros adscritos a una Universidad pública, que se regirían por los Estatutos de la Universidad; el segundo de los preceptos citados, obligaba a la Universidad a proveer plazas aun en el caso de que el órgano de elección considerase, motivadamente, que ninguno de los candidatos reúne los méritos, capacidades y circunstancias idóneas para el desempeño de la plaza objeto de concurso; y la Disposición Transitoria Segunda imponía la disolución de los Claustros Universitarios actualmente constituidos y cuyo mandato esté previsto que se prolongase más allá de los seis meses posteriores a la entrada en vigor de la Ley.

- El artículo 4.1.b), y por conexión, la Disposición Adicional Primera, otorgaban respecto de las Universidades creadas por Ley de las Cortes Generales, a las Cortes Generales y al Gobierno de la Nación las competencias que la Ley atribuye respectivamente a la Asamblea Legislativa y al Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, lo que vulneraba el reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia universitaria, ya que el legislador estatal se excedería de los títulos competenciales que le reserva el artículo 149.1 de la Constitución. Asimismo, los artículos 4.3, 9.2, 34.1, 35.1 y 42.3, al remitir normativa básica a la potestad reglamentaria estatal, impidiendo el despliegue de competencias autonómicas, tanto de desarrollo normativo como, en su caso, de ejecución, vulnerarían el citado reparto constitucional de competencias.

- El artículo 4.3 de la Ley Orgánica objeto de impugnación remitía al desarrollo reglamentario del Gobierno de la Nación la determinación de los requisitos básicos para la creación y reconocimiento de Universidades; el 9.2 establece que la creación, modificación y supresión de Departamentos corresponde a la Universidad conforme a sus Estatutos y “de acuerdo con las normativas básicas que apruebe el Gobierno”; el 32 atribuye al ejecutivo central la creación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, sin ofrecer unas mínimas directrices para su regulación; el 35.6 remite de forma genérica al Gobierno el establecimiento del procedimiento y los criterios para la suspensión

o revocación de la homologación de un título; el 42.3 remite al Gobierno la emanación de la normativa básica para que las Universidades establezcan los procedimientos para la admisión de estudiantes; el 83.2 habilita al Gobierno para dictar normas básicas a las que habrán de ajustarse los procedimientos de autorización de convenios que los Departamentos e Institutos Universitarios de Investigación puedan celebrar con personas, Universidades o entidades públicas o privadas; y la Disposición Adicional Séptima atribuye al Gobierno el dictado de las bases generales del régimen de conciertos entre las Universidades y las instituciones sanitarias y establecimientos sanitarios, en las que se deba impartir enseñanza universitaria. A todos estos preceptos se les consideraba como vulneradores de la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la Constitución, en relación con la determinación estatal de las bases por el Estado ex artículo 149.1.30.

El dictamen del Consejo Consultivo se limitó a examinar las disposiciones impugnadas y los motivos por los que lo fueron, realizándose los siguientes pronunciamientos:

- Respecto al artículo 11.2 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, el dictamen puso de manifiesto que, no siendo discutido que el legislador estatal pudiera configurar con amplio arbitrio los órganos de gobierno de las universidades siempre que permita la elección, designación y remoción de los correspondientes órganos de gobierno y representación, nada impediría al mismo legislador, operada una novación normativa, establecer un régimen transitorio de adaptación a la nueva Ley, aunque ello implique la renovación de los órganos de gobierno. O lo que es lo mismo, lo sustantivo y consustancial a la autonomía universitaria es que sea la propia comunidad universitaria la que se autogobierne, elija y renueve sus órganos de gobierno, pero no puede afirmarse que en el derecho a la autonomía se integre la imposibilidad de que las modificaciones normativas no alteren el mandato de los órganos elegidos. En consecuencia, el Consejo Consultivo entendió que los preceptos examinados no eran inconstitucionales.

- Por lo que se refiere al artículo 4.1,b), y por conexión, a los artículos 4.3, 8.2, 35.1 y 42.3, se entendió que a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional dichos preceptos no vulneraban el orden constitucional de distribución de competencias, justificándose la mencionada regulación por el ejercicio de competencias estatales en materia de Universidades.

- En cuanto a los artículos 4.3, 9.2, 32, 35.6, 42.3, 83.2 y la Disposición Adicional Séptima, igualmente se entendió que, de acuerdo con la doctrina del Alto Tribunal, respetaban la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 y la determinación de las bases por el Estado ex artículo 149.1.30, ambos de la Constitución.

- Por último, fueron objeto de una especial consideración los artículos 63.1 y la Disposición Adicional Cuarta, en el inciso del apartado segundo “a excepción de la Ley de reconocimiento”, preceptos igualmente de la Ley Orgánica 6/2001. Respecto al primero de las mencionadas disposiciones, se estimó que suponía la imposición a las Universidades de la convocatoria de la plaza en el plazo máximo de dos años desde que se comuniquen la vacante al Consejo de Coordinación Universitario, y una vez celebradas las correspondientes pruebas de habilitación, la exigencia de cobertura de la misma siempre que haya concursantes. Se impedía así la posibilidad de que, por falta de idoneidad de los candidatos el concurso pueda declararse desierto, lo que en definitiva supone la imposición “ope legis” del personal docente a las Universidades. Aquella imposición suponía una vulneración de la autonomía universitaria en cuanto a la selección del personal, ya que ni de forma motivada podían ser descartados todos los concursantes. En consecuencia, el artículo 63.1 de la Ley Orgánica era inconstitucional por vulneración del artículo 27 de la Constitución.

Por lo que se refiere al apartado anteriormente citado de la Disposición Adicional Cuarta, el dictamen indicó que “el derecho establecido en el artículo 27.6 de la Constitución para la creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, coloca a todos los sujetos en idéntica situación, y faltando justificación alguna que permita sostener una diferencia de trato entre los distintos promotores de Universidades Privadas, la exención de un requisito tal como la Ley de reconocimiento, que para los demás sujetos es constitutiva de la personalidad jurídica de la Universidad, en mera consideración a que el promotor es la Iglesia Católica supone una clara vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, pues la desigualdad sólo se funda en la persona del promotor”.

