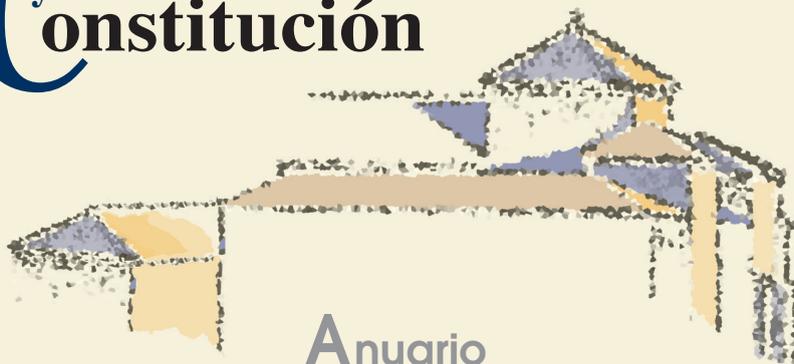




# Parlamento y Constitución



## Anuario

### SUMARIO

#### I. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

F. Javier Díaz Revorio, "Perspectivas de reforma de la Constitución española"

M<sup>a</sup> Isabel Álvarez Vélez, y M<sup>a</sup> Fuencisla Alcón Yustas, "Una visión sobre la posible reforma del Título VIII de la Constitución española de 1978"

José Joaquín Fernández Allés, "La reforma constitucional: hacia un régimen competencial sistematizado"

Juan José Ruiz Ruiz, "Límites materiales a la reforma constitucional del Senado en España: una lectura desde el "patrimonio común europeo" de la forma de gobierno parlamentaria"

Noemí García Gestoso, "Algunas consideraciones sobre la reforma de la Constitución española de 1978 derivadas de la integración europea".

Ana María Redondo García, "¿Puede reformarse el artículo 168 de la Constitución a través del procedimiento establecido en el artículo 167?"

M<sup>a</sup> del Camino Vidal Fueyo, "Al hilo de la reforma constitucional: los problemas de interpretación que genera la expresión libertades públicas en la Constitución española"

Sara Sieira Mucientes, "Reforma constitucional en materia de objeción de conciencia: una aproximación de la Constitución Española a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE"

Enrique Belda Pérez-Pedrero, "Materiales doctrinales para la reforma constitucional en España".

Diego Boza Martínez, "Las cláusulas de irreformabilidad en las Constituciones de los Estados de la Europa de los 25"

Antonio-Filiu Franco Pérez, "¿Reformar para petrificar? La reforma de la Constitución cubana de 1976 en junio de 2002"

Gorki Gonzales Mantilla, "La reforma de la justicia en el Perú: entre la Constitución y las demandas de la realidad"

#### II. NOTAS Y CONFERENCIAS

Marc Carrillo, "Información y vida privada"

Xavier Garaicoa Ortiz, "El Derecho en la postmodernidad"

Vicente Juan Calafell Ferrá, "La jurisprudencia sobre los convenios entre Administraciones Públicas"

#### III. CRÓNICAS

#### IV. SEMBLANZAS

Año 2004

Nº 8

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

Anuario



**Parlamento  
y Constitución**



# PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2004 N° 8 —

## COLABORAN EN ESTE NÚMERO

**M<sup>a</sup> Fuencisla Alcón Yustas**

*Prof. Propia Agregada de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (ICADE),  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

**M<sup>a</sup> Isabel Álvarez Vélez**

*Prof. Propia Ordinaria de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho  
(ICADE), Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

**Luis Arroyo Jiménez**

*Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha*

**Enrique Belda Pérez-Pedrero**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La  
Mancha*

**Diego Boza Martínez**

*Becario de FPDI de la Universidad de Cádiz*

**Vicente Juan Calafell Ferrá**

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universitat de les Illes  
Balears*

**Marc Carrillo López**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra*

**Francisco Javier Díaz Revorio**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La  
Mancha*

**José Joaquín Fernández Allés**

*Profesor Doctor de Derecho Constitucional de la Escuela Universitaria Francisco  
Tomás Y Valiente de la Universidad de Cádiz*

**Antonio-Filiu Franco Pérez**

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo*

**Xavier Garaicoa Ortiz**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Guayaquil (Ecuador)*

**Noemí García Gestoso**

*Profesora Doctora de Derecho Constitucional de la Universidad de Vigo*

**Gorki Gonzales Mantilla**

*Profesor de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*

**M<sup>a</sup> Joaquina Guerrero Sanz**

*Letrada del 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**

*Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La  
Mancha*

**Ana María Redondo García**

*Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid*

**Juan José Ruiz Ruiz**

*Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén*

**Sara Sieira Mucientes**

*Prof. Propia Adjunta de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (ICADE),  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

**M<sup>a</sup> del Camino Vidal Fuego**

*Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Burgos*

**Tomás Vidal Marín**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La  
Mancha*





# ÍNDICE

## I. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

*Págs*

<b>F. Javier Díaz Revorio</b> , " <i>Perspectivas de reforma de la Constitución española</i> "	11
<b>M<sup>a</sup> Isabel Álvarez Vélez y M<sup>a</sup> Fuencisla Alcón Yustas</b> , " <i>Una visión sobre la posible reforma del Título VIII de la Constitución española de 1978</i> "	39
<b>José Joaquín Fernández Allés</b> , " <i>La reforma constitucional: hacia un régimen competencial sistematizado</i> "	51
<b>Juan José Ruiz Ruiz</b> , " <i>Límites materiales a la reforma constitucional del Senado en España: una lectura desde el "patrimonio común europeo" de la forma de gobierno parlamentaria</i> "	73
<b>Noemí García Gestoso</b> , " <i>Algunas consideraciones sobre la reforma de la Constitución española de 1978 derivadas de la integración europea</i> "	101
<b>Ana María Redondo García</b> , " <i>Algunas consideraciones en torno a la anunciada Reforma Constitucional</i> "	139
<b>M<sup>a</sup> del Camino Vidal Fueyo</b> , " <i>Al hilo de la reforma constitucional: los problemas de interpretación que genera la expresión libertades públicas en la Constitución española</i> "	153
<b>Sara Sieira Mucientes</b> , " <i>Reforma constitucional en materia de objeción de conciencia: una aproximación de la Constitución Española a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i> "	169
<b>Enrique Belda Pérez-Pedrero</b> , " <i>Materiales doctrinales para la reforma constitucional en España</i> "	185
<b>Diego Boza Martínez</b> , " <i>Las cláusulas de irreformabilidad en las Constituciones de los Estados de la Europa de los 25</i> "	201
<b>Antonio-Filiu Franco Pérez</b> , " <i>¿Reformar para petrificar? La reforma de la Constitución cubana de 1976 en junio de 2002</i> "	217
<b>Gorki Gonzales Mantilla</b> , " <i>La reforma de la justicia en el Perú: entre la Constitución y las demandas de la realidad</i> "	241

## II. NOTAS

<b>Marc Carrillo</b> , " <i>Información y vida privada</i> "	263
<b>Xavier Garaicoa Ortiz</b> , " <i>El Derecho en la postmodernidad</i> "	291
<b>Vicente Juan Calafell Ferrá</b> , " <i>La jurisprudencia sobre los convenios entre Administraciones Públicas</i> "	305

## III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2004)

<b>Tomás Vidal Marín</b> , " <i>Legislación de las Comunidades Autónomas</i> "	339
<b>Enrique Belda Pérez-Pedrero</b> , " <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas</i> "	353
<b>María Martín Sánchez</b> , " <i>Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha</i> "	369
<b>M<sup>a</sup> Joaquina Guerrero Sanz</b> , " <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha</i> "	389
<b>María Elena Rebato Peño</b> , " <i>Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha</i> "	425

## IV. SEMBLANZAS BIOGRÁFICAS

<b>Luis Arroyo Jiménez</b> , " <i>Vicente Santamaría de Paredes</i> "	441
---	-----



## NOTA PRELIMINAR

El presente número del Anuario Parlamento y Constitución recoge, además de otras secciones habituales, la mayor parte de las ponencias y comunicaciones presentadas al Seminario sobre la reforma constitucional celebrado en Toledo el 18 de junio de 2004, organizado por el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, con la colaboración de las Cortes de Castilla-La Mancha, Caja Castilla-La Mancha, y la Asociación de Constitucionalistas de España. Las intervenciones han sido adaptadas, y en su caso actualizadas, para esta publicación.

El Anuario Parlamento y Constitución quiere contribuir con la edición de este número monográfico al debate sobre la futura reforma de la Constitución española.



---

---

# I. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

---

---

## SUMARIO

- **F. Javier Díaz Revorio**, *“Perspectivas de reforma de la Constitución española”*
- **M<sup>a</sup> Isabel Álvarez Vélez y M<sup>a</sup> Fuencisla Alcón Yustas**, *“Una visión sobre la posible reforma del Título VIII de la Constitución española de 1978”*
- **José Joaquín Fernández Alles**, *“La reforma constitucional: hacia un régimen competencial sistematizado”*
- **Juan José Ruiz Ruiz**, *“Límites materiales a la reforma constitucional del Senado en España: una lectura desde el “patrimonio común europeo” de la forma de gobierno parlamentaria”*
- **Noemí García Gestoso**, *“Algunas consideraciones sobre la reforma de la Constitución española de 1978 derivadas de la integración europea”*
- **Ana María Redondo García**, *“Algunas consideraciones en torno a la anunciada reforma constitucional”*
- **M<sup>a</sup> del Camino Vidal Fueyo**, *“Al hilo de la reforma constitucional: los problemas de interpretación que genera la expresión de libertades públicas en la Constitución española”*
- **Sara Sieira Mucientes**, *“Reforma constitucional en materia de objeción de conciencia: una aproximación de la Constitución Española a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*
- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, *“Materiales doctrinales para la reforma constitucional en España”*
- **Diego Boza Martínez**, *“Las cláusulas de irreformabilidad en las Constituciones de los Estados de la Europa de los 25”*
- **Antonio-Filiu Franco Pérez**, *“¿Reformar para petrificar? La reforma de la Constitución cubana de 1976 en junio de 2002”*
- **Gorki Gonzales Mantilla**, *“La reforma de la justicia en el Perú: entre la Constitución y las demandas de la realidad”*



# PERSPECTIVAS DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA<sup>1</sup>

**F. Javier Díaz Revorio**

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

## SUMARIO

1. *El tema de la reforma constitucional en España.*
2. *La propuesta actual.*
  - 2.1. *La sucesión en el trono.*
  - 2.2. *La "cláusula europea".*
  - 2.3. *El Senado.*
  - 2.4. *Las Comunidades Autónomas.*
3. *Cuestiones procedimentales.*

1. Este trabajo tiene como base la ponencia presentada al Seminario sobre la Reforma Constitucional celebrado en Toledo el 18 de junio de 2004. No pretende ser un estudio exhaustivo sobre los temas abordados, sino más bien dar un panorama global sobre las reformas constitucionales anunciadas en España, y todavía en fase muy incipiente, previa a la existencia de cualquier texto articulado o borrador del mismo. En todo caso, el texto ha sido adaptado, completado y actualizado teniendo en cuenta algunas circunstancias producidas con posterioridad, en particular la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

## *1. El tema de la reforma constitucional en España*

Cuando una Constitución acaba de aprobarse, no es habitual que se plantee de forma inmediata su reforma. La modificación textual parece aún menos oportuna si la Norma fundamental ha sido fruto de un difícil consenso entre las principales fuerzas políticas, que puede peligrar si las mismas han de alcanzar de nuevo un acuerdo sobre el futuro texto constitucional.

Por ello puede entenderse que, en los años que siguieron a la aprobación de la Constitución de 1978, no se plantease reforma alguna de la misma en el terreno político. Doctrinalmente, tampoco se abordó la cuestión de la reforma desde una perspectiva práctica; en un primer momento preocupan fundamentalmente otras cuestiones, porque la construcción doctrinal de nuestro Derecho Constitucional estaba prácticamente pendiente de realizarse. Sin embargo, dentro de esa elaboración doctrinal sí se abordó, ya en los años ochenta, el problema de la reforma como cuestión general propia de la Teoría de la Constitución. En efecto, hay que tener en cuenta que el tema de la reforma es uno de los que afectan a la propia esencia del concepto de Constitución y del Derecho Constitucional, y dentro de esa labor general de "construcción" de nuestra disciplina, se publicaron algunos trabajos -no quizá demasiados, pero sí muy relevantes- sobre la reforma de la Constitución<sup>2</sup>, al tiempo que se traducen o editan en España obras "clásicas" sobre la materia, como las de Bryce o Jellinek<sup>3</sup>.

El panorama cambió a partir de los años noventa porque, además de que la doctrina continuó publicando trabajos que abordaban aspectos generales sobre la reforma constitucional o sobre la de nuestra Norma fundamental<sup>4</sup>, se produjeron dos factores que avivaron el debate sobre la reforma:

2. Hay que destacar, sin duda, a Javier Jiménez Campo, "Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución", en *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980; Pedro de Vega García, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, y a Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987. Sobre la bibliografía relativa a la reforma constitucional en España, con mayor amplitud, consúltese en este mismo número de *Parlamento y Constitución* el trabajo de Enrique Belda Pérez-Pedrero titulado "Materiales doctrinales para la reforma constitucional en España". Muy interesante a estos efectos es también el *Boletín de Documentación* núm. 19-20, 2004, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, dedicado a la reforma constitucional en España.

3. J. Bryce, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; G. Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. En ambos casos hay que destacar el estudio Preliminar realizado por Pablo Lucas Verdú.

4. Entre otros, Pedro de Vega, *La reforma constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991; Francisco Rubio Llorente, "Sobre la conveniencia de terminar la Constitución", *Claves de razón práctica*, núm. 25, 1992; Manuel Contreras, "Sobre el título X de la Constitución española: de la reforma constitucional", en

1) En 1992 se llevó a cabo, como es sobradamente conocido, la primera y única reforma que hasta ahora ha afectado a nuestro texto constitucional, precedida por la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, que vino a señalar la incompatibilidad del Tratado de la Unión Europea con nuestra Norma fundamental, en el aspecto concreto del reconocimiento a los ciudadanos de la Unión del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales en el Estado de residencia, lo cual resultaba contradictorio con la redacción original del art. 13.2 de la Constitución española, que sólo preveía esa eventualidad para el supuesto de sufragio activo. Como se recordará, la reforma, que se llevó a cabo con evidente celeridad y por el procedimiento ordinario, consistió en incorporar en dicho artículo 13.2 de la Constitución el inciso "y pasivo", dando así origen a su actual redacción. Sin entrar en mayores detalles sobre esta reforma, lo que interesa destacar es que vino a demostrar que la reforma constitucional era posible, y podía incluso realizarse con cierta rapidez por el procedimiento ordinario, además de que vino acompañada de algunos trabajos doctrinales específicos que contribuyeron a poner de actualidad el tema de la reforma<sup>5</sup>.

2) Las primeras propuestas concretas de reforma de nuestra Constitución fueron tomando cuerpo, tanto en el terreno doctrinal como en el político, si bien en este último ámbito no alcanzaron nunca el carácter de un proyecto articulado<sup>6</sup>.

*Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992; María Victoria García-Atance, "La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad", en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992; Javier Ruipérez Alamillo, "Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 75, 1992; Rubén Hernández Valle, "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, 1993; Javier Pérez Royo, "Algunas reflexiones sobre el título X de la Constitución", en *Revista de Política Comparada*, núm. 10-11, 1994; Benito Aláez Corral, "Los límites materiales a la reforma de la Constitución de 1978", *BOE-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2000.

5. Pueden citarse como más destacados, entre otros varios: Juan Fernando López Aguilar, "Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992; del mismo autor, "La reforma de la Constitución: opciones constitucionales ante la ratificación de los Acuerdos de Maastricht", en *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992; Araceli Mangas Martín, "La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución: una reforma constitucional innecesaria", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 44, 1992; Artemi Rallo Lombarte, "El Tratado de Maastricht y el Derecho de sufragio de los extranjeros en España", en *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992; Manuel Aragón Reyes, "La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994; Pablo Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad europea*, Civitas, Madrid, 1994; del mismo autor, "El alcance jurídico y político de la primera reforma constitucional en España", en *VV.AA., Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000.

6. En todo caso, puede mencionarse en este ámbito la creación de una Comisión Especial para el Estudio de la Reforma Constitucional del Senado, por acuerdo unánime del Pleno del Senado de 6 de noviembre de 1996.

Entre los temas que fueron apuntándose como susceptibles de reforma ocupaban un lugar destacado la conveniente referencia en nuestra Norma fundamental a la realidad institucional y jurídica de la Unión Europea, o el Senado, aunque también se propusieron otros como la sucesión en el trono, o modificaciones de diverso signo en el título VIII y en la estructura territorial del Estado, entre otras cuestiones variadas, que fueron sobre todo objeto de propuestas doctrinales<sup>7</sup>.

Con todo, a pesar de que desde la década de los noventa se va iniciando un debate sobre eventuales reformas concretas de la Constitución, la modificación de nuestra Norma fundamental no parece todavía "creíble" pues no se alcanza a articular una iniciativa política que recoja propuestas concretas o articule textualmente las posibles reformas con carácter más o menos "oficial".

Ya en 2003, y con motivo de la conmemoración del vigésimo quinto aniversario de la Norma fundamental, se recupera el debate doctrinal<sup>8</sup> y político sobre la reforma de la Constitución, pero sigue sin existir una iniciativa concreta en el terreno político que haga pensar en que dichas reformas puedan efectivamente materializarse en un futuro próximo. Antes al contrario, el Gobierno parece descartar de la agenda política el tema de la reforma, circunstancia que cambia radicalmente a partir de las elecciones de marzo de 2004, como veremos un poco más adelante.

Pero antes, y llegados a este punto, cabe preguntarse cómo es posible que, transcurridos más de veinticinco años desde la aprobación de la Constitución, ésta no haya sido objeto más que de una reforma, y realmente muy limitada en su alcance. Comparativamente<sup>9</sup>, resulta insólito este uso tan infrecuente de las

7. Aquí las citas doctrinales serían muy amplias; en los apartados correspondientes de este trabajo mencionaremos algunos trabajos específicos. Pueden ahora destacarse los dos números monográficos que la *Revista de Derecho Político* dedicó a la reforma constitucional (núm. 36 y 37, 1992), en los que se abordaba la posible reforma de los diversos títulos de nuestro texto normativo fundamental.

8. Han sido varias las publicaciones especializadas que han dedicado números monográficos al XXV aniversario de la Constitución, en los cuales ha estado presente, de uno u otro modo, la cuestión de la reforma constitucional. Por todas, pueden citarse los números 69 (2003), 70 y 71 (2004) de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, o el número 58-59 (2003-2004) de la *Revista de Derecho Político*.

9. Mencionando sólo algunos de los ejemplos más próximos, pueden destacarse las cincuenta y una reformas de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, las diecisiete de las Constituciones de Italia (1947) o de Francia (1958), o las cinco amplísimas revisiones de la Constitución de Portugal. Todas ellas, además, afectan a un número más elevado de artículos. Los detalles sobre las reformas producidas en las Constituciones de los (entonces) quince Estados de la Unión Europea hasta 2003 pueden verse en el *Boletín de Documentación* núm. 17-18, 2003, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

previsiones constitucionales relativas a la propia reforma. A mi juicio, esta "escasez" de reformas a la Constitución de 1978 puede obedecer a diversos factores:

1) El primer elemento que podría apuntarse es la especial rigidez de nuestra Constitución. Ésta, aunque renuncia a establecer "cláusulas de intangibilidad", ha querido proteger mediante un procedimiento especialmente agravado ciertos "bloques" de contenidos, ubicados en ciertas secciones o títulos de la Constitución. De esta forma, esas partes del texto constitucional (al igual que la revisión total del mismo) quedan sometidas a dicho procedimiento agravado, con independencia de la intensidad o trascendencia de la reforma que se pretenda, en lugar de optarse por una protección especial que afectase únicamente a ciertos principios o valores fundamentales. Por lo demás, incluso el procedimiento ordinario, que ha de utilizarse en los demás casos, es también relativamente rígido, sobre todo por la exigencia de mayorías cualificadas. Podría afirmarse, por tanto, que la Constitución ha de modificarse por un procedimiento "rígido" (que sería el ordinario), o por uno "especialmente rígido" o "superrígido" (que sería el agravado)<sup>10</sup>. Y no hay que descartar que esta circunstancia haya tenido que ver con lo inusual de las reformas en nuestro texto constitucional. Sin embargo, no parece que estemos ante el único ni el más decisivo de los factores que explican esta circunstancia, pues otras Constituciones igualmente rígidas han sufrido reformas mucho más frecuentes que la nuestra.