En consecuencia, el dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha sólo consideró como inconstitucionales el artículo 63.1 y la Disposición Adicional Cuarta, apartado segundo, de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

Finalmente, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió los siguientes dictámenes en relación, asimismo, con anteproyectos de ley elaborados por el Gobierno de esta comunidad autónoma durante el año 2002:

- Dictamen 25/2002, de 21 de febrero, sobre Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Ingenieros en Informática de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 28/2002, de 21 de febrero, sobre Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Informática de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 33/2002, de 21 de febrero, sobre Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 66/2002, de 30 de abril, sobre Anteproyecto de Ley de Creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 75/2002, de 29 de mayo, sobre Anteproyecto de Ley de concesión de un Crédito Extraordinario por importe de 100.600.000 Euros para la financiación de proyectos estratégicos para el desarrollo económico y social de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 84/2002, de 17 de junio, sobre Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 85/2002, de 17 de junio, sobre Anteproyecto del IV Centenario de la publicación de “El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de La Mancha”.

- Dictamen 104/2002, de 24 de julio, sobre Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 108/2002, de 18 de septiembre, sobre Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2003.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO PÚBLICO DE LA  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

(De 1 de octubre de 2001 a 31 de diciembre de 2002<sup>1</sup>)

*M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño*

*Profesora Asociada de la Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

1. *VI Jornadas de Derecho Constitucional: “Derechos del ámbito educativo”.*
2. *II Jornadas de Justicia Constitucional: “Jurisprudencia Constitucional sobre el Principio de Igualdad”.*
3. *VI Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “Sistema Electoral y Sistema de Partidos”.*
4. *I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España.*
5. *VII Jornadas de Derecho Constitucional: “Libertad de asociación y partidos políticos”.*
6. *Otras actividades de Derecho Público:*
  - 6.1. *La Educación en el siglo XXI.*
  - 6.2. *II Edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos.*
  - 6.3. *XII Seminario de Estudios Autonómicos.*

1. Hasta el momento habíamos venido recogiendo las actividades de Derecho Público que se realizaban durante el año/course académico. Desde este número se optará por hacer mención de aquellos eventos acaecidos durante el año natural; aunque de manera excepcional en esta ocasión se inicia allí donde acabábamos en el número anterior.

### *1. VI Jornadas de derecho constitucional: Derechos del ámbito educativo*

La sexta edición de las jornadas que el Área de Derecho Constitucional de la UCLM celebra en el campus de Ciudad Real, abordó uno de los temas de más actualidad de ese momento, como era la reforma educativa, la autonomía universitaria e ineluctablemente la Ley Orgánica de Universidades.

Dichas jornadas, dirigidas por el Prof. D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, se celebraron durante los días 27 y 28 de noviembre de 2001 en el Aula Magna de Servicios Generales de Ciudad Real.

Fue el propio director de las Jornadas el encargado de iniciar las mismas, realizando en su ponencia un repaso a lo que la Constitución dice en torno a los derechos educativos, a la vez que puso de manifiesto que todas las grandes leyes educativas, y la actual no constituía una excepción, dada su complejidad habían provocado no sólo debate social, sino incluso sentencias del supremo intérprete de la Constitución.

Pero, sin duda alguna, una de las intervenciones que más polémica suscitó, reflejándose así en la prensa de la Región, fue la ponencia de D. Joan Oliver Araujo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares, sobre la Ley Orgánica de Universidades. El ponente aseguró que desde el punto de vista jurídico la constitucionalidad de algunos artículos de la LOU era bastante discutible, planteándose problemas en torno a la organización de las Universidades, como por ejemplo la injerencia de elementos no académicos en la decisión de temas que afectan a la autonomía universitaria, cuánta autonomía permite la nueva ley a la hora de la selección del profesorado, o cómo queda configurado el reparto competencial en materia de Universidad, entre las Comunidades Autónomas y el Estado, tras la nueva ley educativa.

Sin embargo, en estas Jornadas no sólo se trató de la LOU por su actualidad, sino que también se incidió en otros aspectos del derecho a la educación, como la libertad de cátedra, la libertad de enseñanza, la educación y los idearios religiosos y la política lingüística de las Comunidades Autónomas.

Así, el profesor titular de esta Universidad D. Francisco J. Díaz Revorio, realizó un exhaustivo desarrollo del derecho a la libertad de cátedra como derecho

fundamental cuyo contenido positivo más amplio se alcanza en la Universidad. Puso de manifiesto también, la imposibilidad de entender la libertad de cátedra desde un enfoque maximalista, sin límites, ya que este punto de vista ha decaído como consecuencia de la consagración constitucional del derecho a la autonomía universitaria en el art. 27.10º CE y por ende del reconocimiento de la existencia de límites en el derecho fundamental a la libertad de cátedra.

Precisamente sobre uno de los límites más conflictivos del derecho fundamental mencionado supra, incidirá la ponencia del Profesor D. Antonio Troncoso Reigada, que a su condición de Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz, une la de ostentar el cargo de Director General de la Oficina de Datos de la Comunidad de Madrid. Así, la libertad de cátedra, manifestará, encontrará límites en aquellos centros que cuenten con un ideario educativo, bien religioso, filosófico o de cualquier otra índole; sin que estos límites puedan ser en ningún caso absolutos.

El segundo y último día de las Jornadas, se abordaron dos nuevos aspectos del ámbito educativo: la libertad de enseñanza y la relación entre ésta y la política lingüística de las Comunidades Autónomas.

D. Pedro J. González-Trevijano, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos I, inició su exposición partiendo de la afirmación del Tribunal Constitucional, que entiende la libertad de enseñanza *“como una proyección de la libertad ideológica y religiosa del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas, u opiniones”*. Desde este punto de inicio recorrió las distintas vertientes de este derecho, a saber; la creación de centros docentes, los derechos educativos de los padres, etc.

Cerró las Jornadas, el Catedrático de Derecho Constitucional de Barcelona, D. Enoch Albertí Rovira, con una ponencia acerca de la influencia del multilingüismo en el ámbito educativo.

Completaron las Jornadas tres comunicaciones por parte de profesores de esta Universidad. Así participaron, Dr. D. Enrique Belda Pérez Pedrero, Prof. Asociado de la UCLM; Dr. D. Tomás Vidal Marín, Prof. Asociado y Secretario de estas Jornadas; y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, Profesora Asociada.

## ***2. II Jornadas de justicia constitucional: “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad”***

Buscando, como en ocasiones anteriores la actualidad de los temas tratados en nuestros cursos, el Área de Derecho Constitucional estimó que nada era más adecuado para esta segunda edición de las jornadas celebradas en el campus de Toledo que tratar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Norma Fundamental.

Dichas Jornadas, dirigidas por el Prof. Dr. D. Eduardo Espín Templado y bajo la Secretaría del Profesor Titular D. Francisco Javier Díaz Revorio y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, Profesora Asociada de esta Universidad, repasaron la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad, aprovechando la coyuntura de que en ese momento en nuestra Comunidad Autónoma, Castilla-La Mancha, se estaba preparando la Ley de Paridad Electoral, que según sus promotores pretende conseguir la igualdad real de hombres y mujeres a la hora del ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Así, durante los días 27 y 28 de febrero de 2002 se abordaron en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, tanto los distintos aspectos del principio de igualdad, como sus distintos ámbitos de aplicación.

De la interpretación y aplicación del principio de igualdad en la ley y por tanto de la relación igualdad-legislador trató, D. Javier Jiménez Campo, Secretario General del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Constitucional; quien puso de manifiesto a los asistentes a las Jornadas, que pese a que la propia regulación legal no puede tratar de forma discriminatoria, el legislador, si puede distinguir entre situaciones sociales diferentes; dando paso así a la diferenciación constitucionalmente admisible.

La configuración del Estado español como un Estado autonómico, también tiene su incidencia en el derecho fundamental del artículo 14 de la Constitución, y así lo puso de manifiesto el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, D. Marc Carrillo López en su exposición.

Pero sin lugar a dudas uno de los temas más atractivos de las Jornadas, era aquel vinculado con una categoría sospechosa de discriminación; la del sexo. Así, el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Jaime I de Castellón, D. Artemi Rallo Lombarte, expuso sus dudas acerca de lo beneficio-

so de las recientemente creadas en muchas Comunidades Autónomas, leyes de paridad electoral; opinión que confrontó con la expuesta por la Profesora Titular de la Universidad del País Vasco, Jasone Astola Madariaga, para quien las nuevas leyes electorales constituían un instrumento más para evitar la discriminación del sexo femenino.

También sobre sectores concretos de la población, no sólo femeninos, sino sobre minorías en general, versó la ponencia de D. Luíís Prieto Sanchos, Catedrático de Filosofía del Derecho de la UCLM.

No podía estar ausente de las Jornadas, el tema del principio de igualdad en la aplicación de la ley y así, el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, D. Juan José Solozabal Echevarría, hizo referencia a la obligación genérica que tienen Administraciones Públicas y Tribunales de aplicar la ley de forma igual a supuestos iguales.

En esta ocasión, como ya es frecuente en las Jornadas organizadas por este Área presentaron comunicaciones los profesores de esta Universidad: D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular; D. Enrique Belda Pérez Pedrero, Profesor Asociado; D. Tomás Vidal Marín, Profesor Asociado; D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, Profesora Asociada y D<sup>a</sup> María Martín Sánchez, Becaria de Investigación de la UCLM.

### ***3. VI Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha: Sistema electoral y sistema de partidos***

La Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, acogió un año más la edición anual de estas jornadas organizadas por el Área de Derecho Constitucional, que tienen una preocupación especial por el sistema institucional de nuestra Comunidad Autónoma.

En esta ocasión se dedicaron al análisis del sistema electoral y sistema de partidos, con especial referencia al sistema electoral de Castilla-La Mancha.

Durante los días 12 y 13 de marzo, se analizaron en este foro diversos aspectos de los sistemas electorales y sistemas de partidos; la democracia paritaria, los problemas constitucionales de los partidos políticos, las garantías del Derecho Electoral, y la reforma del sistema electoral castellano-manchego.

Las Jornadas se iniciaron con dos ponencias de carácter general sobre el sistema electoral, sistema de partidos y representación política. Así, tanto D. Pablo Santolaya Macheti, Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid, como D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha y director de las Jornadas, realizaron unas ponencias de carácter general sobre los distintos componentes del sistema electoral; las votaciones, la fórmula electoral y las circunscripciones.

No obstante uno de los núcleos fundamentales del sistema electoral está constituido por los partidos políticos como instrumentos de conversión de la soberanía popular en representación política y es a estas peculiares asociaciones y a su problemática actual a las que se refirió el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Las Palmas, D. Juan Fernando López Aguilar.

Participaron también los Catedráticos de Derecho Constitucional; D. Gerardo Ruiz Rico, de la Universidad de Jaén, con la ponencia Género y Democracia Paritaria y D. Francisco Fernández Segado, de la Universidad Complutense de Madrid; quien se refirió las garantías del derecho electoral.

En estas Jornadas no sólo participaron Catedráticos en la materia, sino tal y como viene siendo ya habitual políticos de la Región. que debatieron sobre la reforma de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha.

Por último, hemos de referirnos a las comunicaciones que junto a las ponencias de los profesores antes mencionados, completaron las Jornadas y sirvieron para introducir un elemento más de debate en las Mesas Redondas. Dichas comunicaciones fueron cinco y corrieron a cargo de miembros de la Universidad de Castilla-La Mancha. Así, participaron: D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular; Dr. D. Enrique Belda Pérez Pedrero, Profesor Asociado y Secretario de las Jornadas; Dr. D. Tomás Vidal Marín, Profesor Asociado; D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, Profesora Asociada y D<sup>a</sup> María Martín Sánchez, Becaria de Investigación.

#### ***4. I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España***

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, acogió en Toledo los pasados días 21 y 22 de noviembre de 2002, el

primer Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), constituida en marzo de este mismo año y presidida por el profesor Luis López Guerra.

Dicha asociación, abierta a todos aquellos que tengan vinculación académica con la docencia e investigación del Derecho Constitucional, surge con el objetivo de agrupar y provocar un ámbito de debate e iniciativas entre los constitucionalistas en nuestro país, así como para estar presentes de forma colectiva en los foros internacionales sobre la materia. De este modo, la Asociación de Constitucionalistas de España viene a colmar el vacío existente en los últimos años en torno al estudio y discusión colectiva por parte de los especialistas españoles en Derecho Constitucional.

La primera edición de este evento, que se configura como un objetivo anual de la Asociación de Constitucionalistas, estuvo dedicada al tema de “La defensa del Estado”, constando de una sesión plenaria el primer día y tres mesas sectoriales el segundo, que se cerró con la Asamblea de Asociación.

La sesión plenaria celebrada en la tarde del día 21 se dedicó al tema central del Congreso, la defensa del Estado democrático y, en concreto, a la posible consideración de la nueva Ley de Partidos políticos (LO 6/2002) como un instrumento de defensa más. La realidad política y social del Estado español evidentemente no permitía obviar, en una reunión de este carácter, la polémica suscitada por la nueva ley de partidos políticos, cuya principal finalidad inmediata –sería ingenuo negarlo– no es otra que la ilegalización de un partido político en concreto. Es en este marco de actualidad en el que hay que entender el sentido de las dos ponencias que ocuparon la sesión plenaria.