2) Hay que tener en cuenta también las circunstancias históricas y políticas en las que se aprobó la Constitución de 1978, para comprender por qué la misma no ha sido más reformada. En efecto, nuestro texto normativo fundamental es fruto del consenso y de un acuerdo político, difícil y siempre frágil, sin precedentes en España. Por lo demás, nuestra propia Historia nos ofrece demasiados ejemplos de Constituciones con muy escasa vigencia, que eran objeto casi inmediato de reformas, o simplemente se sustituían por otros textos, al poco tiempo de haber entrado en vigor. Por ello parecía oportuno que se considerase priorita-

10. Como es conocido, la Constitución puede modificarse por un procedimiento "ordinario" (art. 167) que implica mayorías cualificadas de tres quintos en ambas Cámaras (aunque, de no conseguirse estas mayorías, se formará una Comisión paritaria, y si ésta no consigue el acuerdo, el texto puede aprobarse por dos tercios en el Congreso, siempre que supere la mayoría absoluta en el Senado), y referéndum potestativo a petición de la décima parte de los diputados o de los senadores; o bien por un procedimiento "agravado", que conlleva mayorías más elevadas (dos tercios del Congreso y del Senado en todo caso), disolución de las Cortes, ratificación de la iniciativa por las nuevas Cortes, aprobación del texto de la reforma por nueva mayoría de dos tercios en ambas Cámaras, y en todo caso referéndum. Este último procedimiento está constitucionalmente impuesto para las revisiones totales, o las parciales que afecten al Título Preliminar, sección 1ª del capítulo II del título I, o al título II (art. 168).

ria la consecución de un amplio "sentimiento constitucional" de apego y aprecio a los valores plurales contenidos en nuestra Carta Magna, posponiendo la reforma de la misma, que podría haber afectado a ese necesario sentimiento y "asentamiento" de la Norma fundamental. Pero esta circunstancia, que comprensiblemente debió tener bastante peso en los primeros años de vigencia de la Norma fundamental, no parece constituir justificación suficiente para seguir demorando la reforma veinticinco años después de la entrada en vigor de la Constitución, cuando además existe un cierto acuerdo básico en que ciertos aspectos de ésta son mejorables.

3) Por ello parece que el factor que quizá haya tenido más importancia -hasta este año 2004- para que no se hayan llevado a cabo más reformas constitucionales, es la falta de voluntad política para emprenderlas. Ciertamente parece existir, ya desde hace años, una coincidencia básica en que ciertos contenidos de la Constitución son susceptibles de una modificación que permita adecuar la redacción de su texto a las actuales circunstancias. Así sucede con la regulación del Senado, que la mayoría reconoce como inadecuada para un Estado descentralizado como el nuestro, o con la conveniencia (si no necesidad) de que la Constitución se refiera a la realidad de la Unión Europea. Sin embargo, las reformas no se emprendían, alegando sobre todo que cualquier modificación debía contar, al menos, con el mismo consenso del que gozó la inicial aprobación de la Constitución. Y, desde luego, parece altamente recomendable conseguir un acuerdo de similar alcance para aprobar eventuales reformas, pero difícilmente el mismo se alcanzará si no se parte de iniciativas o propuestas concretas en torno a las que pueda lograrse ese consenso.

Por lo tanto, muy posiblemente ha sido la escasa voluntad política la que ha impedido que hasta ahora se inicien reformas que, desde muchos puntos de vista, podrían resultar convenientes. Y seguramente uno de los motivos fundamentales por los que ha faltado esa voluntad ha sido el temor a que el inicio de cualquier proceso de reforma conllevara propuestas que pretendieran alterar sustancialmente el modelo de Estado desde la perspectiva de la distribución territorial del poder, la consideración constitucional de las Comunidades Autónomas, o el régimen de distribución competencial entre éstas y el Estado; y que tales propuestas, que podrían partir de ciertas fuerzas políticas de corte nacionalista, resultarían inaceptables por los dos principales partidos de ámbito estatal. Probablemente ese temor era fundado, y desde luego parece conveniente ser especialmente cautos a la hora de reformar el régimen autonómico, y en todo caso no proceder a reformas en este ámbito que no cuenten al menos con el apoyo mayoritario de

los dos principales partidos estatales y de los principales partidos nacionalistas. Pero no parece que esta necesaria prudencia justifique ya la falta de iniciativa para reformar la Constitución en otros aspectos que se consideren convenientes, y en los que el acuerdo no parece tan improbable, e incluso en aquellas cuestiones que afecten a la regulación constitucional de la organización territorial del Estado, cuya reforma se estime adecuada, y sea susceptible de generar el suficiente consenso.

## ***2. La propuesta actual***

En este contexto, y como ya apuntábamos, en el año 2004 las propuestas de reforma constitucional han pasado por primera vez a ser asumidas por un Gobierno con un cierto carácter formal y solemne. En efecto, y tras las elecciones del 14 de marzo, el entonces candidato a la Presidencia del Gobierno, Rodríguez Zapatero, anunció en su discurso de investidura, y como parte de su programa de gobierno, la intención de reformar la Constitución en cuatro aspectos concretos: el Senado, la sucesión en el trono, la denominación de las diecisiete Comunidades Autónomas, y la referencia a la Constitución europea<sup>11</sup>.

En el momento de escribir estas líneas, se ha encargado al Consejo de Estado la elaboración de un informe sobre estas reformas constitucionales, como paso previo para el inicio del proceso en sentido estricto<sup>12</sup>. No hay, hasta la fecha, nin-

11. Reproduzco literalmente las frases más relevantes de la propuesta del candidato a Presidente: "Por eso queremos ofrecer a todas las fuerzas políticas un consenso básico para afrontar una reforma concreta y limitada de la Constitución que aborde esos problemas. Se trata, en primer lugar, de abordar, como he anunciado, la reforma del Senado; en segundo lugar, de modificar, sin alterar las previsiones que afectan al Príncipe de Asturias, las normas que regulan el orden de sucesión en la Corona, con el fin de adaptarlas al principio de no discriminación de la mujer que con carácter general consagra la propia Constitución; en tercer lugar, creo que ha llegado el momento de consagrar, con la fuerza simbólica que proporciona la Constitución, la denominación oficial de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos ciudades autónomas y su consideración definitiva como parte esencial del Estado y su forma de organizarse territorialmente; en cuarto lugar, queremos que la Constitución española incorpore a su texto una referencia a la próxima Constitución europea, como signo solemne de nuestro compromiso definitivo con Europa y del valor real que damos a nuestra condición de ciudadanos europeos" "(...) El Gobierno tomará la iniciativa para la reforma, para lo cual solicitará un informe previo al Consejo de Estado, que constituirá la base de su proyecto" (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, núm. 2, 15 de abril de 2004, págs. 18-19).

12. La consulta al Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución española ha sido planteada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005. Con anterioridad a la solicitud formal de este informe, ha sido precisa la reforma de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, por medio de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, en cuyo comentario no podemos detenernos.

gún texto articulado, ni siquiera en fase de borrador, que podamos tener en cuenta. Por lo tanto, las ideas que siguen deben considerarse como meras opiniones basadas en una propuesta de reforma sobre los temas mencionados, pero cuyo alcance exacto está lejos de haber quedado precisado.

### **2.1. La sucesión en el Trono**

Esta reforma es quizá, entre todas las propuestas, la que más consenso o acuerdo parece generar, y la de menor alcance en lo que se refiere a los preceptos o incisos textuales a modificar. Sin embargo, es a mi juicio la única que de forma incuestionable requiere seguir el procedimiento agravado previsto en el art. 168 de la Constitución.

En efecto, ninguna de las principales fuerzas políticas parece oponerse a la supresión de la preferencia del varón sobre la mujer, dentro del mismo grado, en el orden de sucesión en el trono (art. 57.1 de la Constitución). Por lo demás, esta supresión se conseguiría con la mera eliminación del inciso "en el mismo grado, el varón a la mujer", y sustituyendo a continuación la expresión "y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos", por "y en el mismo grado, la persona de más edad a la de menos". Aunque se ha apuntado la posibilidad de que la reforma alcanzase también a otros preceptos de la Constitución que se refieren en masculino al Príncipe Heredero o Príncipe de Asturias (arts. 57.2, 59.2 y 61.2)<sup>13</sup>, ni ello resulta necesario, ni sería acorde con un texto constitucional que ha optado, creo que por ventura, por evitar la duplicación de géneros al referirse a los diversos cargos públicos que regula, de manera que, por ejemplo, el propio título II se refiere genérica y reiterativamente a "el Rey"<sup>14</sup>, a pesar de que es manifiesto que la Jefatura del Estado también puede, incluso con el actual orden de sucesión, venir desempeñada por una mujer, a la que en todo caso serían aplicables dichos preceptos.

Por lo demás, esta reforma habría de tramitarse en todo caso por el procedimiento agravado, pues afecta a un artículo, el 57.1, ubicado en el título II de la

13. En este sentido, apunta esa eventualidad F. Rubio Llorente, "La necesidad de la reforma constitucional", conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 28 de octubre de 2004 (puede consultarse en [www.pepc.es](http://www.pepc.es)).

14. Por excepción, el artículo 58 habla de "La Reina consorte o el consorte de la Reina", para referirse al cónyuge del Jefe de Estado. Pero es evidente que todos los artículos que se refieren a "el Rey" son aplicables, en su caso, a una Reina (no consorte), como todos los que se refieren al Príncipe Heredero o Príncipe de Asturias son y serán aplicables a una eventual Princesa Heredera o Princesa de Asturias. Reformar estos preceptos referidos al Príncipe implicaría, por coherencia, modificar los que se refieren al Rey y, más allá, los que se refieren al Presidente del Gobierno y a cualquier otro cargo público utilizando el género masculino, lo que no parece que esté en la actual propuesta de reforma.

Constitución, que resulta especialmente protegido a estos efectos de la reforma, en virtud del artículo 168. La posibilidad de que el propio artículo 168 (que no se menciona expresamente a sí mismo entre los preceptos que han de reformarse siguiendo esa vía agravada), sea modificado por el procedimiento ordinario para permitir la posterior reforma por esa misma vía de otros preceptos constitucionales actualmente incluidos en ese bloque especialmente protegido, debe considerarse, en mi opinión, inaceptable desde la perspectiva de la lógica jurídica. O, dicho de otro modo, debe considerarse que el art. 168 está implícitamente incluido entre los que sólo pueden reformarse por la vía agravada, pues carecería totalmente de sentido que el artículo que establece el procedimiento agravado y obliga a seguir el mismo para la modificación de ciertas partes de la Constitución, fuese reformado por la vía más sencilla, con evidente fraude del sentido de dicho precepto constitucional.

Por tanto, y como antes decía, esta reforma ha de seguir sin duda el procedimiento agravado. Ello no es óbice, como veremos, para que se defienda la posibilidad (o incluso conveniencia o necesidad) de que algunas de las restantes reformas sigan igualmente ese procedimiento. Pero sólo en este caso queda fuera de toda duda esa necesidad.

Por lo demás, conviene aclarar que no existe obstáculo jurídico-constitucional alguno a esta reforma. Primero, porque no existen límites materiales al poder de reforma constitucional<sup>15</sup>. Y sobre todo, porque aunque la monarquía instaurada en la Constitución preexistía a la propia Norma fundamental, y ésta acogió, sin duda, a la "dinastía histórica" con las reglas sucesorias que tradicionalmente la habían regido, una vez aprobado el texto constitucional, éste es la primera y suprema fuente normativa para la regulación de la Corona, y las normas que el mismo contempla son susceptibles de modificación o reforma, aunque ésta se aparte de los precedentes históricos<sup>16</sup>.

En consecuencia, esta reforma es perfectamente posible, y el éxito de la misma sólo depende de que exista una mayoría suficiente que la apoye, tanto

15. Desde luego, no los hay expresamente establecidos. Se ha debatido la posibilidad de que existan implícitamente esos límites materiales. Mi opinión es contraria a dicha interpretación (al respecto, entre otros, mi trabajo *La "Constitución abierta" y su interpretación*, Palestra, Lima, 2004, págs. 52 y ss.). Pero aunque pudiera interpretarse que existen límites implícitos, no parece que la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión en el trono fuese uno de ellos.

16. Sobre esta cuestión, véase el completo trabajo de Enrique Belda Pérez-Pedrero, *El poder del Rey: alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Cuadernos del Senado, Madrid, 2003, y mi comentario a este trabajo, titulado "La Corona desde la perspectiva jurídico-constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004.

entre las fuerzas políticas como entre el pueblo que la ha de ratificar. Esa circunstancia parece producirse en la actualidad. Y es indudable, además, que la misma supone eliminar una excepción constitucional al principio general de igualdad y de no discriminación por razón de sexo, aunque en modo alguno podía entenderse que este precepto constitucional constituyera una especie de "norma constitucional inconstitucional"<sup>17</sup>. Pero ahora me interesa destacar que, sin negar que esta reforma pueda aproximar algo la regulación de la sucesión en el trono al valor de la igualdad, no cabe ignorar que es imposible la plena adecuación de la institución de la Corona a los valores propios del Estado social y democrático de Derecho, ya que la misma es una institución intrínsecamente desigualitaria, cuyo acceso no puede equipararse al de ninguna otra institución de un Estado democrático, por cuanto en el mismo se hace prevalecer el nacimiento sobre cualquier otra condición. La Corona es una institución histórica que ha sido acogida y se ha conservado en muchos Estados constitucionales y democráticos, perdiendo su poder político para permitir la propia democratización del Estado. Pero obviamente las reglas de acceso a la misma no son democráticas ni igualitarias. Basta considerar que, aun después de suprimirse la preferencia del varón sobre la mujer en el mismo grado, entre los mismos hermanos se preferirá siempre al de más edad, lo que seguirá constituyendo un trato desigual, basado en el nacimiento, tanto si utilizamos como término de comparación a los restantes hermanos, como si el mismo término se extiende a cualquier ciudadano carente de derecho alguno de acceso al trono<sup>18</sup>.

Por último, conviene también apuntar que, a pesar de la anunciada reforma, quedarán todavía, en el ámbito de la Corona, ciertas restricciones o condicionamientos en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como las posibles limitaciones en el derecho al matrimonio de quienes tienen derecho a la sucesión en el trono (art. 57.4) o la necesidad de que el Rey preste juramento (no se prevé expresamente promesa) al ser proclamado ante las Cortes Generales (art. 61.1)<sup>19</sup>,

17. Sobre este aspecto me pronuncié en mi trabajo *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 282 y ss.

18. A esta cuestión me he referido en mi trabajo "La Corona desde la perspectiva jurídico-constitucional", cit., pág. 408.

19. Aunque ciertamente caben otras interpretaciones, como es sabido. Así, se ha entendido que la posible prohibición de celebrar matrimonio a quien tenga derecho de sucesión no es una limitación de ese derecho constitucional, sino, en su caso, de los propios derechos sucesorios, ya que el matrimonio puede en todo caso celebrarse. Pero parece que la restricción o el condicionamiento de este derecho a contraer matrimonio existe en todo caso, y no se produce en los mismos términos para ninguna otra persona. En cuanto al juramento, se ha apuntado que cabría en todo caso promesa, lo que sería más respetuoso con la libertad de ideología y religión del Rey, y seguramente esta interpretación es razonable, pero no es unánime, y choca con el tenor literal de la Constitución. No procede ahora extendernos en estas cuestiones.

además de que, según se viene interpretando, hay que entender ciertas limitaciones implícitas en el ejercicio por el monarca de ciertos derechos fundamentales (el derecho a participar en los asuntos públicos, la libertad de expresión, la libertad de residencia, el derecho de huelga...)<sup>20</sup>.

## 2.2. La "cláusula europea"

La Constitución española de 1978, como es sabido, no contiene ninguna referencia expresa a la realidad supraestatal que hoy denominamos "Unión Europea" (y antes, "Comunidades Europeas" o "Comunidad Europea"). Hay que tener en cuenta que, en el momento de aprobarse nuestra Norma fundamental, España no formaba parte de esta organización. Sin embargo, podía preverse la eventualidad de un futuro ingreso de nuestro Estado en la Comunidad Europea. De hecho, el art. 93 de la Constitución, que permite autorizar mediante ley orgánica la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, estaba pensado especialmente para permitir el futuro ingreso de España en la Comunidad.

Y en efecto, fueron las previsiones de este artículo las utilizadas para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y para la autorización de la ratificación de las sucesivas reformas de los Tratados<sup>21</sup>. Pero la realidad europea ha evolucionado precisamente con estas reformas del Derecho originario, y en particular existe ya un texto que se autodenomina "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa"<sup>22</sup>. Podría considerarse si las previsiones del art. 93 de la Constitución debieran ser adaptadas a esta nueva realidad, tanto desde el punto de vista de la organización institucional, como, sobre todo, del sistema de fuentes. En este sentido, la propuesta actual de reforma constitucional incide en este punto, de manera que el discurso de investidura del actual Presidente del Gobierno, en el

20. Al respecto, véase por ejemplo Enrique Belda, *El poder del rey...*, cit., pág. 293.

21. Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas; Ley Orgánica 4/1986, de 26 de noviembre, para la ratificación del Acta Única Europea; Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre, para la Ratificación del Tratado de la Unión Europea; Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, para la ratificación del Tratado de Ámsterdam; Ley Orgánica 3/2001, de 28 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Niza. En el momento de escribir estas líneas, y tras la aprobación en referéndum, está pendiente la aprobación de la correspondiente Ley Orgánica para la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Hay que tener en cuenta además las Leyes Orgánicas aprobadas para autorizar la ratificación de los Tratados por los que se incorporan nuevos Estados: Ley Orgánica 20/1994, de 29 de diciembre, y Ley Orgánica 12/2003, de 24 de octubre.

22. Existe ya una incipiente bibliografía en castellano sobre este texto. Quiero destacar en particular los trabajos incluidos en los tres volúmenes de los *Comentarios a la Constitución Europea*, dirigidos por Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

momento de anunciar las reformas previstas, afirma que "queremos que la Constitución española incorpore a su texto una referencia a la próxima Constitución europea"; y, por su parte, la petición de informe al Consejo de Estado alude a la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea<sup>23</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista de la reforma de nuestra Constitución, la Unión Europea plantea en realidad dos cuestiones: en primer lugar, si resulta jurídicamente necesaria la reforma constitucional para permitir la ratificación de la Constitución europea; en segundo término, si la reforma de nuestro texto fundamental resulta conveniente.