La primera ponencia corrió a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, Roberto Blanco Valdés, quién centró su intervención principalmente en la consideración de la Ley de Partidos Políticos como un mecanismo más entre los que integran los instrumentos de defensa del Estado constitucional y democrático establecido por la Constitución española; expuso y argumentó su opinión de que dicha Ley es compatible con los principios democráticos establecidos en la Constitución española.

De signo distinto fue la segunda de las ponencias, impartida por Francisco J. Bastida Freijedo, Catedrático de la Universidad de Oviedo. Así, en esta segunda conferencia se puso de manifiesto la desconfianza hacia la Ley española de par-

tidos como instrumento válido de defensa de la Constitución, exponiendo y sosteniendo el profesor Bastida su opinión contraria a su encaje constitucional, por diversas razones tanto de carácter sustantivo como formal.

Las posturas encontradas de ambos ponentes suscitaron un interesante debate, que se vio complementado por cuatro comunicaciones, que incidieron en aspectos particulares del tema o, en concreto, de la LO 6/2002. Las comunicaciones corrieron a cargo de los siguientes profesores de Derecho Constitucional; Leonardo Álvarez Álvarez, de la Universidad de Oviedo; Alicia Hinarejos Parga, de la Universidad de Valencia; Ana M<sup>a</sup> Redondo, Profesora Titular de la Universidad de Valladolid; y Octavio Salazar, de la Universidad de Córdoba.

La segunda jornada de esta primera edición se organizó en torno a tres mesas sectoriales sobre suspensión de derechos, servicios de información del Estado y defensa exterior, que se desarrollaron de forma simultánea.

La mesa sobre “Suspensión de Derechos” fue coordinada por Marc Carrillo López, Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra. Formaban parte de la mesa los profesores de la Universidad de Oviedo: Benito Aláez Corral y Paloma Requejo Rodríguez; Francisco Caamaño Domínguez, Catedrático de la Universidad de Valencia y Markus González Beilfuss, Profesor Titular de la Universidad Central de Barcelona.

Al igual que ocurrió el día anterior, tras las ponencias iniciales de los coordinadores de mesa y de los participantes en la misma, se sucedieron una serie de comunicaciones sobre los aspectos principales de cada una de las mesas. Así, complementaron la mesa monográfica sobre suspensión general de los Derechos Fundamentales dos comunicaciones a cargo de los profesores Fernando Álvarez-Osorio Micheo, Profesor Titular de la Universidad de Sevilla, leída por el coordinador de la mesa el Catedrático Marc Carrillo López ante la excusada ausencia del comunicante; y el Profesor Titular de la Universidad de Oviedo, Benito Aláez Corral.

La mesa sobre “Servicios de Información del Estado” fue coordinada por el Catedrático Luis M<sup>a</sup> Díez Picazo e intervinieron en la misma los profesores Miguel Revenga Sánchez, Profesor Titular de la Universidad de Cádiz y el Catedrático Alejandro Saíz Arnáiz de la Escuela Judicial de Barcelona. Cerró la sesión de esta mesa una comunicación de la letrada del Parlamento Vasco Montserrat Auzmendi del Solar.

Finalmente, la mesa sobre “La Defensa Exterior” fue coordinada por Javier García Fernández, Catedrático de la Universidad de Alicante; participando en la misma los profesores; Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Magistrado del Tribunal Supremo y el Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha, Diego López Garrido.

En todas las mesas hubo intensas y enriquecedoras discusiones, tanto sobre las intervenciones iniciales como sobre las comunicaciones que se presentaron en las mismas.

La Asamblea de la Asociación cerró la primera edición de esta reunión de constitucionalistas, que ya tienen fijada su próxima reunión para primavera del próximo año. Corresponderá entonces la organización del evento a otra Universidad y otro equipo distinto al compuesto por Eduardo Espín Templado, Catedrático de la UCLM; Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular; María Martín Sánchez y M<sup>a</sup> Paz Moreno Expósito, becarias de investigación, el acoger el evento.

### ***5. VII Jornadas de Derecho Constitucional: Libertad de asociación y partidos políticos***

La nueva ley de asociaciones y partidos políticos Ley Orgánica 6/2002, fue objeto de estudio y debate en las VII Jornadas de Derecho Constitucional. Estas Jornadas, dirigidas por D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, se desarrollaron en el Aula Magna de la Escuela de Informática de Ciudad Real durante los días 5 y 6 de noviembre de 2002.

Las jornadas, como en anteriores ocasiones, estuvieron estructuradas en dos días con sesiones de mañana y tarde, en las que participaron Catedráticos y Profesores de Derecho Constitucional, a través de ponencias y comunicaciones.

Las jornadas comenzaron con una ponencia de carácter general sobre el derecho de asociación, a cargo de D. Luis Aguiar de Luque, Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, en la que se hizo referencia, entre otros temas, a la doble vertiente: positiva y negativa del derecho de asociación, pese a que esta última no aparece expresamente reconocida en el texto constitucional. Las palabras del Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias ( STC 5/1981) “*el derecho de asociación, reconocido por nuestra Constitución en su*

*artículo 22.1, comprende no sólo en su forma positiva el derechos de asociarse, sino también en su faceta negativa, el derecho de no asociarse”*; sirvieron para iniciar unas jornadas de estudio acerca del derecho de asociación y de partidos políticos.

Los partidos políticos, como forma especial de asociación, como cauces de expresión del pluralismo político y de la voluntad popular, fueron objeto de un exhaustivo estudio a través de las ponencias de D. Ángel Sánchez Navarro, Prof. Titular de la Universidad Complutense de Madrid y D. Juan Fernando López Aguilar, Catedrático de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, quien centró su exposición en la problemática actual de los partidos políticos en España y la nueva ley de partidos políticos.

Pero, a pesar de la importancia de los partidos políticos en el mundo asociativo, éstos no fueron el único tema de discusión en este foro. Se abordaron también otros aspectos de las asociaciones; su relación con los valores constitucionales, a cargo de D. Luis López Guerra, Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid; los límites de la libertad de asociación, por D. Juan José Solozabal Echevarria, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid; y el complejo tema de lo que debe entenderse como asociaciones ilegales, a cargo de D. Eduardo Espín Templado, Catedrático la Universidad acogedora del evento.

Para no romper la dinámica habitual de este tipo de jornadas, los profesores del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, realizaron diversas comunicaciones relacionadas con los temas de las ponencias. Así participaron: D. Francisco J. Díaz Revorio, Profesor Titular; Dr. D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, Profesor Asociado; Dr. D. Tomás Vidal Marín, Profesor Asociado y Secretario de las jornadas y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, Profesora Asociada.