La primera cuestión se refiere básicamente a si es compatible el principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el de los Estados miembros en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a aquélla (art. I-6 del Tratado de la Constitución europea), con el de supremacía de la Constitución española (derivado, entre otros, del art. 9.1)<sup>24</sup>. A la misma ha respondido ya el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, señalando que no existe contradicción alguna entre nuestra Norma fundamental y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y que el artículo 93 de nuestra Constitución es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado a dicho tratado. Con esta Declaración la cuestión puede considerarse zanjada desde la perspectiva de qué es lo que jurídicamente procedía hacer antes de ratificar el Tratado de la Constitución europea, teniendo en cuenta que la decisión procede del "intérprete supremo" de la Constitución, y tiene carácter vinculante. Pero no cabe ignorar que las opiniones jurídicas en sentido contrario no eran pocas, ni mucho menos carentes de fundamentación.

No procede, en el contexto de este trabajo, realizar un análisis detenido de esta Declaración del Tribunal Constitucional<sup>25</sup>. Baste apuntar que la misma se

23. En concreto, la consulta elevada por el Gobierno pide al Consejo de Estado que se pronuncie sobre: "1) El modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción de la Unión. 2) La formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes. 3) La eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los Tratados de la Unión Europea, pronunciándose en tal caso, sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de la misma".

24. Como cuestión más específica, se plantea también la posible incompatibilidad con el art. 10.2 de la Constitución Española de los artículos II-111 y II-112 del Tratado de la Constitución para Europa, en concreto por los posibles problemas de constitucionalidad de una Carta de Derechos que actuará también como parámetro determinante de la configuración de nuestros derechos y libertades, en virtud de nuestro artículo 10.2. No podemos profundizar en esta cuestión en el contexto de este trabajo.

25. Al respecto, me remito al comentario específico que realizo sobre la misma en *Repertorio*

fundamenta, en esencia, en la diferencia entre los conceptos de primacía y supremacía. Esta última, predicable de la Constitución española, se sustenta, según el Tribunal Constitucional, "en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla"; en cambio, la primacía, predicable del Derecho de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta, "no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas". Añade el Tribunal que "toda supremacía implica, en principio, primacía (...), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación (...) que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida" en el art. 93 de nuestra Constitución<sup>26</sup>. En suma, para el Tribunal Constitucional, la supremacía de la Constitución española es compatible con la primacía del Derecho de la Unión, limitada a su ámbito competencial, en tanto en cuanto la propia Norma suprema permite su propio desplazamiento o inaplicación en su artículo 93.

A mi juicio, esta tesis es susceptible de diversas críticas, desde otros puntos de vista, y resulta contradictoria con el argumento según el cual el artículo 93 de la Constitución permite transferir competencias a otros sujetos, pero no modificar implícitamente la Constitución. En esta línea de argumentación pueden apuntarse, además de ciertas opiniones doctrinales, al menos las siguientes fuentes:

a) La primera Declaración emitida por el Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, con fecha 1 de julio de 1992, parece bastante clara a la hora de afirmar que el artículo 93 de la Constitución permite transferir a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la misma, pero no la ratificación de normas derivadas de esas organizaciones, que contradigan nuestra Constitución<sup>27</sup>.

*Aranzadi de Tribunal Constitucional* (en prensa).

26. Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, FJ 4.

27. Textualmente afirmó el Tribunal en la Declaración 1/1992, de 1 de julio, FJ 4: "El artículo 93 permite atribuciones o cesiones para "el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución" y su actualización comportará -ha comportado ya- una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (...)" Pero "tampoco el art. 93 de la Constitución se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la "reforma implícita o tácita" constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del tratado, de los imperativos constitucionales".

b) El dictamen del Consejo de Estado, previo a la consulta elevada por el Gobierno al Tribunal Constitucional, si bien no se pronuncia de manera taxativa, sí advierte claramente de la "posible discordancia" entre la Constitución española y la europea en lo que afecta al principio de supremacía de la Constitución española<sup>28</sup>. Por lo demás, el propio Presidente del Consejo de Estado, en alguna conferencia anterior a la Declaración del Tribunal Constitucional, había sido más contundente a la hora de afirmar esa contradicción, decantándose expresamente por una reforma del art. 93 en la línea de lo previsto en el art. 23 de la Ley Fundamental de Bonn, estableciendo en el mismo un procedimiento similar al de la reforma ordinaria de la Constitución, y permitiendo expresamente que por esta vía se reforme o adicione nuestra Ley Fundamental<sup>29</sup>.

c) Conviene tener en cuenta que la propia Declaración 1/2004 contiene varios votos particulares discrepantes, que no comparten la idea de la compatibilidad entre la Constitución europea y la española, defendiendo más bien la necesidad de la reforma de ésta última antes de proceder a la ratificación de la Constitución europea<sup>30</sup>.

Con independencia de los argumentos jurídicos apuntados, quizá no está de más recordar el contexto en el que se produce la Declaración de 13 de diciembre de 2004. En efecto, en esta fecha se conoce y queda clara la intención del Gobierno de iniciar una reforma de la Constitución que afectará sin duda a este punto y, por otro lado, ya está convocado un referéndum para el 20 de febrero de 2005, sobre la ratificación del Tratado de la Constitución europea. Desde la fecha en la que se pronuncia el Tribunal Constitucional hasta la del referéndum, difícilmente habría tiempo para culminar una reforma constitucional que afectase a este aspecto, de modo que la eventual afirmación, por parte del Tribunal Constitucional, de que la Constitución europea era incompatible con la españo-

28. Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, expediente núm. 2544/2004.

29. Francisco Rubio Llorente, *La necesidad de la reforma constitucional*, cit., se pronuncia claramente sobre la necesidad de reformar la Constitución en este punto, afirmando explícitamente que "hay medidas que sólo en el plano constitucional cabe adoptar", y más adelante, en relación al principio de primacía del Derecho de la Unión, indica que "se hace difícil entender que al aceptar esta estipulación, el Estado español se esté limitando a atribuir a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la actual Constitución".

30. Entre ellos quiero destacar el de Javier Delgado Barrios, que me parece bastante claro y convincente a la hora de demostrar que el art. 93 de la Constitución permite una modificación subjetiva en lo que atañe al ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, pero no habilita en modo alguno al desplazamiento de la Constitución por el Derecho de la Unión.

la, hubiera implicado muy probablemente que el referéndum se habría realizado en relación con una norma cuya incompatibilidad con la Constitución española estaría declarada y no subsanada. Si bien jurídicamente ello era posible, pues el referéndum tuvo carácter consultivo y la ratificación habría de producirse posteriormente, políticamente esta situación habría resultado cuando menos inadecuada. Creo que es procedente recordar estas circunstancias, aunque no sean estrictamente jurídicas, pues de lo contrario actuaríamos quizá como el anónimo "jurista persa" al que en su día hizo famoso el profesor Cruz Villalón<sup>31</sup>.

En todo caso, y una vez resuelta en un sentido negativo (con mayor o menor acierto) la cuestión de la necesidad jurídica de reformar nuestra Constitución para ratificar la Constitución europea, queda el aspecto de la posible conveniencia, en todo caso, de reformar la Constitución para introducir en la misma la denominada "cláusula europea". A mi juicio, esta conveniencia no puede ser mayor. Ello por varios motivos:

1) En primer lugar, los cambios producidos en los tratados europeos en el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Constitución española, y desde el ingreso de España en las Comunidades Europeas, son suficientemente significativos como para que esa realidad europea merezca al menos una mención expresa en la Constitución española. En efecto, las Comunidades Europeas de 1986 no son la misma Unión Europea del siglo XXI que se dota a sí misma de un texto que, si bien formalmente es un tratado internacional, se autodenomina "Constitución", y desde luego su contenido básico (principios fundamentales, regulación de los órganos básicos, fuentes, carta de derechos fundamentales) coincide básicamente con el que es propio de los textos así denominados, aparte ya de la proclamación de su primacía, como la de todo el Derecho de la Unión, sobre el Derecho de los Estados miembros. Con todos los matices que se quieran apuntar, y con las diferencias que se puedan señalar respecto a otros procesos históricos, lo cierto es que estamos ante un proceso "de corte federalizante", o que al menos apunta claramente en esa línea, y en este contexto parece difícil justificar que la Constitución española ignore por completo la realidad de una organización supraestatal cuyas normas se imponen a las del Estado español, incluida nuestra propia Ley fundamental. Si ya el Tratado de la Unión Europea supuso un cambio de entidad suficiente para justificar una reforma de relevancia en Constituciones como la francesa o la alemana en la línea de reconoci-

31. Saco ahora de su contexto la expresión que ha hecho ya fama, tomada de Pedro Cruz Villalón, "La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 4 (monográfico), 1981.

miento de la realidad europea, y del valor de sus tratados constitutivos (mientras en España nos limitábamos a una pequeña corrección de detalle), las reformas posteriores operadas por los Tratados de Ámsterdam, Niza, y ahora por el Tratado de la Constitución europea, vienen a hacer ya inaplazable el reconocimiento expreso de las instituciones europeas, de su normativa, y la articulación de ésta con el Derecho español, basada en el principio de primacía.

2) Porque, en segundo lugar, aunque se admitiera la compatibilidad jurídica entre la Constitución española y la europea en el sentido apuntado por el Tribunal Constitucional, lo cierto es que parece difícil ignorar que el análisis de las fuentes del Derecho es distinto, y no coincidente, desde la perspectiva del Ordenamiento constitucional español, y la del europeo. En efecto, los tratados constitutivos y la propia Constitución europea son tratados, y para el Derecho constitucional español éstos están sometidos, sin excepción, a la superior jerarquía de nuestra Norma fundamental (arts. 95 y 96 de la Constitución), y el propio hecho de que estén sometidos a control de constitucionalidad utilizando como parámetro nuestra Constitución pone de relieve que ésta prevalece en todo caso sobre ellos (aun cuando exista, obviamente, la posibilidad de reformar nuestra Constitución para "adecuarla" al tratado y así ratificar éste). En cambio, desde la perspectiva del Ordenamiento europeo, lo único que se establece -ahora expresamente en la Constitución europea- es la primacía de este ordenamiento sobre los estatales (aunque se predique sólo en el ámbito competencial de la Unión), incluyendo las Constituciones de los Estados miembros, a las que no se reconoce supremacía alguna. Y aunque esta primacía pudiera considerarse jurídicamente compatible con nuestra Constitución, lo cierto es que ésta puede resultar desplazada -e inaplicada en los supuestos que proceda- por la aplicación de la Constitución europea, y no deja de resultar inadecuado que ello se produzca sin que exista ningún pronunciamiento o reconocimiento expreso en nuestra Norma fundamental.

Por tanto, aun cuando se aceptasen los argumentos dudosos del Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad entre ambos textos, parece muy conveniente la reforma de la Constitución para introducir algún tipo de "cláusula europea". Ahora bien, admitiendo que esa reforma no es algo imprescindible jurídicamente, se abren muchas opciones y posibilidades de articular la futura redacción de esa cláusula, desde la simple mención expresa de la Unión Europea y su Constitución, a la revisión, corrección o modificación del procedimiento previsto en el art. 93 de la Constitución para la ratificación de ciertos tratados internacionales, el reconocimiento expreso del principio de primacía del Derecho de la

Unión, la articulación del papel de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad estatal en lo que atañe a asuntos europeos que afecten a sus competencias, o a la propia ejecución, en su caso, de normativa comunitaria por las Comunidades Autónomas, etc. Y, desde luego, estas opciones no son necesariamente alternativas, sino que podrían acumularse, contemplando los diversos problemas constitucionales que plantea nuestra pertenencia a la actual Unión Europea y la aplicación de su Ordenamiento.

No es éste el lugar para realizar una propuesta acabada de lo que debería contener la reforma constitucional en este punto, pero creo que la misma debería aunar la necesaria brevedad y carácter sintético que debe estar presente en la regulación constitucional, con la conveniente alusión, al menos, a las siguientes cuestiones: a) la existencia de la Unión Europea y su Constitución; b) el reconocimiento del principio de primacía del Derecho de la Unión en el ámbito propio de sus competencias; c) el procedimiento para la ratificación de las modificaciones del Tratado de la Constitución europea, y la previsión de si el mismo permite la ratificación de un texto que pueda modificar o añadir nuestra propia Constitución (lo que implicaría seguir, como mínimo, el procedimiento ordinario de reforma constitucional para autorizar esa ratificación); d) la mención del papel de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos que les afecten, tanto en la llamada "fase ascendente" como en la "fase descendente".

En esta línea, puede constituir una referencia interesante la reforma del artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn operada en 1992 para reconocer y regular las cuestiones relativas a la Unión Europea, sin que ello implique que deba copiarse ese modelo, pues en todo caso sería conveniente una adaptación y actualización de una cláusula de este tipo<sup>32</sup>.

Queda, en fin, la cuestión de cuál debería ser el artículo o artículos afectados por esta reforma. En tanto en cuanto la Constitución europea está contenida en un tratado, y actualmente es el art. 93 el que regula la ratificación de este tipo de tratados internacionales, éste debería reformarse probablemente. Pero, por otro lado, si se han de introducir aspectos relativos a la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos, el lugar idóneo sería el título

32. Francisco Rubio Llorente, en *La necesidad de la reforma constitucional*, op. cit., se pronuncia por la conveniencia de introducir una cláusula que exija para la ratificación de los tratados europeos la misma mayoría que para la reforma de la Constitución por el procedimiento ordinario, eximiendo a cambio a tales tratados del control de constitucionalidad, salvo en lo que afectase a su posible incompatibilidad con los preceptos de nuestra Constitución que es necesario reformar por la vía del art. 168.

lo VIII (sin descartar tampoco que se aproveche a estos efectos la reforma de los artículos dedicados a la regulación del Senado). Y en fin, teniendo en cuenta el verdadero significado del proceso de integración "federalizante" en el que estamos inmersos, desde el punto de vista de la trascendencia que debe darse a las cuestiones que han de regularse, que afectan a principios básicos de nuestro sistema político-constitucional y a la propia regulación de las fuentes, el lugar más adecuado para la "cláusula europea" sería quizá el título Preliminar de la Constitución. A mi juicio, si se pretende incluir una cláusula que aborde todas las cuestiones apuntadas, y que vaya más allá del carácter simbólico de la mención a la Unión Europea, la opción del título Preliminar sería la mejor<sup>33</sup>.

### 2.3. El Senado

Desde hace ya bastantes años parece existir un acuerdo bastante generalizado en el ámbito doctrinal, e incluso en el político, en el sentido de que la actual configuración constitucional del Senado no responde, ni en su composición ni en sus funciones, a la idea de una Cámara territorial que permitiera la representación de los entes dotados de autonomía política, esto es, de las Comunidades Autónomas<sup>34</sup>. Por lo demás, los intentos de adecuar la regulación del Senado a esas funciones por la vía de la reforma del Reglamento del mismo, se han demostrado insuficientes<sup>35</sup>.

En estas circunstancias, la reforma de la Constitución en lo que afecta a la regulación del Senado no puede resultar más oportuna, y sólo el contexto reacio

33. El artículo 93 podría también ser reformado, o bien mantenerse como está si la regulación específica para los tratados europeos se incluyera en el Título Preliminar, dejando de este modo al art. 93 para otras posibles organizaciones internacionales.

34. Por lo que se refiere a las posiciones doctrinales, pueden mencionarse, entre otros muchos trabajos que abordan la cuestión de la reforma constitucional en el ámbito del Senado: Francisco Fernández Segado, "Reflexiones en torno a la reforma constitucional del Senado", en *Revista de Derecho Político*, núm. 42, 1996; Ángel Garrorena Morales, "Una propuesta para la reforma constitucional del Senado", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, 1995; Diego López Garrido, "Hacia un nuevo Senado: propuesta de reforma constitucional", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 33, 1994; Manuel Martínez Sospedra, "Los obstáculos a la reforma del Senado: falsos y verdaderos", en *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992; José Antonio Portero Molina, "Contribución al debate sobre la reforma del Senado", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995; Juan José Ruiz Ruiz, "La reforma constitucional del Senado en España. Adecuación a los principios de forma de gobierno parlamentaria bicameral", en *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; Xavier Arbós, "El Senado. Marco competencial y propuestas de reforma", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 24, 1992; J. Mario Bilbao Arrese, "La reforma constitucional de la composición del Senado", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 33, 1994; VV. AA., *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, Madrid, 1996; VV. AA., *La reforma del Senado, Centro de Estudios Constitucionales-Senado*, Madrid, 1994.

35. Puede mencionarse especialmente la reforma del Reglamento del Senado de 11 de enero de 1994, que creó la Comisión General de las Comunidades Autónomas.

a cualquier reforma constitucional que ha reinado en los últimos años, y al que aludíamos al principio de este trabajo, puede explicar que la misma no se haya iniciado ya con anterioridad.

Con todo, el hecho de que exista acuerdo sobre la inadecuación de la actual regulación constitucional del Senado, e incluso sobre la conveniencia de reformar la misma, no significa que ese mismo acuerdo se reproduzca a la hora de perfilar las características que habría de tener la nueva regulación, al menos en sus líneas generales. En este sentido, las opiniones doctrinales y políticas son muy variadas, y no existe, en el momento de escribir estas líneas, una postura más o menos "oficial" sobre el sentido en el que debe ir la reforma. Por lo demás, los modelos existentes en el Derecho Comparado, como es conocido, son también variados, y tampoco parece que los mismos puedan importarse sin tener en cuenta las peculiaridades de la organización territorial española. Por tanto, en el momento actual, la situación respecto a la reforma del Senado podría resumirse diciendo que hay acuerdo en que "algo hay que hacer", pero no en "qué es lo que hay que hacer".

En cualquier caso, y como he apuntado, parece claro que la reforma debe afectar tanto a la composición como a las competencias y funciones del Senado, para que éste represente realmente a las Comunidades Autónomas, y pueda actuar como tal. A partir de ahí, todo lo demás parece más dudoso.

En lo que afecta a la composición, ciertamente el Senado debe representar a las Comunidades Autónomas, pero ¿sólo a ellas, o también a otras entidades territoriales dotadas de autonomía?; ¿la representación de las mismas debe ser igualitaria, o han de tenerse en cuenta factores poblacionales y/o los "hechos diferenciales" propios de cada Comunidad? Y por otro lado, ¿cuál debe ser la forma de elección de los senadores? ¿directamente por el pueblo, como hasta ahora los elegidos en circunscripciones provinciales? ¿o más bien por los Gobiernos autonómicos, o por las Asambleas de las Comunidades? Pudiendo incluso imaginarse fórmulas mixtas, que compaginen varias representaciones.

Por lo que se refiere a sus funciones como Cámara de representación territorial, parece claro que la idea central que debe presidir la reforma es el pasar de una "Cámara de segunda lectura" supeditada siempre en última instancia al Congreso, a una Cámara que ostente un peso específico en lo que atañe a cuestiones territoriales o de interés para las Comunidades Autónomas. Pero también a partir de aquí existen diversas posibilidades para articular este principio.

Habría que dotarle de funciones que le permitieran constituir un verdadero lugar de encuentro en cuestiones autonómicas, con capacidad de adoptar decisiones y acuerdos en todos estos aspectos. De esta manera vendría a colmar el hueco, hoy deficientemente cubierto, de un órgano institucional permanente y estable capaz de abordar los debates y llegar a los acuerdos que procedan en ese ámbito. Pero además, puede seguir interviniendo en todo procedimiento legislativo como hasta ahora, o sólo en aquéllos que afecten a cuestiones territoriales o intereses autonómicos y, en cualquiera de las dos hipótesis, existen diversas fórmulas para reforzar su papel en esos temas: inicio de ciertos procedimientos en el Senado, papel realmente co-decisorio del mismo, o incluso con cierta prevalencia de sus decisiones en algún supuesto... Y, en todo caso, estaría pendiente una adecuada definición de cuáles serían los asuntos en los que el Senado vería reforzadas sus funciones, pues la mera referencia al ámbito autonómico es obviamente demasiado ambigua e imprecisa.

No procede en este lugar realizar una propuesta detallada de cómo debiera articularse la reforma constitucional del Senado. Pero cabría al menos apuntar las que, a mi juicio, serían las líneas fundamentales a tener en cuenta. Por lo que se refiere a su composición, los senadores deberían representar y ser elegidos por las Comunidades Autónomas, de una forma igualitaria desde el punto de vista institucional. En cuanto a las posibles formas de designación, en mi opinión quizá la más adecuada sea la que hace proceder a los senadores de los Gobiernos autonómicos, actuando como representantes de éstos, pues de esta forma pueden conocer y representar mejor la postura oficial de las Comunidad Autónoma sobre los diversos temas. Una designación por las Asambleas autonómicas daría sin duda un carácter más plural a los senadores designados por cada Comunidad, pero podría hacer perder la opción de representar unitariamente la postura de la Comunidad Autónoma en los diversos temas. La elección popular, que desde luego otorga una mayor legitimidad democrática directa a los senadores, hace difícil en cambio el que la Comunidad Autónoma sea a estos efectos algo más que una circunscripción electoral. Por tanto, y aunque caben, desde luego, fórmulas mixtas, la idea central en la composición del Senado debería ser la representación institucional e igualitaria de todas las Comunidades Autónomas a través de sus Gobiernos. Ello no obsta para que, en los asuntos que procediera, pudiera utilizarse el voto ponderado.

Y en lo que se refiere a las funciones, mi opinión es que el Senado debe adoptar básicamente un doble papel:

a) Por un lado, constituir un foro de encuentro y debate permanente entre los Gobiernos autonómicos, que les permita llegar a acuerdos sobre cuestiones de su común interés. En este ámbito debería incluirse expresamente su participación en la formación de la voluntad del Estado para aquellos asuntos europeos que afecten a las Comunidades Autónomas.

b) Por otro lado, participar en la función legislativa en aquellos temas que afecten a la estructura territorial del Estado o a las competencias autonómicas. Pero en estos aspectos debiera tener un carácter realmente co-decisorio y no supeditado al Congreso como hasta ahora, lo que implicaría una revisión total del procedimiento legislativo, evitando que el Congreso tenga en todo caso la última palabra y su decisión prevalezca sobre la del Senado. Entre estas cuestiones debe incluirse también la propia reforma constitucional.

#### **2.4. Las Comunidades Autónomas**

En el ámbito de la estructura territorial y el llamado "modelo autonómico", las propuestas de reforma de la Constitución han sido muy variadas desde hace bastantes años, tanto en el terreno doctrinal como en el político. En efecto, el difícil consenso alcanzado para la aprobación de la Norma fundamental en 1978 ha sido para algunos rápidamente superado o no se considera hoy válido o actual, de modo que estamos seguramente ante el aspecto más polémico de cuantos contiene la Constitución. Así, han podido encontrarse propuestas de reforma que van desde la implantación de un Estado federal, o bien del llamado "federalismo asimétrico", al reconocimiento de soberanía a las entidades territoriales, pasando por el reconocimiento de la existencia de "naciones" o "comunidades nacionales" dentro del Estado español. En todo caso, estas propuestas parecen difícilmente susceptibles de encontrar un consenso similar al que existió para la aprobación de la Constitución, y de hecho quedarían aparentemente sin el apoyo de los dos grandes partidos de ámbito nacional. Pero pueden también encontrarse otras ideas que, sin abandonar el actual modelo autonómico, inciden en una mayor clarificación de los criterios de distribución competencial, o en la modificación o supresión de preceptos constitucionales que hoy resultan ya inadecuados o inútiles.

De cualquier modo, la propuesta de reforma constitucional del Gobierno en este terreno es mucho más limitada, y en ella nos centraremos, sin entrar en un debate mucho más complejo y profundo sobre otras posibles reformas constitucionales en esta materia. En efecto, dicha propuesta se limita a la mención expresa de las Comunidades Autónomas, modificando en su caso aquellos preceptos

cuya reforma fuera necesaria para reflejar las consecuencias jurídicas de esa mención<sup>36</sup>.

Desde esta perspectiva, la propuesta podría parecer, en una primera impresión, extremadamente simple e inocua. En efecto, la mayor parte de los Estados descentralizados proceden en su Constitución a enumerar las entidades territoriales que conforman el Estado, y podría pensarse que para llevar a cabo esta reforma bastaría incluir un artículo en nuestra Norma fundamental con la mención, de acuerdo con los criterios que se considerasen más oportunos, de las actuales Comunidades Autónomas, sin ningún otro añadido o alteración. Pero dos aspectos vienen a impedir esta aparente sencillez en la reforma: 1) la mención de las Comunidades supone el "cierre" del proceso autonómico y la desaparición del principio dispositivo, al menos en lo que afecta al acceso a la autonomía y a la configuración del "mapa político" del Estado; 2) desde algunas posiciones políticas se ha defendido ya que dicha mención debiera venir acompañada de la condición de "nación" o "comunidad nacional" de algunas de las Comunidades Autónomas.

Respecto a lo primero, como destaca Rubio Llorente, la inclusión en la Norma suprema de una mención del tipo que venimos comentando incide directamente sobre el principio dispositivo reconocido en la Constitución, haciendo incompatibles con el sistema ciertos preceptos del título VIII, lo que obligaría a una reforma en profundidad del mismo, aunque sin que ésta afectase a los que establecen el sistema de delimitación competencial entre las Comunidades y el Estado<sup>37</sup>.

En efecto, a mi juicio esta mención supone el cierre del "mapa autonómico", haciendo inútiles, o acaso perniciosos, los preceptos que regulan precisamente ese acceso a la autonomía (como el 143 o el 151). Por lo demás, la evolución del Estado autonómico ha convertido ciertos preceptos del título VIII en auténticas "disposiciones transitorias" que hoy carecen de sentido, como, en lo que atañe a la distribución competencial, el propio art. 148. Otras menciones más concretas

36. En concreto, la consulta del Gobierno al Consejo de Estado se refiere, en este aspecto, a los siguientes extremos: "1. Qué artículo o artículos de la Constitución son los más idóneos para llevar a cabo esa mención expresa e individualizada de las Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas. 2. Qué criterio o criterios se consideran más adecuados para ordenar su enumeración. 3. Qué consecuencias jurídicas produce la constitucionalización de la existencia de las Comunidades Autónomas en la Constitución y qué preceptos del texto constitucional convendría modificar para reflejarlas".

37. Francisco Rubio Llorente, *La necesidad de la reforma constitucional*, op. cit.

han perdido también su sentido, como la referencia del artículo 137 a las Comunidades Autónomas "que se constituyan". Con todo, existen otros aspectos que no son consecuencia necesaria o lógica de esta mención de las Comunidades, pero que podrían en todo caso abordarse en esta reforma, dependiendo de la voluntad política que existiera al respecto:

a) La reforma del artículo 2, en lo que se refiere al "derecho a la autonomía". Desde luego, quizá lo más acorde sería referirse al "principio de autonomía" puesto que el derecho, como tal, ya ha resultado ejercido -al menos en cuanto al acceso y constitución de las Comunidades Autónomas-, pero estrictamente no parece imprescindible esta reforma.

b) Hay que tener en cuenta que el "cierre del mapa autonómico" implica la imposibilidad de alterar el mismo, en el futuro, sin acudir a la reforma constitucional. Si, como parece, es esto lo que se desea, no es necesaria ninguna previsión adicional, pero en otro caso sería necesario regular el procedimiento previsto para la eventual alteración de los actuales límites de las Comunidades Autónomas.

c) Ha de determinarse si el principio dispositivo, que desaparecería en lo que se refiere al acceso a la autonomía, se mantiene en cambio en lo que atañe a la asunción de nuevas competencias por las Comunidades. Si es así, bastaría en el futuro para esta incorporación la reforma de los Estatutos (o la utilización de alguno de los instrumentos del art. 150 de la Constitución) para la ampliación del "techo competencial" de las Comunidades. En otro caso, debiera preverse expresamente este "cierre" del principio dispositivo también en el ámbito de la asunción de competencias, asignando definitivamente a las Comunidades las competencias no reservadas al Estado. Pero no parece que sea éste el propósito de la reforma anunciada.

En cuanto al segundo aspecto antes apuntado, es decir, la propuesta de algunos sectores políticos en el sentido de incluir, en la mención de las Comunidades Autónomas, su condición, en su caso, de "nación" o "comunidad nacional", mi opinión al respecto es que no sería adecuada esta referencia, y ni siquiera la de cuáles, entre las Comunidades Autónomas, se consideran "nacionalidades" de acuerdo con la terminología del actual art. 2. Por un lado, el término "nación" (del que puede considerarse sinónima la expresión "comunidad nacional") está constitucionalmente reservado, en la actualidad, a la Nación española (preámbulo y artículo 2), con lo que supondría una contradicción interna utilizar la

misma palabra para referirse a determinadas Comunidades Autónomas. Por lo demás, sería preciso establecer cuáles son las consecuencias constitucionales de esta calificación, así como determinar con precisión cuáles merecen la misma, lo que parece particularmente difícil, e implicaría abrir un complejo debate sobre el que no parece posible el consenso. Y otro tanto cabría decir de la calificación expresa de ciertas Comunidades como "nacionalidades". Si bien es cierto que la actual redacción del art. 2 distingue entre "nacionalidades y regiones"<sup>38</sup>, ningún otro precepto constitucional establece consecuencias jurídicas de ningún tipo, que pudieran aparejarse a la condición de "nacionalidad", con lo cual, la calificación expresa de ciertas Comunidades como "nacionalidades" implicaría determinar, en la propia Constitución, cuáles son las consecuencias de dicho calificativo, salvo que se quisiera dotar simplemente de un carácter simbólico al mismo. Pero aun en este caso, persistiría el complejo debate sobre cuáles merecen esa denominación.

Por tanto, parece que la reforma en este punto debe limitarse a la mención de las Comunidades Autónomas, más Ceuta y Melilla, y la supresión o adaptación de aquellos preceptos constitucionales que en 1978 regulaban, hacia el futuro, la constitución de las Comunidades y el acceso a la autonomía. Quedarían aún, no obstante, dos aspectos más que deberían determinarse:

1) En qué precepto debe contenerse esa mención. Al respecto, las posibilidades se reducen, creo, al título VIII o al Preliminar. Siendo ambas opciones razonables y aceptables, me inclinaría más bien por el título Preliminar, por el mayor carácter solemne y simbólico que se daría así a la enumeración. En este sentido, el artículo 2 podría ser buena ubicación, quizá en un segundo apartado, aunque ya he expresado que el resto de este artículo debiera mantenerse tal como está redactado ahora, quizá sustituyendo "derecho a la autonomía" por "principio de la autonomía".

2) Qué criterio debe seguirse en la enumeración. Aquí existen muy numerosas opciones (histórico-cronológico, alfabético, geográfico...) si bien, en mi opinión, el criterio preferible es el alfabético, al resultar más "neutro" y no dar ningún tipo de preferencia o mayor importancia a unas Comunidades sobre otras. La lista debería cerrarse, en todo caso, con la mención de Ceuta y Melilla, por la especial condición de estas Ciudades Autónomas.

38. Es amplia la bibliografía sobre el particular, pero quiero destacar el magnífico trabajo de Roberto Blanco Valdés, "Nacionalidades históricas y regiones sin historia", en *Parlamento y Constitución*, núm. 1, 1997, págs. 33 y ss.

### *3. Cuestiones procedimentales*

Una vez analizadas, aunque sea de forma somera, las diversas cuestiones incluidas en la actual propuesta de reforma constitucional, procede hacer una referencia, igualmente breve, a algunas cuestiones procedimentales que pueden plantearse al respecto. Éstas vienen referidas al "cómo" y al "cuándo" de la reforma constitucional.

En lo que atañe al primer aspecto, la cuestión está en determinar cuál es el procedimiento adecuado para llevar a cabo estas reformas. Si consideramos aisladamente cada una de ellas, encontramos que hay una que necesariamente debe seguir el procedimiento agravado del art. 168 (la relativa a la sucesión en el trono), otra que, si se llevase de forma aislada, iría por el procedimiento ordinario (la que afecta al Senado), y en fin, otras dos que podrían ir por uno u otro procedimiento en función de dónde se ubicasen ciertos artículos reformados o introducidos en la Constitución (la mención de las Comunidades Autónomas y la "cláusula europea").

Ahora bien, comoquiera que aparentemente se quieren tramitar simultáneamente todas las reformas, la cuestión es si ello puede hacerse por un único procedimiento, que en tal caso debiera ser, obviamente, el agravado (pues como acabo de apuntar alguna de ellas no es en modo alguno susceptible de llevarse a cabo mediante un procedimiento ordinario). Para responder afirmativamente a esta cuestión, cabría esbozar dos argumentos: 1) que la entidad del conjunto de las reformas, o incluso la trascendencia de alguna de ellas, las hace equiparables a una reforma global de la Constitución, incluida en los supuestos del art. 168; 2) que, en todo caso, el procedimiento agravado puede utilizarse también cuando se tramiten simultáneamente reformas que requieren este procedimiento y otras que, aisladamente consideradas, requerirían el ordinario, considerando que esa tramitación conjunta hace que se pueda hablar de una única reforma que, al afectar a preceptos que requieren procedimiento agravado, debe llevarse por esa vía.

El primero de los argumentos apuntados me parece dudoso, pues creo que el Constituyente, al referirse en el art. 168 a la "revisión total" de la Constitución, estaba pensando más bien en una reforma que conllevara un nuevo texto constitucional y no en la importancia o trascendencia de la reforma emprendida. Y ello porque el mismo precepto se refiere luego como "reforma parcial" a aquéllas que afectan a determinados títulos que el Constituyente ha considerado especialmente trascendentes. Luego las restantes, que no conllevan globalmente un nuevo texto constitucional, y no afectan a los títulos o capítulos expresamente

mencionados en el art. 168, son reformas parciales susceptibles de tramitarse por la vía del 167, con independencia de su trascendencia.

En cambio, el segundo argumento apuntado me parece más convincente pues, si la reforma de varios preceptos se tramita simultáneamente, estamos hablando, desde esa perspectiva procedimental, de una reforma que afecta a varios preceptos. Y si uno de ellos requiere procedimiento agravado, toda la reforma podrá llevarse por esta vía, que requiere como sabemos mayorías más cualificadas y procedimientos más complejos. Porque en sentido propio es "una reforma" que afecta a uno de los títulos protegidos. Eso sí, es importante destacar que aquellos preceptos que resulten reformados y no pertenezcan a los títulos o capítulos mencionados en el art. 168, podrán ser de nuevo reformados en el futuro por la vía ordinaria, si se modifican aisladamente. Lo contrario supondría introducir una especie de "congelación" o superrigidez de ciertos preceptos no incluidos en el art. 168, y en definitiva una reforma implícita de éstos.

Por lo que se refiere al "cuándo" de la reforma, huelga decir que el Constituyente es libre de decidir el momento en el que la misma debe llevarse a cabo. Tratándose de un procedimiento agravado, es posible que la primera aprobación de la reforma se produzca hacia el final de la presente Legislatura, ya que posteriormente ha de procederse a la disolución de las Cortes. En todo caso, hay que mencionar dos aspectos que plantean alguna cuestión de interés:

1) Desde un punto de vista lógico, parece preferible reformar antes la Constitución que los Estatutos de Autonomía, pues aquélla es el parámetro de éstos. Todo apunta a que en algunos casos va a suceder justamente al revés, lo cual podría plantear dificultades, futuros supuestos de "inconstitucionalidad sobrevenida" o, a la inversa, Estatutos que nacen disconformes con la redacción de la Constitución (y por tanto serían inconstitucionales), pero en el futuro podrían ser conformes a la nueva redacción de la Norma fundamental. En la práctica, este orden temporal de las reformas no supondrá mayor dificultad siempre y cuando la reforma constitucional no altere el parámetro de los aspectos que se van a modificar en algunos Estatutos. Dado que lo anunciado en este ámbito se refiere sólo a la mención de las Comunidades y a las consecuencias necesarias de dicha mención, parece que las reformas estatutarias ahora en curso deben considerar, a efectos sustanciales, que el parámetro o límite último con el que deben contar es el actual texto constitucional, al menos en lo referido al ámbito competencial, a los principios fundamentales del Estado autonómico, y a la regulación de la lengua cooficial.

2) En lo que atañe a la sucesión en el trono, ha quedado claro que cualquier reforma no afectará a la situación y los derechos del actual Príncipe de Asturias, pero, ¿qué sucedería si la reforma se aprueba una vez que el Príncipe de Asturias haya tenido descendencia?. En realidad, la duda vendría a producirse sólo si los hijos nacidos son, por este orden, mujer y varón, y sólo después de estos dos nacimientos se aprueba la reforma. En tal caso, la misma afectaría a derechos sucesorios adquiridos de acuerdo con la actual Constitución por el descendiente varón, y por lo tanto, de pretender su aplicación a esa generación, constituiría una norma "restrictiva de derechos", cuya retroactividad está prohibida por el art. 9.3 de la Constitución<sup>39</sup>. Esto nos llevaría al problema de la posible inconstitucionalidad material de la reforma, de gran complejidad e imposible de abordar aquí. Desde luego, puede entenderse que, en nuestro sistema constitucional, el poder de reforma, como Poder Constituyente Constituido, carece de límites materiales y por lo tanto puede disponer una cierta aplicación retroactiva de la reforma<sup>40</sup>, pero en todo caso volveríamos a introducir una excepción constitucional a un principio general establecido en la propia Carta Magna, tal y como ahora sucede en el art. 57.1 respecto a la igualdad. Lo preferible será, en todo caso, que el iter temporal de los acontecimientos no haga necesario plantearse la cuestión a efectos prácticos.

39. Dado que estos derechos sucesorios existen por el nacimiento en ciertas condiciones, me parece que tal retroactividad existiría, al menos en cierto grado. Por lo demás, la postergación en el orden sucesorio parece que puede considerarse "restricción de derechos" a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución.

40. Por lo demás, conviene apuntar que difícilmente la hipótesis contemplada podría plantearse en la práctica ante el tribunal Constitucional, dado que este no tiene entre sus competencias el control de constitucionalidad de la reforma constitucional. En efecto, ni la Constitución ni su Ley Orgánica le encomiendan esta función, que por cierto tampoco es asumida por ningún otro órgano del Estado, ni por motivos materiales ni por motivos procedimentales. Es importante destacar que esto significa que no existe en nuestro sistema garantía jurídica de que la reforma se lleva a cabo por el procedimiento constitucionalmente prescrito (ni tampoco de que no contradice otros preceptos constitucionales no modificados). Y ello tiene trascendentales consecuencias, ya que el poder de reforma, que por definición es el poder de modificar la Constitución con sometimiento a los límites y procedimientos que ésta establece, se convierte en la práctica en un verdadero y pleno Poder Constituyente, y por lo tanto ilimitado, pues no existe garantía jurídica ni sanción para el caso de incumplimiento de los preceptos constitucionales relativos a la reforma (o de cualquier otro). Pero este complejo tema puede quedar, si llega el caso, para algún otro trabajo específico.