## ***6. Otras actividades de Derecho Público***

### **6.1. Educación en el siglo XXI.**

Difícil es encontrarnos en el ámbito universitario con unas jornadas en las que no se haga referencia a los derechos educativos, debido a los avatares político-legislativos del último año. La ley de reforma universitaria y la polémica que con ella se suscitó hizo del derecho a la educación el derecho fundamental de actualidad.

La Asociación Popular de Estudiantes Universitarios (APEU) no fue ajena al interés de la comunidad universitaria por este derecho y organizó un ciclo de conferencias de un solo día, dirigidas por D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha y que se desarrollaron en el Palacio Cardenal Lorenzana (Toledo), el 25 de noviembre de 2002.

La jornada se inició con una ponencia de carácter general sobre el derecho a la educación, en las que el director de las jornadas, D. Francisco J. Díaz Revorio, destacó los principales aspectos del derecho fundamental del artículo 27 CE, así como los puntos en los que éste podía verse afectado por la nueva Ley de Reforma Universitaria. Acto seguido, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, Profesora Asociada de la UCLM, centró su ponencia en el tema de la autonomía universitaria. Si tenemos en cuenta que uno de los motivos de inconstitucionalidad que se imputan a la Ley Orgánica de Universidades ha sido que ésta cercena el derecho a la autonomía de las Universidades, la oportunidad de la conferencia no puede ser mayor.

La sesión de la tarde fue cerrada por un debate entre Alejandro Ballesteros, miembro del Partido Popular y Fernando Mora, como miembro de la Ejecutiva del PSOE-CLM; en el que expusieron los distintos argumentos de sus respectivos partidos políticos, a favor y en contra de la nueva ley de universidades.

A la clausura acudió el Director General de Educación, en representación de la Ministra D<sup>a</sup> Pilar del Castillo.

## **6.2. II Edición de los Cursos de Postgrado en derecho para juristas Iberoamericanos.**

Durante los días 7 al 25 de enero de 2002 se desarrollaron en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, la segunda edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para juristas iberoamericanos.

Estos cursos representan una oportunidad única para estudiantes de postgrado y juristas iberoamericanos, para conocer con detenimiento los temas más relevantes de los distintos ámbitos disciplinarios relacionados con el Derecho.

En esta segunda edición se ofertaron en el marco del Derecho Público, cuatro programas académicos:

- 1º.- “ El Derecho Administrativo en el Marco de la Libre Competencia”; dirigido por D. Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho Administrativo de

la UCLM y coordinado por el Dr. D. Jesús Punzón Moraleda, Profesor Ayudante de la UCLM.

Este programa se organiza en ocho bloques: 1. La adaptación del sector público económico a la libre competencia; 2. Los principios de publicidad y transparencia en la contratación pública; 3. Las Ayudas Públicas; 4. Servicios Públicos y Servicios Universales; 5. El control público de los precios de los sectores liberalizados; 6. Los Tribunales de la Competencia; 7. Las Administraciones independientes; 8. Libre competencia y derechos de los consumidores.

- 2º.- “ Los Derechos Humanos y su protección jurisdiccional”, dirigido por D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y coordinado por D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la UCLM.

El Curso de especialización en Derechos humanos se centra en tres bloques fundamentales. En primer lugar se analizarán los principales problemas comunes que ofrecen los derechos humanos en los sistemas actuales. Un segundo bloque dedicado al estudio autónomo de cada uno de los principales derechos reconocidos en el sistema constitucional español y en la mayoría de los sistemas europeos y americanos. El tercer bloque se destina al análisis de las garantías jurisdiccionales de los derechos.

- 3º.- “Fiscalidad internacional en una Economía Globalizada”; dirigido por D. Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero de la UCLM y coordinado por D. Claudio García Díez, Profesor Asociado de la UCLM.

El programa propuesto se divide en seis unidades, donde se abordan los distintos retos que surgen en el marco de la fiscalidad internacional. Los bloques temáticos son los siguientes: 1. Bases conceptuales de la Fiscalidad internacional; 2. Principios Fundamentales de Fiscalidad internacional; 3. Planificación Fiscal internacional; 4. Tributación internacional; 5. Protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea. 6. Fiscalidad internacional del comercio electrónico.

- 4º.- “Derecho Penal Económico”, dirigido por D. Luis Arroyo Zapatero, Catedrático de Derecho Penal de la UCLM y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa Martín López,

Profesora Titular de la UCLM; y coordinado por el Dr. D. Eduardo Demetrio Crespo.

El curso se articuló en ocho temas: 1. La criminalidad económica; 2. Derecho penal económico y Constitución; 3. Derecho penal económico y orden jurídico; 4. La teoría del delito y el delito económico; 5. La teoría de la pena y el delito económico. 6. Tipología delictiva; 7. Proceso penal y delitos económicos; 8. Instrumentos internacionales.

En todos los cursos participaron no sólo profesores de la Universidad acogedora de los Cursos, sino también profesores de otras Universidades nacionales e internacionales, en calidad de conferenciantes.

### **6.3. XII Seminario de Estudios Autonómicos.**

Los días 17,18 y 19 del mes de abril, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, acogió un clásico en lo que a Jornadas de Derecho Público se refiere; la duodécima edición del Seminario de Estudios Autonómicos, dirigido por D. Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Tal y como viene siendo habitual en las últimas ediciones, el Seminario abarcó una pluralidad de temas, caracterizados por su actualidad y vinculación con el Derecho Administrativo.

Así, se desarrollaron temas como la eventual participación de las Comunidades Autónomas en las instituciones europeas, el autogobierno, los servicios locales y la libre competencia, los servicios públicos sociales y un tema presente en casi todas las ediciones de estas Jornadas el urbanismo y la autonomía local; por los siguientes Catedráticos en Derecho Administrativo: D. Alejandro Nieto, de la Universidad Complutense de Madrid; D<sup>a</sup>. Elisenda Malaret i García, de la Universidad Central de Barcelona; D. Ricardo Alonso García, de la Universidad Complutense de Madrid; D. Tomás Font i Llovet, de la Universidad Central de Barcelona; D. Fernando López Ramón, de la Universidad de Zaragoza; D. Luciano Parejo Alfonso, de la Universidad Carlos III de Madrid; D<sup>a</sup> Carmen Chinchilla Marín y D. Luís Ortega Alvarez, de la Universidad acogedora de las Jornadas.