# UNA VISIÓN SOBRE LA POSIBLE REFORMA DEL TÍTULO VIII DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

*M<sup>a</sup> Isabel Álvarez Vélez*

*Profesora Propia Ordinaria de Derecho Constitucional  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

*M<sup>a</sup> Fuencisla Alcón Yustas*

*Profesora Propia Agregada de Derecho Constitucional  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

## SUMARIO

- 1. Planteamiento general.*
- 2. Breve evolución constitucional de la organización territorial del Estado español.*
- 3. Propuestas de reforma; ¿Del Estado de las Autonomías al Estado Federal?*
- 4. Conclusiones.*

### *1. Planteamiento general*

Desde su entrada en vigor, tenemos una Constitución democrática que supone "un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente las relaciones entre gobernados y gobernantes están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder"<sup>1</sup>. Ciertamente el texto, fruto del consenso político de los grupos parlamentarios, no constituye la obra de un partido, sino del conjunto de las fuerzas políticas<sup>2</sup>. Esto ha dado lugar a que la Constitución no siga un modelo, sino que ha adoptado diferentes tendencias, uniendo elementos de distintas ideologías y estableciendo principios políticos, sino originales, si escogidos como medios para conseguir los fines propuestos por los constituyentes, especialmente con el objetivo de transformar tanto la estructura de poder como la sociedad, y para instaurar en plenitud un Estado social y democrático de Derecho<sup>3</sup>.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, "la Constitución es nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1"<sup>4</sup>. Siguiendo con la interpretación dada por el Tribunal a la fuerza normativa de la Constitución, hay que destacar que no sólo es la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que también es una norma de ejecución y efectos inmediatos<sup>5</sup>.

La estructura territorial del Estado se establece en el artículo 2 de la Constitución, que proclama los principios esenciales del sistema: unidad, autonomía y solidaridad. Así, sin una definición clara del modelo propuesto, se configura un estructura territorial de naturaleza imprecisa, cuyos elementos quedan regulados en el Título VII del propio texto. Si algo caracteriza a este Título es el "consenso" entre las fuerzas políticas del que surgió la innovadora organización

1. Rubio Llorente, F.: "La Constitución como fuente del Derecho" en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979, pág. 61.

2. Cfr. Varela, S.: "La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional comparado", en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Madrid, 1978, págs. 12 y ss.

3. Gil Cremades señaló que la Constitución contiene elementos de tres ideologías: liberal, democrata-cristiana y socialdemócrata: Gil Cremades, A.: "Las ideologías en la Constitución española de 1978", en Ramírez, M.: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, págs. 81 y ss.

4. STC 80/1982, de 20 de diciembre.

5. STC 22/1984, de 17 de febrero.

territorial, aunque el resultado, según opinión unánime de la doctrina, es un texto "con evidentes lagunas, imprecisiones y ambigüedades, necesarias quizá desde la perspectiva política, pero fuente indudable de tensiones y conflictos a la hora de su interpretación jurídica"<sup>6</sup>. Bien es cierto, que esas imprecisiones y esas ambigüedades se debieron a exigencias del contexto social y político en el que se redactó la Constitución, imprescindibles, por otra parte, para que la nueva construcción del Estado fuera aceptada con un amplio grado de generalidad<sup>7</sup>. Y, también, es cierto que, en un primer momento, existía urgencia en establecer cambios en la organización territorial, que dieran satisfacción a las aspiraciones nacionalistas de determinadas zonas del Estado, evitando a su vez que éstas quedaran al margen del nuevo orden constitucional. Sin embargo, pasado el tiempo, el Título VIII de la Constitución ha dejado de ser una "enorme disposición transitoria que debía ser llenada de contenido a medida que se fueran cumpliendo sus previsiones"<sup>8</sup>.

La previsión de la reforma del texto constitucional es una cláusula que desde los orígenes del constitucionalismo no ha dejado de configurar una parte básica de los textos constitucionales. La revisión o reforma puede ser analizada desde una óptica jurídica o desde una política. Ambos aspectos no siempre van unidos. Esto es, la posibilidad jurídica de revisar un texto constitucional es una previsión que no siempre debe ser utilizada cuando las condiciones políticas no son las adecuadas. Las razones que justifican las modificaciones de un texto constitucional pueden ser varias: bien la necesidad de adaptación a la realidad sometida a continua evolución, bien el envejecimiento de la Constitución por el paso del tiempo o, en su caso, la existencia de lagunas que se detecten a lo largo de su aplicación práctica. Llegado creemos el momento de enfrentarse a las posibilidades de actualizar nuestro texto constitucional.

## ***2. Breve evolución constitucional de la organización territorial del Estado español***

La declaración de la Primera República afloró sentimientos nacionalistas, aún latentes o tímidos, vinculados a influencias federalistas europeas. Estos sen-

6. Cfr. Alonso de Antonio, J. A.: *El Estado Autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa*, vol. I, Madrid, 1986, pág. 272.

7. Martín-Retortillo, S.: "Estudio Preliminar" en Martín-Retortillo, S. y otros: *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1989, pág. 24.

8. Cfr. Torres Muro, I.: *Los Estatutos de Autonomía*, Madrid, 1999, pág. 18.

timientos quedaron reflejados en la redacción del proyecto de Constitución federal de 1873, cuyo artículo 1º enumeraba los Estados de la Nación española<sup>9</sup>. Plasmado este reconocimiento el Proyecto dedicaba el Título XIII a regular su autonomía, que sería completa en el ámbito económico-administrativo y en lo político cuando fuera compatible con la existencia de la Nación. En este sentido, los Estados tendrían la facultad de darse una Constitución política, que no podrá en ningún caso contradecir a la Constitución federal común. Esta declaración reconocía la supremacía del texto constitucional, pero permitía que fueran los Estados miembros de la Federación los que establecieran su fórmula de organización política interna, aún cuando las Constituciones aprobadas por ellos deberían ser sancionadas por las Cortes. También el Título XIII regulaba lo relativo a la distribución de competencias, señalando cuales eran exclusivas del Estado central y permitiendo que las demás, no enumeradas, fueran competencia de los Estados federados<sup>10</sup>.

El fracaso de la Primera República atenuó durante los primeros años de la Restauración las cuestiones regionales, aún cuando la Constitución de 1876 reconocía la organización territorial integrada en provincias y municipios. Sin embargo, comienzan a surgir movimientos separatistas, que se manifestarán en Cataluña y en el País Vasco, fundamentados en "una lengua y una cultura peculiares, en el fuerismo tradicionalista, en el federalismo de la Primera República y, sobre todo, en el proteccionismo arancelario de las industrias respectivas"<sup>11</sup>. Así, la inquietud de algunos territorios llevó a que, desde el Gobierno, se intentara una tímida solución, formulándose una serie de proyectos de regionalización<sup>12</sup>, la mayoría de ellos fracasados, llevándose a la práctica tan sólo, el Real Decreto de 18 de diciembre de 1913 sobre constitución de Mancomunidades, que autorizaba a las Provincias a tener competencias en el ámbito administrativo, y que permitió la creación de la Mancomunidad de Cataluña.

9. El artículo 1 del Proyecto federal de 1873, establecía: "Componen la Nación española los Estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Cuba, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Puerto Rico, Valencia y Regiones Vascongadas. Los Estados podrán conservar las actuales provincias o modificarlas, según sus necesidades territoriales".

10. Señala Sánchez Agesta que son claras "las concomitancias doctrinales de este federalismo con el anarquismo de Proudhon", lo que supuso que este movimiento "claramente desintegrador explotó en el cantonalismo y en movimientos sociales que, tuvieron mucho más de anarquistas que de socialistas". Cfr. Sánchez Agesta, L.: *Historia del Constitucionalismo Español*, Madrid, 1984, pág. 288.

11. Vid. Fernández Segado, F.: *Las Constituciones históricas españolas*, Madrid, 1986, pág. 417.

12. Vid. *La enumeración de los Proyectos de regionalización* en Alonso de Antonio, J. A., op. cit., págs. 95-8.

No será hasta el texto republicano de 1931 cuando los movimientos nacionalistas encontraron respuesta, puesto que tras ciertos enfrentamientos entre parlamentarios, los principios nacionalistas-federalistas y unitarios-nacionalistas, que estuvieron presentes en el proceso constituyente, desembocaron en una solución de compromiso. Así, el artículo 1 de la Constitución afirmaba que la República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los municipios y las regiones<sup>13</sup>.

La regulación constitucional del "Estado integral" que se creaba, permitió la aprobación del Estatuto de Cataluña mediante la Ley de 15 de septiembre de 1932 y del País Vasco por la Ley de 6 de octubre de 1936, ya comenzada la guerra civil. El Estatuto de Galicia fue votado en plebiscito regional, pero no llegó a ser ratificado por las Cortes<sup>14</sup>.

Durante el proceso constituyente de 1978 hubo nuevamente que acometer uno de los temas más polémicos e intrincados de la historia política y constitucional española, la cuestión relativa a las autonomías territoriales, sofocadas durante el régimen jurídico de las Leyes Fundamentales, que establecía un poder político centralizado, de tendencias centripetas. Esta situación llevó a que, durante la transición política, se desatarán las ansias regionalistas. A pesar de ello, de alguna manera se pospuso el problema, aunque la Ley para la Reforma política de 4 de enero de 1977 hacía una referencia de carácter simbólico a la pluralidad del Estado, al establecer el artículo 2.3, referente a la elección de los senadores, que serían elegidos en representación de las entidades territoriales.

Tras las elecciones de 15 de junio de 1977, se generalizaron los regímenes preautonómicos, intentando diluir el proceso, para que no se centrara en el reconocimiento de la Generalidad de Cataluña (restablecida por Decreto de septiembre de 1977) y del Gobierno Vasco, evitando un impacto social que recordara lo sucedido durante la Segunda República. Además se intentó de esta manera ofrecer un cauce eficaz a las pretensiones políticas de diversas regiones españolas, tanto tiempo ignoradas<sup>15</sup>. Así, adelantándose a la aprobación del texto constitucio-

13. Según Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión de Constitución encargada de la elaboración del Proyecto del texto constitucional, el Estado integral constituía un Estado "a caballo" entre el federal y el unitario. Algunos autores han criticado la calificación del Estado que realiza la Constitución de 1931. Así Pérez Serrano señala que se trata de "un simulacro de organización federal tímida" que podía ser "propensa a conflictos". Vid. Pérez Serrano, N.: *La Constitución de 1931*, Madrid, 1932, págs. 62- 64.

14. Santamaría Pastor, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo* (vol. I), Madrid, 1998, pág. 493.

nal, y en el plazo de un año -desde septiembre de 1977 hasta octubre de 1978-, se generalizaron mediante la fórmula del Decreto Ley en todo el territorio los regímenes preautonómicos, salvo en Navarra<sup>16</sup>.

### **3. Propuestas de reforma: ¿Del Estado de las Autonomías al Estado Federal?**

El principio de unidad de la nación española, a la cual, el artículo 2 de la Constitución, considera, además, patria común e indivisible de todos los españoles, aparece vinculada al contenido del artículo 1.2 que proclama una única soberanía del pueblo español. Esta concepción entraña la negación del pretendido derecho a la autodeterminación, que sólo sería viable mediante la reforma del texto constitucional. La unidad de la nación española se convierte en el presupuesto de la autonomía, puesto que la soberanía nacional reside en el pueblo español (artículo 1.2 de la Constitución) y la Nación proclama la Constitución en "uso de su soberanía" (Preámbulo de la Constitución). Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional desde sus primeras Sentencias: La Constitución (artículos 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una división vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el artículo 137 de la Constitución; y continua el Tribunal que dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es dentro de ésta donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución<sup>17</sup>. El Estado español es, por tanto, un Estado asentado sobre la Nación española, derecho originario, y el derecho a la autonomía es un derecho derivado de la

15. Antes de aprobarse la Constitución se llegaron a reconocer trece distintos entes preautonómicos: Cataluña: 29 septiembre 1977; País Vasco: 4 enero 1978; Galicia: 16 marzo 1978; Aragón: 17 marzo 1978; Valencia: 17 marzo 1978; Canarias: 17 marzo 1978; Andalucía: 27 abril 1978; Baleares: 13 junio 1978; Extremadura: 13 junio 1978; Castilla-León: 13 junio 1978; Asturias: 27 septiembre 1978; Murcia: 27 septiembre 1978; Región Castellano-Manchega: 31 octubre 1978. Vid. Esteban, J. de y López Guerra, L.: *El régimen constitucional español*, vol. II, Madrid, 1978, pág. 335.

16. Esta generalización, aunque motivada por las razones que señalamos suscita algunas críticas. Así señala Martín Retortillo que tuvieron una cierta "dosis de folklorismo", puesto que muchas Comunidades dedicaron sus primeras actuaciones al establecimiento de un himno, una bandera, fiestas de la Comunidad... Vid. Martín Retortillo, S., op. cit., pág. 29.

17. STC 4/1981, de 2 de febrero.

Constitución y por tanto, subordinado a la soberanía nacional. En este mismo sentido, el reconocimiento constitucional, plasmado en los Estatutos de Autonomía, supone dotar a estos de un carácter de norma subordinada al texto constitucional, y al margen de apreciaciones políticas, jurídicamente es indefendible otorgar a los Estatutos rango similar al de la Constitución. Así en palabras del Tribunal Constitucional, el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico debe ser interpretado de acuerdo con la Constitución<sup>18</sup>.

Se ha escrito mucho sobre la posibilidad de que la meta final sea al establecimiento en España de un Estado federal, situación que sólo sería posible mediante la modificación del texto constitucional<sup>19</sup>. Grave sería en este punto que la transformación se produjera por vía normativa secundaria, sin alterar el contenido de la Constitución, dando lugar a una "mutación del texto constitucional"<sup>20</sup>.

Tomemos el ejemplo de Bélgica, y por ser la única Monarquía de nuestro entorno que es un Estado federal<sup>21</sup>. El texto originario de la Constitución belga es de 1831, siendo reformado en 1893 y en 1921 (reformas electorales: sufragio universal). Las reformas de 1970, 1980, 1988 y sobre todo 1993, tenderían a federalizar el Estado. El 17 de febrero de 1994 sería publicada la denominada "Constitución refundida", elaborada por las cámaras constituyentes, que unifica y sistematiza las anteriores reformas del texto constitucional.

El país está dividido en cuatro regiones lingüísticas: la región de lengua francesa, la región de lengua neerlandesa, la región bilingüe Bruselas-Capital y la región de lengua alemana<sup>22</sup>. Estas regiones están representadas por la Comunidad flamenca, cuyo ámbito de competencias cubre la región de lengua

18. STC 18/1982, de 4 de mayo.

19. Así ha sucedido en el caso de la reforma constitucional belga de 1994 en la que la organización territorial es federal, aunque la base lingüística y la complejidad del reparto competencial no parece el mejor ejemplo a seguir.

20. Acerca de las modalidades y efectos de la mutación constitucional, Vid. De Vega, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, págs. 179-195.

21. Vid. sobre Bélgica como Estado federal Álvarez Vélez, M. I. y Alcón Yustas, M<sup>a</sup>. F., *Las Constituciones de los quince Estado de la Unión Europea* (Textos y comentarios), Madrid, 1996, págs. 145 y 146.

22. Los límites de estas regiones no pueden ser modificados más que por una ley de mayoría especial. Se trata de un tipo de leyes federales establecido en el artículo 4 de la Constitución. A lo largo del texto se designan las materias que se reservan a estas leyes, aprobadas por mayoría de los sufragios en cada grupo lingüístico de cada una de las Cámaras, a condición de que esté presente la mayoría de los miembros de cada grupo se encuentre reunido y por tanto que el total de votos positivos emitidos en los dos grupos lingüísticos alcance los dos tercios de los votos expresados.

neerlandesa y la región bilingüe Bruselas-Capital; la comunidad francófona que además de la región de lengua francesa incluye la región bilingüe Bruselas-Capital; y, la comunidad germanófona que se corresponde exclusivamente con la región de lengua alemana.

En cuanto a las regiones, son también tres: la Región valona, la Región flamenca y la Región bruselesa. La primera agrupa las regiones de lengua francesa y alemana; la segunda, corresponde a la región lingüística del mismo nombre; y, la tercera a la región bilingüe Bruselas-Capital.

Las comunidades y las regiones poseen órganos propios legislativos, el Consejo, y ejecutivos, el Gobierno, cuyos principios acerca de su composición y funcionamiento están establecidas en el texto constitucional, preceptos que posteriormente deberán ser desarrollados por una ley federal de mayoría especial, con excepción de la Comunidad alemana cuyo estatuto, según el artículo 115, apartado 1, es aprobado por una ley adoptada por mayoría simple. Los Consejos son elegidos por un período de cinco años, llevándose a cabo las elecciones, si una ley de mayoría reforzada no estableciese lo contrario, el mismo día que las elecciones al Parlamento europeo. Los Consejos eligen, a su vez, a los Gobiernos respectivos, cuya normativa acerca de su composición y funcionamiento está también regulada en la ley.

En numerosos asuntos la Constitución otorga a comunidades y regiones potestad legislativa exclusiva. Las comunidades ostentan estas competencias en materias culturales, de educación y personalizables, que incluyen asuntos sociales y de sanidad. Las potestades legislativas exclusivas de las regiones atañen, sobre todo, al medio ambiente y la economía. Los actos con fuerza de ley de comunidades y regiones reciben el nombre de "decretos", cuya adecuación a los preceptos constitucionales y a la distribución competencial establecida son controladas por el Tribunal de Arbitraje.

Hay que señalar además, una innovación importante en lo relativo a las competencias internacionales del Estado belga tras el establecimiento de un Estado federal. Así, según el artículo 167, apartado 3, la Constitución otorga potestades a los entes federados para concluir Tratados internacionales en el ámbito de sus competencias. Paralelamente se refuerzan la presencia de los órganos federales en la Organizaciones internacionales.

La respuesta de la Constitución consistió en la creación de un modelo terri-

torial abierto, que dejaba en manos del legislador ordinario el establecimiento de los elementos definitivos del sistema. El objeto perseguido consistió en la transformación de un Estado unitario en un Estado centralizado, mediante la instauración de unos Entes superiores autonómicos. Así, frente al Estado federal de corte tradicional, la ordenación territorial de 1978 está fundamentada en la aprobación postconstitucional de los Estatutos de Autonomía, norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, que se integra en el ordenamiento estatal, ya que se aprueban por Ley Orgánica (artículo 81.1 de la Constitución), y que el Estado reconoce y ampara como parte de su ordenamiento jurídico (artículo 147.1 de la Constitución)<sup>23</sup>. Por el contrario, un Estado federal, modelo del que ya había huido la Constitución de la Segunda República, se organiza a través de un pacto de entidades preexistentes que ostentan poder constituyente originario, lo que les permite otorgarse su propia Constitución.

Nuestro Estado podía seguir un procedimiento de reforma similar al expuesto, de Bélgica. Básicamente hemos de partir de la base de que el contenido del Título VIII de la Constitución, ya comentado, está agotado en la mayoría de sus previsiones. El anteproyecto de Constitución contemplaba un único tipo de Estatuto y un mismo esquema organizativo para todas las Comunidades Autónomas. Fue durante el proceso constituyente, sobre todo por los trabajos de la Comisión Constitucional del Congreso, cuando se configuraron los dos grandes grupos de Comunidades, las de régimen común y las de régimen especial. En este marco se justifica el silencio del artículo 152 de la Constitución acerca de la organización institucional de las autonomías de régimen común, ya que se entendía que éstas gozarían exclusivamente de órganos de naturaleza administrativa. Esta intención de los constituyentes resultó políticamente inviable, puesto que, como señala Santamaría, fue considerada discriminatoria, lo que obligó a entender que el silencio del artículo 152 de la Constitución debería interpretarse en el sentido de que las autonomías de régimen común podrían optar libremente por la estructura organizativa descrita en dicho precepto o por otra que en su momento se decidiera. Una vez aceptada esta interpretación por los Pactos Autonómicos de 1981, el resultado fue que el esquema del artículo 152 de la Constitución ha sido adoptado con carácter general por todas las Comunidades Autónomas. Tomando como referencia el contenido de los Estatutos, las Comunidades han desarrollado su régimen institucional mediante los Reglamentos parlamentarios y las Leyes del Gobierno y de la Administración. Ciertamente a partir de ese momento las similitudes son muchas, todas ellas ten-

23. Existe amplia bibliografía acerca de la posición que ocupan los Estatutos de Autonomía en nuestro ordenamiento. Ciertamente no es nuestra finalidad de este trabajo entrar en dicho tema.

denes a aproximar el modelo autonómico al estatal<sup>24</sup>.

Es evidente que esta situación, que supone un camino a una mayor descentralización, podría culminar con una "solución auténticamente federal, con reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado, una Cámara de representación territorial con potestades de esta índole, un Tribunal Constitucional de designación equitativa entre las nacionalidades y los órganos centrales" y "unas Constituciones de los Estados miembros que ellos mismos pudieran reformar respetando las directrices de la Constitución federal común", son pasos pendientes entre otros<sup>25</sup>.

#### **4. Conclusiones**

En el caso Español probablemente, adecuar el Senado a una cámara territorial, similar a la que existe en otros Estados europeos, sólo se lograría dando por culminada la implantación del Estado de las Autonomías y considerando cerrado el Título VIII de la Constitución. Sin embargo, en buena técnica jurídica esto exigiría una revisión del mencionado precepto 69 de la Constitución, que no parece políticamente oportuno, estando aún pendientes las reformas de los Estatutos de las Comunidades Autónomas que accedieron por la vía del artículo 151 de la Constitución.

Numerosas voces se han alzado para proponer la reforma del Texto constitucional y no sólo para modificar el Título VIII. La cuestión es que creemos contrario al principio de oportunidad cambiar preceptos constitucionales, aún cuando sus objetivos se justifiquen por razones de interés general y mejora del sistema, sin un proyecto de conjunto que enfoque soluciones reales de largo plazo. Abrir un texto constitucional, vigente hace más de veinticinco años, que, a pesar de sus debilidades, ha otorgado al pueblo español las mayores cotas de libertad e igualdad de su historia, constituye una operación constitucional delicada, que sólo debe abordarse mediante un diseño sólido previo y un pacto social y político.

En el ámbito de la organización territorial, el objeto es definir el modelo de

24. Así lo señala López Guerra, L., "La organización de las Comunidades Autónomas", en López Guerra, L. y otros, *Derecho Constitucional* (vól. II), Valencia, 2000, págs. 346 y 7.

25. López Mira, A. X., "Veinticinco años del Estado Autonómico: una mala solución organizativa para un problema político" en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 58-59, Madrid, 2003-2004, pág. 747.

Estado que se desea implantar, y buscar, después, los instrumentos jurídicos y políticos que lo hagan realidad. La implantación de un Estado federal que asegure los derechos de los Estados en el marco de un entramado rico en cooperación y lealtad al sistema, constituiría, en nuestra opinión, una opción válida, que terminaría con las imprecisiones del sistema. Un modelo federal, que sin ignorar las experiencias de otros Estados federales, especialmente de los europeos, se entendiera como el término natural del Estado de las Comunidades Autónomas, un modelo, por tanto, orientado a resolver los problemas de nuestro país y nuestra realidad.



**LA REFORMA CONSTITUCIONAL:  
HACIA UN RÉGIMEN COMPETENCIAL SISTEMATIZADO**

*José Joaquín Fernández Alles*

*Profesor Doctor de Derecho Constitucional*

*E.U. Francisco Tomás y Valiente. Universidad de Cádiz*

**SUMARIO**

- 1. Planteamiento: una reforma limitada.*
- 2. Reforma constitucional y sentimiento constitucional.*
- 3. Un régimen competencial disperso, complejo y desconectado de las competencias de la Unión Europea.*
- 4. La nacionalización del derecho constitucional europeo y la sistematización del régimen competencial español.*
- 5. Conclusiones.*
- 6. Nota bibliográfica.*

### *1. Planteamiento: una reforma limitada*

El contenido de la reforma constitucional planteada en España en abril de 2004, cuyo objeto obedece al Pacto de Legislatura suscrito entre el Grupo Parlamentario Socialista y otros grupos parlamentarios -en su mayoría de ideología nacionalista-, fue acotado por el Presidente del Gobierno a las siguientes materias en la primera jornada del Debate de Investidura de la VIII Legislatura: reforma del Senado, orden de sucesión en la Corona, denominación oficial de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas y referencia a la Constitución Europea<sup>1</sup>. Una limitación de materias, entre otros motivos propiciada por el temor que inspira abrir un proceso de imprevisibles consecuencias contrarias los principios de igualdad y unidad, que sólo por una razón metodológica debería reducir nuestras reflexiones jurídicas sobre la propuesta a esos contenidos anunciados, más aún cuando el otro partido mayoritario -el Partido Popular- ha excluido expresamente el Título VIII del objeto de la reforma constitucional. Sin embargo, desatendiendo esa recomendación metodológica, que reduciría el objeto de este trabajo a la propuesta del Gobierno -muy condicionada por las circunstancias políticas-, en estas páginas adoptaremos la actitud que se ha venido a llamar del "jurista persa"<sup>2</sup>, esto es, la posición neutral y desapasionada de quien se sitúa fuera de España y de su ordenamiento, que prescinde de las servidumbres partidistas y, en esta materia, permite valorar la posibilidad de reformar a medio plazo incluso un contenido "no anunciado" por el Presidente del Gobierno, en particular, el actual régimen competencial de nuestra Constitución, cuyo carácter asistemático, complejo, confuso y parcialmente transitorio, se muestra en patente desconexión con la regulación comunitaria europea sobre competencias exclusivas, compartidas (concurrentes, complementarias...), subsidiarias e implícitas.

En primer lugar, surge una cuestión de sistemática constitucional: ¿puede permanecer por mucho tiempo el régimen constitucional español ajeno al sistema comunitario europeo, cuyas instituciones deciden las grandes líneas políticas de importantes competencias que se ejecutan por el Estado y las Comunidades Autónomas?. En segundo lugar, debe responderse a una cuestión práctica: ¿es la reforma constitucional, con su impronta siempre innovadora y actualizadora, el mejor método para satisfacer definitivamente las pretensiones de los partidos

1. Sobre la nacionalización del Derecho constitucional europeo, F. Rubio Llorente, "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa", *REDC*, núm. 48, 1996, págs. 20, 21 y 31.

2. P. Cruz Villalón, "La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 4, monográfico, 1981, págs. 53-63.

nacionalistas, anclados en categorías por lo general abandonadas hace más de medio siglo -o incluso antes- en Derecho comparado: hecho diferencial, soberanismo secesionista, confederalismo, desigualdad, asimetría?. Y en tercer lugar, aparece una cuestión de técnica jurídica: ¿debe permanecer el régimen competencial tal como está, con la mayor parte del Estado de las Autonomías fuera del texto de la Constitución, ubicado en el resto del bloque de la Constitucionalidad y en la doctrina del Tribunal Constitucional-Estado autonómico jurisprudencial?.

Aunque la mutación constitucional es un expediente eficaz y suficiente para resolver nuestras dudas, y para hacer prescindible cualquier reforma constitucional, la ubicación en la norma suprema de un sistema competencial único y coherente, si no como objeto de inmediata reforma, sí al menos merece ser objeto de meditado análisis. Ése es el propósito de las siguientes líneas.

## ***2. Reforma constitucional y sentimiento constitucional***

### **1. La anunciada reforma constitucional: Iniciativa del Gobierno de la Nación y contenido**

En el Debate de Investidura, celebrado en el Congreso de los Diputados los días 15 y 16 de abril de 2004, el entonces candidato, Rodríguez Zapatero, anunció una reforma constitucional limitada destinada a modificar el régimen jurídico del Senado y corregir la discriminación de la mujer en la línea sucesoria de la monarquía<sup>3</sup>. Tres semanas después, en el Senado, el ya Presidente del Gobierno diría: "Esa reforma del Senado constituye no sólo parte esencial de un proyecto de reforma concreta y limitada de la Constitución Española, sino también condición inexcusable para afrontar en condiciones la aplicación de uno de los ejes del programa con el que el Partido Socialista concurre a las pasadas elecciones generales: reforzar la cohesión y la vertebración de España y defender la identidad, el autogobierno y la participación de las comunidades autónomas en una tarea común"<sup>4</sup>.

En la misma sesión de la Cámara Alta, continuaría su discurso sobre la reforma: "(...) el transcurso de esos mismos veinticinco años ha servido (...), para poner de relieve algunas insuficiencias del texto de la Constitución, que pueden

3. *Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, núm. 2. Jueves, 15 de abril 2004, pág. 16.

4. *Diario de Sesiones. Senado*, Pleno, núm. 2, de 11/05/2004, Presentación del Gobierno, págs. 18 y 19.

y deben corregirse con la naturalidad de quien se decide a mejorar su propia obra. Lo he anunciado en distintas ocasiones y hoy lo confirmo: es propósito del gobierno preparar con calma, con estudio y con rigor una reforma de la Constitución que revise la regulación de la sucesión en la Corona, para adaptar sus normas al principio de no discriminación de la mujer; que proceda a la incorporación a su texto de una referencia a la futura Constitución Europea; que incorpore la denominación oficial de las comunidades autónomas y de las dos ciudades autónomas y que revise la composición y funciones del Senado para que éste pueda desarrollar la identidad de Cámara territorial que le confiere la propia Constitución"<sup>5</sup>.

El Presidente del Gobierno abundaría en el carácter limitado de la reforma: "Por eso queremos ofrecer a todas las fuerzas políticas un consenso básico para afrontar una reforma concreta y limitada de la Constitución que aborde esos problemas. Se trata, en primer lugar, de abordar, como he anunciado, la reforma del Senado; en segundo lugar, de modificar, sin alterar las previsiones que afectan al Príncipe de Asturias, las normas que regulan el orden de sucesión en la Corona, con el fin de adaptarlas al principio de no discriminación de la mujer que con carácter general consagra la propia Constitución; en tercer lugar, creo que ha llegado el momento de consagrar, con la fuerza simbólica que proporciona la Constitución, la denominación oficial de las diecisiete comunidades autónomas y las dos ciudades autónomas y su consideración definitiva como parte esencial del Estado y su forma de organizarse territorialmente; en cuarto lugar, queremos que la Constitución española incorpore a su texto una referencia a la próxima Constitución europea, como signo solemne de nuestro compromiso definitivo con Europa y del valor real que damos a nuestra condición de ciudadanos europeos.

En el ámbito procedimental de los trámites preliminares, el Presidente Rodríguez Zapatero, manifestó que será el Gobierno quien tomará la iniciativa para la reforma, para lo cual solicitará un informe previo al Consejo de Estado<sup>6</sup>, cuyo texto constituirá la base de su proyecto, contando con el auxilio del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que desde ese momento pasaría a adscribirse al propio Consejo de Estado, abandonando la órbita estricta del Gobierno.

5. *Diario de Sesiones. Senado*, Pleno, núm. 2, cit, pág. 19.

6. Presumiblemente este informe se verá condicionado por el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de 21 de octubre de 2004, relativo al Tratado por el que se establece la Constitución Europea, que afirma: "con carácter previo a la ratificación, es conveniente que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la propia Constitución española".

Como contestación a la iniciativa gubernamental, en el Debate de Investidura el líder de la oposición, Mariano Rajoy, manifestaría sobre la reforma propuesta: "Cualquier reforma constitucional debe contar como mínimo con un nivel de apoyo similar al de su aprobación en 1978. No olvide que la Constitución es la de todos los españoles. Nuestros votos, que representan a cerca de diez millones de españoles, son imprescindibles para lograr el consenso necesario y los utilizaremos con sentido de la responsabilidad, pero ya desde este momento quiero afirmar cuatro ideas que son para nosotros irrenunciables: la primera es la unidad de España cuyo proyecto común hemos de seguir fortaleciendo; la segunda, la igualdad de los españoles ante la ley y en su aplicación; la tercera, la autonomía de las nacionalidades y regiones y el mantenimiento de un Estado viable, con capacidad de ejercer eficazmente las funciones de un Estado moderno; por último, el fortalecimiento de los vínculos de solidaridad entre los españoles. Cualquier propuesta de reforma que quiebre o debilite estos principios no contará con nosotros"<sup>7</sup>. En las semanas siguientes, dirigentes del Partido Popular manifestaron estar dispuestos a aceptar "una reforma, aunque limitada, de la Constitución, para modificar la composición y las funciones del Senado", en particular, el portavoz del PP en la Cámara Alta, García Escudero, se pronunciaba sobre la reforma del Título III CE, afirmando que su partido "no está cerrado a nada" y que aceptará, si existe consenso, cambiar el Título III de la Constitución, pero en ningún caso el VIII, el de la organización territorial del Estado: "el PP va a colaborar, no se cierra a una reforma de la Constitución", pero antes "queremos ver, saber, participar y estudiar" qué cambios se ponen sobre la mesa.

## 2. Motivos para la reforma constitucional

¿Qué requisitos deben concurrir para que una reforma constitucional sea legítima en la España actual? Según la tesis de Gabriel Cisneros, ponente de la Constitución de 1978, cuyo contenido fue expuesto en diversos foros -entre ellos nuestro seminario sobre el XXV Aniversario de la Constitución en el Campus de la Bahía de Algeciras de la Universidad de Cádiz-, junto a la observancia del procedimiento prescrito, tres son los requisitos para hacer viable una reforma constitucional: necesidad, consenso y oportunidad<sup>8</sup>.

7. *Ibidem*, pág. 18.

8. Según Gabriel Cisneros, además del sometimiento a las reglas, se requiere la verificación de tres principios: el de necesidad, es decir, que exista una clamorosa demanda social; el de oportunidad, que no puedan producirse mayores riesgos que las mejoras que se pretenden alcanzar, y el principio de consenso, esto es, que se aborde con el mismo o superior consenso que tuvo la redacción de la Constitución. Gabriel Cisneros Laborda: "Historia de un éxito". *Conferencia impartida para los alumnos de la asignaturas de Área de Derecho Constitucional de la Escuela Universitaria Francisco Tomás y Valiente*. Algeciras, 28 de octubre de 2003.

Sobre la base de los argumentos de defendidos por el citado "padre de la Constitución", que el resto de los miembros de la ponencia ha considerado razonables, nos atreveríamos a sistematizar esas tres condiciones de la siguiente forma: a) Verificación del procedimiento de reforma constitucional, a ser posible con igual o mayor respaldo popular que en 1978; b) Ánimo de mejorar el funcionamiento de la Constitución para garantizar su normatividad, con vocación actualizadora, integradora y de servicio a los ciudadanos; y c) Necesidad basada en fundamentos técnicos jurídicos.

Creemos que el primer requisito, la verificación del procedimiento y presupuestos de la reforma constitucional, incluidas la constitucionalidad formal y la constitucionalidad material de la reforma, principalmente el referéndum, incorpora ya los elementos citados por Cisneros: el consenso y la oportunidad. Y no sólo, como afirma el profesor Pedro de Vega, porque el referéndum es, ante todo, una institución de control y garantía, sino además por la propia lógica del procedimiento de reforma constitucional, cuyo desarrollo sólo ofrece dos posibilidades, a saber: si los partidos mayoritarios y el pueblo español no "consienten" la reforma constitucional, sencillamente no podrá haber reforma, pero si ambos consienten la reforma, y si es posible con el alcance de 1978, ya se entenderá provista del consensus (elemento volitivo) y de la oportunidad, que ha de concebirse como adecuación al tiempo político y a la circunstancia histórica, y asimismo cálculo de las consecuencias de la reforma, cuya valoración está incluida en la decisión del pueblo y del poder constituyente constituido. O escrito con otras palabras: si el poder constituyente constituido considera que debe aprobar la reforma es porque entiende que es oportuna, no pudiéndose desligar -al menos en términos jurídicos- el juicio de la oportunidad de la reforma del mismo juicio sobre la observancia del procedimiento constitucional; si éste se ha cumplido, y se ha alcanzado el mismo nivel de consenso que en 1978, no hay nada que objetar<sup>9</sup>.

En cuanto al segundo elemento, de naturaleza teleológica, se trata de una condición muy vinculada al sentimiento constitucional y al mismo nos referimos en el tercer apartado.

El tercer y último elemento -la necesidad-, más que una clamorosa demanda social, implica que la reforma se debe asentar en fundamentos técnico-jurídicos que la hagan imprescindible para preservar la normatividad constitucional, siempre sobre la base de conceptos y categorías constitucionales que permitan cum-

9. Cfr. F. De Carrera, *La Vanguardia*, 8 de enero de 2004, pág. 11; y M. Jiménez de Parga, "Otras circunstancias, otro consenso", *ABC*, Madrid, 10 de junio de 2004, pág. 3.

plir compromisos internacionales, adaptar la norma suprema a nuevos desarrollos de los derechos individuales y colectivos o satisfacer requerimientos de la mayoría de los ciudadanos. Si nos referimos a la reforma del Senado, su necesidad implica abrir un debate serio entre los ciudadanos y valorar las distintas alternativas reformadoras, porque parece claro que un Senado cuyos miembros sean elegidos por órganos legislativos o ejecutivos no tendría el grado de legitimación democrática directa de que gozan actualmente los cuatro senadores de cada circunscripción provincial. Antes que reemplazar al pueblo por "órganos ejecutivos o parlamentarios" en el procedimiento de designación, bien a través del modelo del Bundesrat o el de las Diputaciones Provinciales, ¿no sería más útil reforzar la funcionalidad territorial del Senado, esto es, aumentar las competencias "no legislativas" relativas al funcionamiento, control e integración de los entes territoriales?. Sobre todo, si tenemos en cuenta dos reflexiones destacadas por distintos autores; en primer lugar, que un modelo de designación "no popular" de senadores quedaría sujeto a la acción centralizadora de decisiones propia de los cuadros de los partidos políticos, quienes podrían neutralizar los efectos perseguidos con la reforma; y, en segundo lugar, que atribuir al Senado competencias legislativas de "única lectura", más que una "reforma del Senado" debería calificarse como una reforma del entero "sistema bicameral asimétrico y desigual" establecido en nuestra Constitución, por su efecto sobre el estatuto del Congreso de los Diputados<sup>10</sup>. ¿Por qué simplemente no se ubican en el Senado los consejos de políticas fiscal y financiera, los consejos nacionales o las conferencias sectoriales, sin más expediente que la reforma del Reglamento?.

En este ámbito de la necesidad de la reforma, menores problemas plantea la aplicación del principio de igualdad al régimen sucesorio o las referencias nominales a las diecisiete Comunidades Autónomas y a las dos Ciudades Autónomas, todas ellas consecuencias lógicas de una interpretación sistemática de la Constitución y, en los dos últimos casos, del bloque de la constitucionalidad.

En fin, desde el punto de vista de la necesidad de una reforma constitucional, más interesante que las materias propuestas por el Presidente del Gobierno, nos parecería una reflexión de *constitutione ferenda* sobre la conveniencia de regu-

10. Cfr. F. Tomás y Valiente, "Perspectivas, preguntas y decisiones acerca de la reforma constitucional del Senado", *La Reforma del Senado*, Madrid, CEC, 1995, págs. 133 y ss; Los trabajos incluidos en la obra F. Pau i Vall, *El Senado, Cámara de representación territorial*, Madrid. Tecnos-AELPA, 1996; E. Alberti Rovira, *La reforma constitucional del Senado*, Barcelona, IEA, 1995, págs. 23 y ss; A. Garrorena Morales, "Una propuesta para la reforma constitucional del Senado", *RCG*, núm. 34, 1995, págs. 7 y ss.; M. Martínez Sospedra, "La difícil viabilidad del centauro. Las funciones del Senado. Notas sobre un modelo de reforma constitucional", *RGD*, núm. 644, 1998, págs. 5399 y ss.

lar en el Título VIII un sistema competencial único donde el ciudadano pueda conocer, con mínima claridad, cuáles son los distintos niveles competenciales del Estado (europeo, estatal, autonómico y local), cuáles son las competencias que corresponden a cada nivel y cuáles son los principios articuladores del ese sistema competencial. En este sentido, una reforma constitucional como la que se pretende, que se aplica a un ordenamiento como el español con una sólida y contrastada experiencia de adaptación-mutación constitucional en cuestiones territoriales, no parece que una referencia a la "Constitución Europea" y los nombres de las Comunidades Autónomas, sea tan necesaria como la incorporación que defendemos en este trabajo: un sistema competencial coherente y completo que incluya asimismo un sistema de relaciones intergubernamentales.