Debido al carácter multidisciplinar que se intenta imprimir a estas jornadas, también participaron en las mismas catedráticos y expertos de otros campos del

Derecho. Así, el análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia autonómica fue desarrollada por D. Juan Fernando López Aguilar, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Palmas; los asuntos relativos al funcionamiento y la posible reforma del ámbito competencial de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo por D. Alberto Palomar Olmeda, Magistrado de lo Contencioso-Administrativo; y el análisis del concierto vasco por D. Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero de la Universidad de Castilla-La Mancha.

---

---

## IV. SEMBLANZAS BIOGRÁFICAS

---

---

### SUMARIO

- *Enrique Belda Pérez Pedrero, “Antonio Cánovas del Castillo”*
- *Elena Rebato Peño, “Gaspar Melchor de Jovellanos”*



## D. ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO

### *Enrique Belda Pérez-Pedrero*

*Doctor en Derecho*

*Titular de Derecho Constitucional*

*(Universidad de Castilla-La Mancha)*

La posibilidad de escribir sobre un personaje de la categoría de Cánovas del Castillo, aunque sea desde la brevedad y con el ánimo puesto en aproximarse sólo a una de las facetas de su trayectoria vital, entraña el considerable riesgo de sentirse azotado por un gran número de opiniones anteriores. Desde este anuario queremos recordar la faceta del escritor que sentía la necesidad de dejar constancia de lo que experimentaba durante su larga y fructífera vida de servicio público al Estado, publicando sus discursos, al tiempo que miraba atrás con afán de describir e interpretar ciertos personajes y pasajes de la Historia.

Cánovas es una figura, hoy, por la que han pasado más de cien años de avatares tras su muerte. Mucho es eso para un *político*, aunque puede que no tanto para un autor preocupado por *lo político*. Así, cualquier impresión sobre su obra ha de partir de la realidad social e institucional de la etapa, o más bien etapas, que tuvo la suerte de protagonizar. La eficacia de su pensamiento sobre la vida pública e institucional de finales del siglo XIX es tan grande como francamente escasa puede considerarse en la actualidad. Así, como ocurre con la influencia de grandes políticos y pensadores, de cualquier signo, que desarrollaron su labor hasta la catástrofe de 1936, estimo que en el presente caso hay que comprender, como punto de partida, que los resultados de su obra (en concreto de sus actos políticos) fueron extraordinariamente útiles en su tiempo, pero que de ellos no cabe extraer notables consideraciones de cara a una sociedad tan cambiante y, por fortuna tan cambiada.

En cualquier caso, Cánovas del Castillo obtuvo una notoriedad en su vida pública que ha sido correspondida con la suficiente atención en la historia política española, también con la llegada de la Monarquía Parlamentaria, evolución de la Monarquía Constitucional que se desarrolló en España ininterrumpidamente desde 1875 a 1923, en buena parte fruto de la obra de este estadista. En el ámbito del pensamiento político cabe destacar en los últimos años el reconocimiento plasmado, entre otras interesantes publicaciones, por una edición de sus obras

completas, bajo los auspicios de la fundación que lleva su nombre<sup>1</sup>, o los comentarios en torno a su tiempo, como el editado por Tusell y Portero<sup>2</sup>.

Desde una tribuna especializada en derecho político y constitucional, como la que ofrece el presente anuario, es preciso destacar para la confección de una semblanza adecuada, su labor de hombre público, deteniéndose especialmente en sus escritos de carácter político-institucional. No obstante, el perfil del personaje demandará también alguna referencia a otras actividades que permiten entender la versatilidad de su planteamiento vital.

Nació Antonio Emilio Juan de Mata Cánovas del Castillo el 8 de febrero de 1828, en la ciudad de Málaga. Hijo de un profesor que le orienta, tras las primeras letras aprendidas en el Colegio de la Purísima Concepción, hacia una enseñanza de corte científico. Con tan sólo 16 años se pone a trabajar, debido a las estrecheces económicas que padece su familia a la muerte del padre, en 1843. Desempeña una labor de ayudante-profesor en la Junta de Comercio. Emparentado con el político Estébanez Calderón, muestra de inmediato a través de una publicación local que él mismo alienta, unas inquietudes públicas entendidas bajo un prisma liberal conservador. Estébanez lo coloca en Madrid (1846), en la compañía del ferrocarril de Aranjuez. En la capital de España podrá desarrollar una de sus vocaciones, el derecho, matriculándose en la Facultad de la Calle San Bernardo.

El Ateneo de Madrid es la plataforma de integración en el círculo político de la época, formando parte de un grupo moderado que intenta un acercamiento a ideas más novedosas y liberales. Trabaja, al tiempo que sigue estudiando Leyes, en el diario *La Patria*, que dirigirá unos meses en el año de 1850. Los estudios de abogado los termina en 1853 pero en ese momento ha preferido ya optar por escribir en prensa y dar rienda suelta a su vocación de analista histórico. Y es que con sólo veinticuatro años, en 1852, había publicado las biografías de Federico I de Wurtemberg y del marroquí Muley-Abd-en-Rahman. Los periódicos que conocen sus escritos son, entre otros, *Las Novedades*, *La Ilustración* y *El Oriente*.

Es precisamente en el mundo de la prensa donde su activismo político se relanza, proyectando su figura en los ambientes de la época. Particularmente

1. *Antonio Cánovas del Castillo. Obras Completas*. Fundación Cánovas del Castillo, 13 vols., Madrid, 1997.

2. *Antonio Cánovas y el sistema político de la Restauración*. Javier Tusell y Florentino Portero (eds.), Congreso de los Diputados-Biblioteca Nueva. Madrid, 1998.

intenso es para Cánovas el año de 1854, en el que se enfrenta al breve Gobierno de Sartorius, participa en la *Vicalvarada* aunando a buena parte de progresistas a la revuelta, a través del manifiesto de julio de ese año. En el nuevo estado de cosas ingresa en el organigrama de la Administración, para pasar en noviembre a representar a Málaga en las Constituyentes. En el crítico bienio revolucionario sigue ascendiendo en el escalafón estatal y goza de una representación diplomática en Roma. A su vuelta a Madrid, escribe y ejerce cargos políticos cuando los breves Gobiernos de la esfera de O'Donnell lo permiten. Hay que destacar su nombramiento como Director General de la Administración (1858), después Subsecretario de la Gobernación (1860) y luego Ministro de este Departamento (1864), lugar desde donde potencia ciertas reformas entre las que se puede destacar la de la Ley de Imprenta. Está siete meses en el cargo hasta la llegada de un nuevo gabinete Narváez. En Junio de 1865, con O'Donnell será otra vez nombrado Ministro, esta vez de Ultramar, durante un año, en el que se ocupa interinamente, además, de Hacienda.