### **3. Sentimiento constitucional y sentimiento anticonstitucional: *Lealtad constitucional, Bundestreue y correttezza costituzionale***

Toda reforma constitucional está vinculada al sentimiento constitucional (*Verfassungsgefühl*) y al entendimiento de la Constitución como sistema de valores y como "ciencia de la cultura"<sup>11</sup>, así como también a la voluntad de lograr una progresiva adaptación de la norma suprema a la realidad para evitar un alejamiento tal que conduzca a una ruptura constitucional. Este segundo elemento "teleológico" -el fin de de la reforma es actualizar la norma suprema- se manifiesta en la adhesión del poder constituyente constituido (representativo y popular) a las funciones que ha de cumplir toda reforma constitucional: a) la adecuación entre realidad jurídica y realidad política; b) la articulación de la continuidad jurídica del Estado, y c) el cumplimiento de una institución básica de garantía<sup>12</sup>. Como tal, el sentimiento constitucional viene a ser un elemento que permite concebir la reforma constitucional como método con vocación actualizadora de la ley de leyes, técnica para preservar para su normatividad e instrumento para garantizar su éxito y perdurabilidad en el futuro. Como consecuencia de ello, no se entendería una reforma constitucional que se presentara como medio para satisfacer pretensiones anticonstitucionales, o como planteamiento ajeno a la lealtad territorial (*Bundestreue*) o a los contenidos propios de la *correttezza costituzionale*.

11. Cfr. K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1983, págs. 199-205; y P. Häberle, *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid. Tecnos, 2000, págs. 30 y ss.

12. Cfr. P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos, 1985, págs. 67-76.

### ***3. Un régimen competencial disperso, complejo y desconectado de las competencias de la Unión Europea***

#### **1. El régimen competencial español**

El régimen competencial español permite la existencia de ámbitos competenciales comunitarios europeos (a través de la habilitación del art. 93 CE), estatales (arts. 149 y 150 CE), autonómicos (arts. 147, 148, 149 y 150) y locales (arts. 147 a 142 CE y garantía institucional de la autonomía local). ¿Cómo se conciben actualmente esos ámbitos que han de incardinarse en un sistema competencial coherente?.

*1) Competencias estatales.* El régimen distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que deriva del bloque de la constitucionalidad, no sólo se encuentra alejado de todo planteamiento sistemático y eficaz, sino que además es confuso y complejo, lo que ha propiciado la existencia de solapamientos, duplicidades y recurrentes conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Este reparto de competencias, ubicado en los arts. 143 y siguientes de la CE, se desarrolla en los Estatutos de Autonomía, las leyes estatales de transferencia y delegación de competencias, la legislación básica, las técnicas de coordinación y cooperación y los Reales Decretos de transferencias de funciones y servicios, encontrando su complemento ineludible en las sentencias del Tribunal Constitucional.

Ese reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se articula a partir de las categorías de las competencias exclusivas (absolutas y relativas), compartidas y concurrentes, consecuencia del entendimiento de que las funciones públicas que se reparten entre las instancias centrales y las autonómicas pueden ser tanto de tipo legislativo como ejecutivo. En este sentido, se distinguen las materias íntegramente reservadas a la competencia estatal, las materias que los Estatutos de Autonomía reservan íntegramente a la competencia de las respectivas Comunidades Autónomas (en ambos casos se asumen todas las funciones ejecutivas y legislativas), y materias en relación a las cuales tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ostentan funciones y competencias en distintos niveles. En este caso, que es el más común en la práctica, se establece un reparto de funciones (así, por ejemplo, el Estado legisla y la Comunidad Autónoma ejecuta) o una división de atribuciones incluso dentro de la misma función (así, por ejemplo, el Estado emite la legislación básica y la Comunidad Autónoma aprueba la legislación de desarrollo).

Pero este esquema competencial, ya de por sí complicado, no se entiende sin

otras categorías de naturaleza asimismo competencial: la cambiante y no uniforme doctrina sobre la legislación básica, la regulación de las condiciones básicas (art. 149.1.1 CE), diversos títulos genéricos y horizontales vinculados al interés general, las materias reservadas a la ley orgánica -que son indisponibles por las Comunidades Autónomas-, la cláusula residual, la cláusula de prevalencia, el principio de supletoriedad (art. 149.3 CE), la premisa de que el artículo 149.1 CE no se configura como un límite absoluto a las competencias de las Comunidades Autónomas, toda vez que las competencias exclusivas estatales pueden ser absolutas y relativas, lo que permite ampliar las competencias autonómicas y activar los procedimientos del art. 150.1 y 2 CE. Y también otras reglas de aplicación cuyo conocimiento es imprescindible para entender el Estado de las Autonomías, por ejemplo, aquellos casos en que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas se hace depender de los términos que establezca una Ley estatal no básica (art. 149.1.26 CE: policías autonómicas "en la forma en que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica"); o, en relación con la potestad reglamentaria, cuando la competencia de legislación pertenece al Estado y la de ejecución a la Comunidad Autónoma, en cuyo supuesto se ha de distinguir si el reglamento es "legislación" o "ejecución", ya que en el primer caso, la potestad reglamentaria corresponde al Estado, y en el segundo, a la Comunidad Autónoma; lo cual obedece a la doctrina de que si el reglamento se dicta en desarrollo de una ley estatal se entiende que es "legislación", y si es de tipo organizativo o de funcionamiento, se dice que es "ejecución". Sin que podamos olvidar diversos instrumentos unilaterales, bilaterales y multilaterales de control, coordinación y cooperación, que no reproducimos para no agotar al lector, o la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y otras categorías imprescindibles para entender el complejísimo régimen competencial español, tan necesitado de sistematización constitucional<sup>13</sup>.

2) *Competencias autonómicas*. Las competencias autonómicas se conciben según el esquema de categorías indicado anteriormente -competencias exclusivas, compartidas y concurrentes-, y conforme a la regulación de los respectivos Estatutos de Autonomías, que al integrarse en el bloque de la constitucionalidad, sirven de parámetro de constitucionalidad y criterio para definir las relaciones competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sin embargo,

13. Cfr. P. Cruz Villalón; J. Tornos Más, "Las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas: Perspectivas de futuro", *RAAP*, núm. 12, 1992, págs. 13-15; F. Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 33 y ss.

esta aparente unidad de criterio a la hora de nominar y regular las competencias no desmiente sino que confirma el carácter asistemático del régimen competencial español, especialmente cuando comprobamos que en los Estatutos de Autonomía frecuentemente se califica como competencia exclusiva autonómica lo que la Constitución considera competencia compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma. En este sentido, el Título I del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre) es un buen ejemplo de cuanto decimos, no sobrando casos en que estas mismas materias -exclusivas para el Estatuto y compartida para la Constitución- se entienden como competencias concurrentes en la normativa comunitaria europea.

3) *Competencias comunitarias europeas*. El desajuste en la calificación competencial de las funciones y materias se percibe con claridad en el Derecho constitucional europeo<sup>14</sup> y, muy en particular, en el Tratado de 29 de octubre de 2004, por el que se instituye una Constitución para la Unión Europea, cuyo texto, además de concebir "objetivos" (art. 3) y establecer principios reguladores del ejercicio competencial: (subsidiariedad y proporcionalidad (art. 9)<sup>15</sup>, clasifica las siguientes "categorías de competencias" (art. 11): exclusivas, compartidas y subsidiarias (cláusula de flexibilidad), sin perjuicio de acciones de apoyo, coordinación y complemento ("competencias complementarias" del art. 16), y de las tradicionalmente calificadas como competencias implícitas<sup>16</sup>. Clasificación que se completa con las muchas reglas que integran el régimen competencial comunitario, así por ejemplo, en relación con las competencias compartidas, donde se establecen ámbitos en los que los Estados miembros pueden legislar siempre que la Unión europea no haya ejercido su competencia legislativa, lo cual podría llevar a cabo con pleno derecho. Una vez que las instituciones comunitarias legislan en el ámbito de que se trate, los Estados miembros sólo pueden establecer las normas de desarrollo correspondientes en el ámbito al que se aplique dicha legislación. Además, dentro de las competencias compartidas entre la Unión Europea y los Estados miembros, es necesario distinguir entre competencias concurren-

14. Cfr. P. Häberle, "Derecho constitucional común europeo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, 1993, págs. 8 y ss.

15. Cfr. J.M. Areilza Carvajal, "El principio de subsidiariedad en la construcción europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, págs. 73 y ss.

16. Weiler incluye este proceso en el fenómeno de mutación constitucional: absorción, extensión, expansión e incorporación. Especialmente la técnica de los poderes implícitos y la particular cláusula *necessary and proper* comunitaria (art. 235 del Tratado de la Comunidad Europea) representan factores determinantes de aquella mutación constitucional y, en particular, de la transformación de los límites competenciales comunitarios. Cfr. J.H.H. Weiler, *Europa, fin de siglo*, Madrid, CEC, 1995, págs. 52-74, 82, 140-146.

tes con las de los Estados miembros, donde en principio se produce el efecto de desplazamiento de la competencia estatal a favor de la competencia comunitaria, y las competencias complementarias.

En el caso de las competencias concurrentes, su ejercicio por los órganos comunitarios no excluye la posibilidad de que los Estados miembros continúen actuando en ese área, si bien ese ejercicio comunitario impide a los Estados miembros ir contra los actos adoptados por las instituciones comunitarias. En este ámbito concurrencial, la competencia estatal puede ser limitada, como la política agraria, donde la acción normativa comunitaria es muy detallada, o amplia, por ejemplo en materia de medio ambiente<sup>17</sup>.

4) *Competencias locales*, que deben ser objeto de un entendimiento asimismo sistemático y racionalizador, a partir de la garantía institucional de la autonomía local y el principio de suficiencia financiera<sup>18</sup>.

Pues bien, este régimen competencial, que ha transformado el ejercicio de las competencias estatales y autonómicas y la aplicación efectiva del bloque de la constitucionalidad, aún no se ha "nacionalizado" ni integrado de forma sistemática en el Derecho español.

## **2. Las competencias europeas y el principio de primacía: Una cuestión pendiente**

El debate sobre la reforma constitucional quedará condicionado por las cuestiones relativas a la aplicación del Tratado de la Constitución Europea, cuya entrada en vigor tras su ratificación por los Estados, requiere que previamente se haya resuelto el problema de compatibilidad de su artículo 6 con la supremacía de la Constitución de 1978. Recordemos que el principio de primacía del Derecho comunitario ("Derecho de la Unión" según el tenor del artículo I-6) no es igual en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de algunos Estados

17. Cfr. J. J. Solozábal Echavarría, "Consideraciones constitucionales sobre el alcance y efectos de la integración europea", *REP*, núm. 90, 1995, pág. 60.

18. Cfr. J. Font y Llovet, "La reconstrucción jurídica de la autonomía local. Valoración general". *Anuario de Gobierno Local 2003*. Barcelona, 2004; J.M. Bandrés Sánchez Cruzat, *El principio de subsidiariedad y la Administración Local*, Marcial Pons, Madrid, 1999; J.L. Rivero Ysern, "La cooperación interadministrativa local", *RAAP*, núm. 46, 2002, págs. 57-94. Nuestra opinión sobre la incardinación del poder local en el Estado de las Autonomías, J.J. Fernández Alles, "Los pactos locales, entre el Derecho y la retórica política. Especial referencia al caso de Andalucía", *REAL*, núm. 290, 2002, págs. 53-92.

miembros. El Tribunal Constitucional Federal alemán, en la ST Solange I de 29 de mayo de 1974, asumió la prevalencia de los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental de Bonn, en tanto que la Comunidad Europea no contara con un catálogo de Derechos Fundamentales. En la Sentencia Solange II de 22 de octubre de 1986 afirmó que, en tanto las Comunidades Europeas y, en particular, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales, que se considerase equivalente en lo esencial a la protección ofrecida por la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal no ejercería su competencia en materia de aplicación del Derecho comunitario a la luz de los derechos fundamentales. Por su parte, la Sentencia de 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional Federal alemán mantuvo que garantizaría una tutela efectiva de los derechos fundamentales frente al poder público de las Comunidades Europeas y que esa protección debería observarse en lo esencial, puesto que la protección de los derechos fundamentales que exige la Ley Fundamental garantiza de forma general el contenido de los derechos fundamentales. Además, esa función de garantía sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario se realiza en una "relación de cooperación" con el Tribunal de Justicia Europeo que garantiza la tutela de los derechos fundamentales en cada caso concreto para todo el territorio de las Comunidades Europeas, por lo que el Tribunal Constitucional Federal alemán puede limitarse a una garantía general del estándar irrenunciable de los derechos fundamentales.

En el caso del Tribunal Constitucional de Italia, se establece como límites de la primacía del Derecho comunitario los principios generales del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables de la persona -Sentencias 170/84 (Granital) y 232/1989 (Fragd)-.

En la jurisprudencia española, la Sentencia 28/1991, de 14 de abril, afirmó la vinculación al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales. Esta misma Sentencia reconoce la primacía del Derecho comunitario, al igual que lo hacen las Sentencias 64/1991, de 22 de marzo, 130/1995, de 11 de septiembre, y 58/2004, de 19 de abril, entre otras. Ha declarado también el Tribunal Constitucional que el artículo 93 de la Constitución no dota a las normas del Derecho comunitario de rango y fuerza constitucionales ni la eventual infracción de aquéllas por una disposición española entraña necesariamente una conculcación del citado artículo 93 de la Constitución ni convierte en litigio constitucio-

nal lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales (STC 28/1991) o no constitucionales (STC 180/1993, de 31 de mayo), sin que corresponda al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario, control que corresponde a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, siendo una cuestión excluida del ámbito del recurso de amparo (STC 180/1993).

Ahora bien, en las Sentencias 64/1991 y 58/2004, el Tribunal Constitucional se considera habilitado para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciados en los artículos 14 a 30 de la Constitución porque, "en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución". Según la citada STC 58/2004, "el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador del Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es la expresión de la voluntad popular - como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución- y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente".

El problema de la compatibilidad entre la supremacía de la Constitución de 1978 y la primacía del Tratado constitucional sin duda superará el debate sobre la reforma planteada por el Presidente del Gobierno, condicionará su contenido y su posible realización.

#### ***4. La nacionalización del derecho constitucional europeo y la sistematización del régimen competencial español***

¿Sería imaginable desligar el Título VIII del proceso de nacionalización del "derecho constitucional europeo"? Creemos que no. Antes bien, la primera consecuencia que extraemos de la falta de incardinación del régimen competencial europeo<sup>19</sup> en el régimen constitucional español viene a ser la necesidad de nacionalizar el Derecho constitucional europeo en materia competencial<sup>20</sup>, lo que es lógica consecuencia de la "desinternacionalización" de la Unión Europea como consecuencia del Tratado por el que se instituye una Constitución para la Unión Europea, firmado en Roma el día 29 de octubre de 2004.

La Constitución debe regular un sistema competencial coherente y realista y "reconocer" el régimen comunitario europeo y los principios que rigen sus relaciones con el sistema estatal, empezando por el principio de autonomía institucional y procedimental<sup>21</sup>.

El ineludible proceso de nacionalización del Derecho constitucional europeo, la necesidad de corregir los desajustes en la calificación competencial entre la Constitución y los Estatutos de Autonomías y la conveniencia de constitucionar un sistema de relaciones intergubernamentales, nos lleva a plantear una reflexión seria sobre la posibilidad de incluir en la Constitución un régimen competencial español sistemático y articulado a partir de categorías equiparables a los distintos niveles de gobierno: competencias comunitarias europeas, estatales, autonómicas y locales. En este sentido, creemos que nuestro Estado de las Autonomías precisa de un sistema competencial coherente, simplificado y ubicado en el Título VIII, que -no lo olvidemos- además de régimen de organización territorial, tiene sentido como sistema competencial: la organización territorial se explica en cuanto que incorpora un régimen de distribución de competencias: descentralización política y administrativa.

19. Cfr. J. H.H. Weiler, *Europa, fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pág. 206; y S. Cassese, "La costituzione europea", *Quaderno costituzionali*, núm. 3, 1991, págs. 487 y ss.

20. Cfr. F. Rubio Llorente, "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa", cit., pág. 21; Véase E. García de Enterría, "El Proyecto de Constitución Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, pág. 19; J.H.H. Weiler, *El Sistema Comunitario Europeo, Bolonia, Il Mulino*, 1985, págs. 87 y ss. y 124; G. C. Rodríguez Iglesias, "La Constitución de la Comunidad Europea", *Noticias/CEE*, núm. 100, 1993, pág. 99.

21. Mayor desarrollo nuestro sobre esta materia, J.J. Fernández Alles, "Reflexiones sobre la teoría constitucional de la integración europea", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, págs. 9-19.

El Título VIII de la Constitución de 1978 regula una "organización territorial del Estado" presidida por el principio dispositivo y provista de disposiciones adicionales y transitorias que venían a resolver la cuestión territorial (artículos 143-151 CE). Un cuarto de siglo después, su régimen de distribución territorial de poderes ha sido superado por una compleja y dispersa regulación competencial en el que se incardinan: 1) Competencias comunitarias europeas (exclusivas; compartidas: concurrentes, complementarias; implícitas; principios de subsidiariedad y proporcionalidad); 2) Competencias estatales (exclusivas absolutas y exclusivas relativas, compartidas, concurrentes); 3) Competencias autonómicas (exclusivas, compartidas y concurrentes); y 4) Régimen competencial local amparado por la garantía institucional de la autonomía local.

En fin, creemos que ese sistema competencial coherente, articulado sobre esos cuatro niveles de gobierno, antes que con otros contenidos prescindibles, es lo que debiera plantearse como objeto de una reforma constitucional concebida como método de superación del estado actual de regulación competencial, como decimos, muy disperso, complejo e ininteligible para un ciudadano medio<sup>22</sup>.

## ***5. Conclusiones***

1) En el Debate de Investidura celebrado los días 15 y 16 de abril de 2004, el Presidente del Gobierno anunció una "reforma constitucional" limitada" y referida cuatro materias: reforma del Senado, orden de sucesión en la Corona, denominación oficial de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas y referencia al Tratado de 29 de octubre de 2004, por el que se instituye una Constitución para la Unión Europea. Así planteada, aunque se trata de una reforma asumible constitucionalmente -constitucionalidad formal y material- que presenta ventajas de diverso orden, sin embargo, no podemos considerarla imprescindible como método de protección constitucional, ya que los mecanismos de mutación constitucional de nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, la jurisprudencia constitucional, se han mostrado con capacidad suficiente para actualizar la Constitución a las necesidades reales y resolver los problemas y conflictos más complejos de articulación territorial.

22. Sobre la necesidad de una teoría constitucional sobre relaciones intergubernamentales y el sometimiento de estas relaciones a la sede parlamentaria, en J.J. Fernández Alles, "Relaciones intergubernamentales y Administración única en el Estado de las Autonomías", F. Pau y Vall, *El futuro del Estado Autonómico*. Pamplona, Aranzadi, 2001, págs. 69-88.

2) Esa propuesta de reforma limitada, objeto de un Pacto de Legislatura entre el Grupo Parlamentario Socialista y otros grupos parlamentarios, ha sido superada por el debate sobre la eventual reforma constitucional derivada de la ratificación del Tratado de Roma por el que se instituye una Constitución para la Unión Europea, firmado el día 29 de octubre de 2004, cuyo texto plantea problemas de compatibilidad con la Constitución de 1978, según el Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de octubre de 2004: "con carácter previo a la ratificación, es conveniente que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la propia Constitución española".