Desde 1866 a 1868 se intensifica su labor parlamentaria y se reorienta de nuevo su actividad política en torno a la crítica al Gobierno de turno aunque sin llegar a ser partidario del pronunciamiento de 1868. En las Constituyentes de 1869 es elegido por Lorca y encabeza un grupúsculo de apoyo al hijo de Isabel II, Alfonso, desde el que se opone a la Carta Magna de ese año. De esta época datan populares discursos de D. Antonio en los que defiende la honorabilidad de la Reina Isabel (con la que nunca se llevó especialmente bien) en el tema de las Alhajas. En 1871 renueva escaño por Cieza y Yecla.

Durante esta década de los sesenta acumula escritos de carácter histórico-político, y ve reconocida su dedicación con el ingreso en la Real Academia de la Historia (1859-60). Algunas obras de estos años, las cuales, en buen número, reflejan discursos académicos, son: *Apuntes para la historia de Marruecos*, Introducción a *Los problemas del socialismo* (de Pastor Díaz), *De las ideas políticas de los españoles durante la Casa de Austria*, o *Bosquejo histórico de la Casa de Austria en España*. De 1870 a 1875 continuará su actividad literaria y oral, en el seno del Ateneo y la Real Academia de Historia. Se pueden destacar publicaciones como *Libertad y Progreso en el mundo moderno* (1873) o el prólogo a *Los oradores griegos* (de Roda).

El regreso a la política con un paso a la primerísima línea de la acción estatal, tras los años en los que no comulga con el sistema, comienza a darlo en el verano de 1873, cuando Isabel II y su hijo reconocen en Cánovas su principal

portavoz. Desde esta posición se autoexcluye del Gobierno Serrano, que se organiza tras el asalto de Pavía. La nochevieja del año 1874, dos días después del alzamiento de Martínez Campos en Sagunto, a favor de D. Alfonso, es recibida por D. Antonio desde la jefatura de un Gobierno de aluvión, donde se reúnen todo tipo de ideas en espera de la llegada del Monarca.

La Restauración es la etapa durante la que se desarrollan las pragmáticas ideas de Cánovas, y en la cuál va a desempeñar una evidente influencia. Fueron las décadas de reinado de Alfonso, primero, y de su segunda mujer Maria Cristina, después, época de paz institucional desconocida por su extensión temporal, en el convulso panorama español de los últimos dos siglos. Quienes se empeñen en destacar estos años de Monarquía Constitucional como época de continua crisis, caciquismo o falta de libertades efectivas, deben al tiempo constatar los efectos positivos de la consecución de un *status* constitucional que permitiese dar el primer paso de cara a evoluciones estatales posteriores. Cánovas, en este sentido, significó la búsqueda de la cohesión y la paz social, y su labor ha de enjuiciarse bajo el prisma de las circunstancias que tuvo que presidir.

El Gabinete de Regencia montado por Cánovas el último día de 1874, llega hasta septiembre de 1875, para ser sustituido por Jovellar, que preside las elecciones de otoño en las que el primero es elegido diputado por Madrid y Murcia. Vuelve al Gobierno en diciembre. Durante 1876 impulsa la línea doctrinal y formal de los trabajos constituyentes, a la vez que Alfonso XII se asegura en el Trono, en detrimento de su madre y de la opción Carlista. Hasta 1881, aunque con alguna interrupción, impulsa la actividad gubernamental enfrentándose a trascendentales problemas coloniales, sociales e incluso domésticos, en el seno de la Casa de D. Alfonso. Vuelve a encabezar el gabinete en 1884, solucionando graves problemas internos como los efectos de la epidemia de cólera de 1885 y la crisis con Alemania a cuenta de Las Carolinas. Tras el temprano fallecimiento del Rey y mediante el *acuerdo del Pardo*, se consagra el famoso turno en el Gobierno entre los liberal-conservadores canovistas y los liberales *fusionistas* de Sagasta. Este último forma Gabinete en Noviembre. Cánovas sigue siendo diputado durante todo el período, por Madrid o Murcia, aunque sus ingresos los recibe largo tiempo de la compañía de ferrocarriles andaluces. En 1890 vuelve a formar Gobierno, hasta finales de 1892, multiplicándose los problemas sociales destapados por cierta actividad anarquista, autonomista y republicana. Retoma el poder en marzo de 1895 en medio de generalizadas insurrecciones desde Cuba y Filipinas y un incremento de la tensión con Estados Unidos.

Paralelamente a sus años de máximo protagonismo político, su actividad literaria de reflexión política e histórica, fue intensa y centenares los discursos de hondo calado. Dirige la Real Academia de la Historia, largos períodos, y ejerce como miembro de las de Ciencias Morales y Políticas (desde 1871), de Bellas Artes de San Fernando (1887, también publicaba poesía, entre otros, *Obras poéticas*, que ve la luz ese mismo año), y de Jurisprudencia y Legislación, que dirigiría entre 1892 y 1893. Como publicaciones más relevantes han de destacarse los *discursos en el ateneo* sobre diferentes personalidades (en honor a José Moreno Nieto, de 1882) o sobre temas políticos *el concepto de nación* (1882), diversos prólogos (sobre obras de Manuel Revilla, 1883, o de Nuñez de Prado, 1885) de carácter tanto político como artístico. Su vocación histórica continúa en *Estudios del Reinado de Felipe IV o Carlos V y las Cortes de Castilla* (1885). Especialmente reseñable es la publicación *Biografía del Cardenal Gil de Albornoz* (1894). Su entrega a las letras se manifiesta también en la colección particular de miles de volúmenes que logró reunir, a partir de una herencia.

En junio de 1893 habían intentado ya volarle la casa de Madrid, y era Jefe de Gobierno cuando el 8 de agosto de 1897, de vacaciones en el balneario de Santa Agueda, es asesinado por un anarquista italiano, de nombre Miguel Angiolillo, no se sabe si fruto de una conspiración internacional de apoyo a los rebeldes cubanos, o como respuesta a la dureza del Gobierno frente al Anarquismo. Fue enterrado con Honores de Capitán General.

La talla de Estadista de Antonio Cánovas del Castillo se ha traducido para la Historia de España, en su consideración como el más influyente Jefe de Gobierno del siglo XIX.



## GASPAR MELCHOR DE JOVELLANOS

(1744-1811)

*M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño*

*Profesora Asociada de la Universidad de Castilla-La Mancha*

*“¿Por ventura no tiene España su constitución? Tiénela sin duda; por qué, ¿qué otra cosa es una constitución, que el conjunto de leyes fundamentales, que fijan los derechos del soberano y de los súbditos y los medios saludables de preservar unos y otros? ¿Y quién duda que España tiene estas leyes y las conoce? ¿Hay algunas que el despotismo haya atacado y destruido? Restablézcanse. ¿Falta alguna medida saludable para asegurar la observancia de todas? Establézcase*

Son necesarias unas breves palabras, para justificar la inclusión de la semblanza biográfica de D. Gaspar Melchor de Jovellanos en la lista de ilustres constitucionalistas que se vienen incluyendo en el Anuario Parlamento y Constitución, y que seguramente habrá sorprendido a más de un lector.

De todos es conocida la figura de Jovellanos como historiador, filósofo, político y literato, pero seguramente pocos conocerán su faceta como jurista que realizó una labor encomiable en el iter que conducirá a las Cortes de 1812 y a nuestra primera Constitución. Entonces ¿por qué no incluir la semblanza de uno de los cuasi constituyentes de nuestra primera Constitución?.

No obstante, suplicamos benevolencia a los destinatarios de esta semblanza, pues sobrepasa a la finalidad y extensión permitida de la misma, y a todo aquello que no sea prácticamente una enciclopedia jovellanista, el dar cuenta de la azarosa vida de D. Gaspar y de su pensamiento tan interdisciplinar como complejo. Por ello, nos limitaremos únicamente a desgranar las líneas generales de su vida y del pensamiento jurídico-constitucionalista, que se desarrollará fundamentalmente en los últimos tres años de su vida.

Nuestro personaje nace el 5 de enero de 1744 en Gijón, como décimo hijo de una familia de antiguo linaje y escasa economía, vinculada a la tierra asturiana; vinculación que continuará Gaspar Melchor.

Este futuro ministro de Carlos IV, que tuvo una esmerada educación, estuvo destinado desde su infancia, tal y como era habitual para los segundones de los mayorazgos, a la carrera eclesiástica, que finalmente terminaría por abandonar para dedicarse a la Magistratura. En 1768 fue nombrado Alcalde del Crimen de la Real Audiencia de Sevilla, y posteriormente Alcalde Casa y Corte lo que conllevaría su traslado a Madrid y el comienzo de una etapa de mucha actividad para el asturiano, que ingresará en la Real Sociedad Económica Matritense, en la Academia de la Historia, en la Real Academia Española, en la de Cánones, o en la de Bellas Artes; sin contar su participación en juntas económicas y sociedades anónimas. Esta creciente actividad en todos los sectores de la vida española tiene su culmen en la creación de una de las obras más queridas por Jovellanos, el Real Instituto Asturiano de Náutica y Mineralogía, el 7 de enero de 1794. Los avatares políticos de la nación española de la época, son seguidos en primera fila por Gaspar Melchor, que será nombrado por Godoy Ministro de Gracia y Justicia en 1797. Cesado en 1798, detenido y hecho reo de Estado en marzo de 1801 y puesto en libertad en 1808, cuando tras el motín de Aranjuez, Fernando VII accede al trono.

España se encuentra en vísperas de la Guerra de la Independencia y nuestro personaje recibe ofertas de José Bonaparte para aceptar la cartera de Ministro del Interior; optando sin embargo por formar parte de la Junta Central constituida en Aranjuez para luchar contra Napoleón, dedicando los últimos años de su vida a participar de lleno en el tránsito del absolutismo al constitucionalismo moderno.

Será en el periodo de 1808 a 1810 cuando Jovellanos, a través de diversos dicámenes “*Sobre la institución del gobierno interino*”; “*Exposición sobre la organización de las Cortes*”; o “*Memoria en defensa de la Junta Central*”, entre otros, va desgranando toda su doctrina jurídica-constitucional, en gran parte ignorada hasta hoy y van a constituir las primeras declaraciones formales del pensamiento político de Jovellanos basada en varias ideas;

- Un concepto histórico-normativo de la Constitución y de la propia Nación española.

Así, Gaspar Melchor de Jovellanos va a definir la Nación española por la historia y el derecho; por la evolución de las instituciones, leyes y costumbres de una sociedad.

En lo que respecta a la Constitución, nuestro autor establecía una íntima conexión entre la historia y legislación de cada país, abogando por mantener a

comienzos del siglo XIX los pilares básicos de la “antigua Constitución española” identificada en un texto normativo diferente, en función de la época de la que estemos hablando, mejorándola con nuevas leyes, tal y como se había hecho en la experiencia anglosajona.

- La inexistencia de un Estado de Naturaleza, y por tanto de derechos naturales anteriores al Estado civil. *“No hay país de la tierra donde se hayan reconocido hombres que no vivan en sociedad, y éste que llaman estado de naturaleza es más bien hipotético que real”*.

- Una concepción de la soberanía como indivisible e inalienable, que reside en el monarca, pero requiriendo al mismo tiempo una división de poderes, o más bien una soberanía compartida entre el Rey y las Cortes.

*“Haciendo, pues, mi profesión de fe política diré que según el derecho público de España la plenitud de la soberanía reside en el monarca (...) ninguna parte de ella existe ni puede existir en otra persona o cuerpo fuera de ella”*

Concepción un tanto utópica y difícil de compatibilizar, que culmina con la definición de la soberanía como un *“poder independiente y supremo de dirigir la acción común que una asociación de hombres establece al constituirse en sociedad civil”*.

- Convocatoria de unas Cortes unicamerales.

Pero sin lugar a dudas uno de los propósitos de Jovellanos al formar parte de la Junta Central estribaba en la convocatoria de Cortes. *“No temamos las Cortes, ni el triste ejemplo de la Francia nos debe intimidar. ¿De que otra manera podrá prevenirse el despotismo si no es en su convocatoria?”*.

Estas Cortes, deberían estar formadas por dos cámaras, propuesta que como sabemos no fue tenida en cuenta, y representada por los tres estamentos tradicionales, pues en todas las constituciones monárquicas debía haber un cuerpo intermedio que contuviera los abusos del poder supremo y limitasen la habitual inclinación popular contra los derechos del soberano.

En conclusión, Jovellanos luchará por una convocatoria a Cortes, y por la elaboración de una Constitución no totalmente novedosa, que debería incluir los elementos tradicionales de la antigua legislación, aunque mejorando sus defi-

ciencias. Desafortunadamente no verá redactada la primera Constitución española, pues muere en Puerto de Vega el 28 de noviembre de 1811.

**Dep. Legal:** TO-984-2000

**ISSN:** 1139-0026

**Edita:** Cortes de Castilla-La Mancha

**Diseño:** Jer Publicidad

**Impresión:** Estudios Gráficos Europeos, S. A.

---

---