3) El debate reformador ha servido para suscitar cuestiones constitucionales que avalarían otras alternativas. En este sentido, parece evidente que un Senado cuyos miembros sean elegidos por órganos legislativos o ejecutivos no tendría el grado de legitimación democrática directa que goza actualmente, resultado de los cuatro senadores de cada circunscripción provincial. Las propuestas reformadoras defienden un procedimiento de designación de los senadores, en el que se trata de "quitar al pueblo y poner a órganos", bien a través del modelo del Bundesrat -en Alemania se cuestiona el sistema- o el de las Diputaciones Provinciales. Sin duda, antes que modificar el procedimiento de designación de los Senadores, parecería más útil reforzar la funcionalidad territorial del Senado, esto es, aumentar las competencias "no legislativas" relativas al funcionamiento, cooperación y control de los entes territoriales -el Senado como Cámara de integración- y ubicar los consejos interterritoriales en esta Cámara. Especialmente, si tenemos en cuenta dos consecuencias previsibles: a) Un Senado de tipo alemán quedaría subordinado al poder de los cuadros dirigentes de los partidos políticos, quienes podrían neutralizar en la práctica la reforma que se pretende en la Cámara Alta; y b) Atribuir al Senado competencias legislativas de "única lectura", más que una "reforma del Senado", debería calificarse como una reforma del entero "sistema bicameral asimétrico y desigual" establecido en nuestra Constitución. Menor incidencia en el sistema político tendrá la aplicación del principio de igualdad al régimen sucesorio o las referencias nominales a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades Autónomas, todas ellas consecuencias lógicas de una interpretación sistemática de la Constitución y, en los dos últimos casos, del desarrollo del bloque de la constitucionalidad.

4) La reforma constitucional será presumiblemente aplazada, por razones operativas, al último año de la VIII Legislatura -la reforma del Título II exige

disolución de las Cámaras y queda por conocer la Declaración del Tribunal Constitucional sobre el Tratado de la Constitución Europea-, y aunque hemos concluido que su iniciación, tramitación y aprobación no es imprescindible para mantener la eficacia constitucional, ya que el ordenamiento tiene mecanismos (mutación constitucional) de validez más que demostrada, tiene al menos el valor suscitar debates y reflexiones sobre la forma de perfeccionar nuestra norma suprema, con el fin de "ponerla al día", preservar su vigencia y velar por su normatividad. En este orden de ideas, un concepto actualizado y razonable de Constitución, como norma suprema y como sistema de valores, incluso como parte de la dimensión cultural del Estado, exige concebir la reforma constitucional que se pretende como un instrumento de adecuación entre realidad jurídica y realidad política, de articulación de la continuidad jurídica del Estado, de cumplimiento de una institución básica de garantía y de plasmación y fortalecimiento del sentimiento constitucional. Nunca podrá ser una forma de satisfacer las pretensiones -insólitas en Europa pero aún subsistentes en el Estado de las Autonomías- que reniegan abiertamente de la Constitución, de sus valores fundamentales y del sistema político español como marco de convivencia.

5) Planteamos una reflexión de *constitutione ferenda* sobre la conveniencia de incorporar al Título VIII un sistema competencial coherente y sencillo en virtud del cual el ciudadano pueda conocer, con mínima claridad, cuáles son los distintos niveles competenciales del Estado (europeo, estatal, autonómico y local), cuáles son las competencias que corresponden a cada nivel y cuáles son los principios articuladores de ese sistema competencial; un sistema que actualmente no existe y que reemplazaría una redacción constitucional ajena al desarrollo del bloque de la constitucionalidad y del proceso comunitario europeo. Entre las consecuencias derivadas de la implantación de ese sistema, que debe incorporar un régimen de relaciones intergubernamentales, y que ha de huir de toda consideración del Estado de las Autonomías y del proceso constitucional europeo como compartimientos estancos -ya que están íntimamente relacionados-, hemos de destacar la lógica reducción de la conflictividad competencial que ello provocaría ante el Tribunal Constitucional (imaginemos su aplicación al supuesto resuelto por la STC 194/2004, de 4-11) y la consolidación del sentimiento constitucional, que sólo puede existir si los ciudadanos entienden su Constitución.

## VI. Nota bibliográfica

La bibliografía esencial para analizar la reforma constitucional anunciada para la VIII Legislatura de las Cortes Generales, y valorar sus consecuencias, la podemos encontrar en las obras generales y manuales de la disciplina constitucional, algunos de cuyos autores han publicado recientemente en la prensa una visión actualizada de sus teorías sobre la reforma pretendida. Citamos, sin pretensión de exhaustividad, E. Aja Fernández, "De los Gobierno autonómicos", *El País*, 2 de mayo de 2004, pág. 17; M. Clavero Arévalo, "Nacionalidades y regiones", *Diario de Cádiz*, 3 de mayo de 2004, pág. 7; M. Jiménez de Parga, "Mutación, sí; reforma, no," *ABC*, Madrid, 30 de noviembre de 2003, pag. 3. J.J. Solozábal Echavarría, "Una Cámara de integración. ¿Cómo debe ser la reforma del Senado?", *El País*, 2 de mayo de 2004, pág. 17; G. Peces Barba, "Honrar a la Constitución", *El País*, 18 de julio de 2003, pág. 17, "La memoria y el olvido" *El País*, 22 de mayo de 2004, pág. 13; P. González-Trevijano, "Entre las manos en la Constitución", *ABC*, Madrid, 7 de diciembre de 2003, pág. 3, "Nuestro nombre es democracia", *ABC*, Madrid, 27 de marzo de 2004, pág. 3, y "Dadaísmo constitucional", *ABC*, Madrid, 5 de septiembre de 2003, pág. 3; M. Carrillo, "Los ciudadanos y los poderes en la Constitución", *El País*, 10 de octubre de 2003, pág. 17; J. Varela Suanzes-Carpegna, "España en la Constitución", *El País*, 26 de abril de 2004, pág. 17; F. De Carrera, *La Vanguardia*, 8 de enero de 2004, pág. 11; y M. Jiménez de Parga, "Otras circunstancias, otro consenso", *ABC*, Madrid, 10 de junio de 2004, pág. 3.

Acerca de la concepción, naturaleza y contenidos de la reforma constitucional, P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos, 1985; G. De Vergottini, "Referendum e revisione costituzionale: una analisi comparativa", *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. XXXIX, núm. 2, 1994; M. Dogliani, "Potere costituente e revisione costituzionale", *Quaderni Costituzionali*, núm, 1, 1995; T. Groppi, "La reforma constitucional en los Estados federales entre pluralismo territorial y no territorial", *Revista de Derecho Político*, 54, 2002; págs. 113-127; "La revisione costituzionale negli Stati decentrati tra pluralismo territoriale e aterritoriale", *Le Regioni*, núm. 5, 2002. M. Martínez Cuadrado, "El espíritu de reforma constitucional y el método filisteo de contrarreforma", *Cuenta y Razón*, 98, 1996; A. Pace, "Constituciones rígidas y constituciones flexibles", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 33, 2000, págs. 3-37; A. Pace, J. Varela Suanzes, *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid, CEC, 1995.

Sobre el desarrollo de la Constitución territorial y el bloque de la constitucionalidad, L. Favoreu; F. Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, Cuadernos Cívitas, Madrid, Universidad de Sevilla-Civitas, 1991, y el *Informe de la Comisión de Expertos*, Madrid, 1981; P. Pérez Tremps, en L. López Guerra y otros, *Derecho Constitucional*, 2 vol., 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanc, 2000, págs. 287 y 302 y ss; L. López Guerra, "Algunas notas sobre la igualación competencial", *DA*, 232-233, 1992-1993; "Modelo abierto y hecho diferencial", *RVAP*, 46, III, 1997; "Conflictos competenciales, interés general y decisión política", *RCEC*, 1, 1988, 293 y ss; F. Rubio Llorente, "Sobre la conveniencia de terminar la Constitución antes de acometer su reforma", *Claves de la razón práctica*, 25, 1992, pág. 13; J. Pérez Royo, "Desarrollo y evolución del Estado autonómico: el proceso estatuyente y el consenso constitucional", AA.VV, *El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1996, págs. 51-70, y E. Aja, *El Estado autonómico: Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza, 1999.

En relación con los planteamientos clásicos sobre el sistema competencial descentralizado, su dinamicidad y adaptación a través de la mutación constitucional, véase C. J. Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia*. 2 vol. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1975.

Sobre el entendimiento integral de los sistemas territoriales en el seno de la Unión Europea, A. La Pergola, *Los nuevos senderos del federalismo*. Madrid, CEC, 1994; y J.H.H. Weiler, *El sistema comunitario europeo*, Madrid, CEC, 1995.

En relación a la función de integración que el poder constituyente y la Constitución han de aplicar, atiéndase a los fructíferos debates entre H. Kelsen, *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Madrid, Tecnos, 1997; y R. Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1985.

Algunas obras de referencia sobre la reforma de la organización territorial y los problemas del Estado de las Autonomías, E. García de Enterría, *La revisión del sistema de autonomías Territoriales: reforma de estatutos, leyes de transferencia y delegación, federalismo*. Madrid, 1988; "Los fundamentos constitucionales del Estado", *REDC*, 52, 1988, *La distribución de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución española*, Madrid, 1980; S. Muñoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. 2, Madrid, Civitas, 1984;

M. Fraga Iribarne, *La Administración única. Una propuesta desde Galicia*. Santiago de Compostela, 1992; J. J. Solozábal Echavarría, *Nación y Constitución*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2004; "El marco constitucional del debate sobre el Estado autonómico español", *Documentación Administrativa*, 232-233, 1993; *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, Madrid, McGraw-Hill, 1998; E. Aja, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, cit.; P. Cruz Villalón; J. Tornos Más, "Las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas: Perspectivas de futuro", *RAAP*, 12, 1992, págs. 13-15.; F. Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1988; A. Sánchez Blanco, "La participación institucional de las comunidades autónomas en la política económica del Estado: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional", en *Los derechos fundamentales y libertades públicas II: XIII jornadas de estudio*. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1993, vol. II, págs. 1505-1531; M. Revenga Sánchez, "El Estado autonómico como Estado "del conflicto": El Parque Nacional de Doñana", *El sistema competencial de la Junta de Andalucía*, Granada, Comares, 2003, págs. 449-464.

En relación con la concepción del sistema competencial autonómico en el caso andaluz, J. L. García Ruiz. *El Derecho propio de Andalucía, Jerez de la Frontera*, 1992; y "Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía y su desarrollo efectivo", *El sistema competencial de la Junta de Andalucía*, Granada, Comares, 2003, págs. 47-106.

Sobre planteamientos innovadores e ideas para el debate, M. Ballbé; R. Martínez.; *Soberanía dual y Constitución integradora*. Barcelona, Ariel Derecho, 2003. Y sobre federalismo comparado y las técnicas que podrá incorporarse a nuestro bloque de la constitucionalidad, véanse la obra completa de D. J. Elazar y de D. S. Wright, *Unders-tanding Intergovernmental Relations*. Harcourt Brace y Co. 1988; H. P. Schneider. y K. Seidel, "Administración del Estado federal", AA.VV. *La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònòmics, 1997; K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, 1987; E. Katz, "El federalismo norteamericano: pasado, presente y futuro", *Temas de la Democracia*, Publicación Electrónica de USIS, vol. 2, núm. 2, mayo de 1997; N. Pérez Sola, "Riforme costituzionali e integrazione comunitaria: analisi comparata", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 1999; págs. 929-943; G. Rolla, "La influencia de la Constitución española en el debate sobre la reforma

de la Constitución en Italia", *La Constitución Española de 1978: 20 años de democracia*. Madrid. Congreso de los Diputados. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; págs. 455-469; R. Arnold, "La reforma constitucional en Alemania", *Revista de Derecho Político*, 37, 1992; págs. 375-384; P. Häberle, "Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania", *Pensamiento Constitucional*, núm. 7, 2000, págs. 15-43; A. Pizzorusso; A. Romboli, y R. Tarchi, "In difesa dei valori della Costituzione", *Il Foro Italiano*, v. CXIX, núm 9, sett., 1994; págs. 377-382; A. Pizzorusso, y E. Rossi, "Italie: Revision de la Constitution et justice constitutionnelle", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. X, 1995; G. Ruiz-Rico Ruiz, "El Proyecto de Reforma Constitucional en Italia: la nueva concepción del bicameralismo y regionalismo", *REDC*, 36, 1992, J.J. Fernández Alles, "Bases para una teoría constitucional española sobre relaciones intergubernamentales", *REDC*, 72, 2004.

Finalmente, acerca de la concepción de la Constitución y su adaptación como desarrollo de una ciencia de la cultura, los valores que incorpora y su cumplimiento, P. Häberle, *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid. Tecnos, 2000; y *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid. Tecnos, 2002.

**LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL  
SENADO EN ESPAÑA: UNA LECTURA DESDE EL “PATRIMONIO  
COMÚN EUROPEO” DE LA FORMA DE GOBIERNO  
PARLAMENTARIA**

*Juan José Ruiz Ruiz*  
*Profesor de Derecho Constitucional Comparado*  
*Universidad de Jaén*

**SUMARIO**

- 1. Planteamiento introductorio.*
- 2. Bicameralismo y forma de gobierno parlamentaria europea: el gobierno de legislatura.*
- 3. Del bicameralismo paritario a la “one-and-a-half-house”: la legitimidad para gobernar como legitimidad para legislar.*
- 4. La subordinación del senado al congreso en España: la voluntad del constituyente.*
- 5. El senado reivindica su status de Cámara co-legisladora: el conflicto entre congreso y senado ante el TC (STC 97/2002 de 25 de abril).*
  - 1. Alegaciones del Senado: coherencia entre el art. 66 CE y el art. 90.2 CE.*
  - 2. Posición crítica frente a los fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional.*
- 6. Conclusiones.*

### *1. Planteamiento introductorio*

El reconocido propósito del plan para reformar el Senado es, como ya ha expresado el Gobierno, acercar el Senado a lo que la Constitución dice que es. En efecto, no se puede hablar de una cámara territorial o de los territorios autónomos cuando sólo una cuarta parte del Senado responde a esta configuración. Con este enfoque, parece no ya deseable sino necesario acometer una reforma que afecte a la composición del órgano para convertirlo en mecanismo de participación autonómica en la legislación. Pero ¿y los poderes de un futuro Senado reformado? Con un Senado "reforzado" en la legislación, o, al menos aquella que tenga relevancia para el pluralismo territorial, ¿se "reforzaría igualmente" el carácter territorial de la segunda Cámara? El sentido común sugiere que así sería. Pero ¿existe algún límite constitucional para acrecer los poderes legislativos del Senado? En mi opinión sí.

A pesar de que la CE es teóricamente revisable en su totalidad (arts. 167 y 168 CE), existen unos "standars mínimos" que desde el punto de vista material funcionan como límites en tanto que expresivos del Estado Social y Democrático de Derecho. De ahí que, por ejemplo, el contenido esencial de los derechos fundamentales suponen "de facto" una barrera que resultaría probablemente infranqueable para el poder constituyente reformador. Al menos, pues, en el campo de los derechos es defendible la existencia de unos límites.

Pero ¿sucede igual en el terreno institucional o de la forma de gobierno? A mi juicio, si se adopta como parámetro las exigencias de la democracia mayoritaria vigente en la práctica totalidad del continente europeo, se puede sostener la vigencia de reglas materiales que, si se llegaran a modificar, implicarían no una reforma constitucional que afecte sólo a la "Constitución territorial", sino que podría tener amplias repercusiones sobre los principios sobre los que se asienta una democracia mayoritaria, que tras una larga evolución es la forma de gobierno predominante en Europa.

Quizá por ello el constitucionalismo europeo actual está inmerso en reformas constitucionales que se mueven todas ellas en una misma dirección: afianzar la democracia mayoritaria en su forma parlamentaria como una construcción de invención europea, basada en la forma parlamentaria y que recoge las aspiraciones actuales de las democracias europeas de fundar la forma de gobierno en esquemas de legitimación directa y de operatividad gubernamental.

## ***2. Bicameralismo y forma de gobierno parlamentaria europea: el gobierno de legislatura***

En realidad, existe y se puede hablar hoy de un sustrato común, de "un patrimonio constitucional europeo" que tiene como base la tradición constitucional europea del "buen gobierno", es decir de "un gobierno elegido libremente por el cuerpo electoral y responsable ante él; un gobierno sujeto al juicio de los electores, que pueda actuar a partir de él, mediante el voto como 'acto constitucional', que puede ser de premio o de sanción, o bien de renovación o denegación de la confianza"<sup>1</sup>.

Una de las instituciones que (aunque se suele olvidar en España) está sujeta a esa suerte sustrato de reglas materiales que afectan a la forma de gobierno es el bicameralismo: el bicameralismo tradicional de contrapesos ha sufrido cambios o ajustes para hacerlo compatible con las reglas materiales de una democracia mayoritaria de partidos. Esta expresión condensa en efecto cuáles han sido las transformaciones por las que el bicameralismo ha debido pasar para adaptarse a la vigencia de nuevas reglas materiales que, en cuanto tales, no son ya las mismas que la del bicameralismo de contrapesos.

La división interna del Poder Legislativo en dos cámaras era una reproducción a escala de los contrapesos que desde Montesquieu venían fundamentando una acción recíproca de las distintas "potestades", quienes "por la fuerza de las cosas" ("par le mouvement nécessaire des choses") estarían "costreñidas" ("elles sont contraintes d'aller") a actuar en concierto ("elles seront forcées d'aller de concert")<sup>2</sup>.

Sin embargo, no es sólo el riesgo de parálisis que un desacuerdo entre cámaras puede producir en un modelo de bicameralismo paritario lo que ha impulsado las transformaciones más recientes de la dualidad de cámaras, como si de una cuestión de eficacia o de agilidad se tratase<sup>3</sup>. Las raíces de estas transformaciones son más profundas y afectan de lleno al plano de la forma de gobierno parlamentaria en el actual estadio de su evolución.

1. Tommaso Edoardo Frosini, "Premierato e sistema parlamentare", en *T.E. Frosini* (a cura di), *Il Premierato nei governi parlamentari*, Torino, 2004, pág. 34.

2. Montesquieu, *De l'Ésprit des lois*, T.I, Livre XI, Chapitre VI, Gallimard, Paris, 1995, pág. 339.

3. En efecto, como explica Vincenzo Baldini, el bicameralismo "concorre in ultima analisi a rallentare o, comunque, a rendere più complessa la realizzazione dell'indirizzo politico di maggioranza, e, dunque, a condizionare l'esercizio della funzione legislativa". Vincenzo Baldini, *Instituzioni della rappresentanza politica e assetto federale nell'ordinamento tedesco. L'esperienza del Vermittungsausschuß*, Napoli, 2001, págs. 1-2.

Lo que pone en cuestión la paridad de poderes de dos cámaras es una de las reglas materiales de lo que Ackerman denomina *constrained parliamentarism* europeo<sup>4</sup>, consistente en que el partido ganador de las elecciones en la cámara baja, no sólo forma Gobierno, sino que su programa de gobierno, y en especial la orientación política de los proyectos no puede verse interferida por ninguna otra mayoría que la que le sirve de sostén en la cámara baja. De lo contrario, con una segunda cámara de mayoría distinta a la de diputados, un veto significaría en la práctica un reconocimiento tácito de que en la legislación son posibles orientaciones políticas enfrentadas entre sí, como si no hubiera sido uno solo el partido ganador de las elecciones, sino (por diferir las reglas de composición) dos partidos con una misma legitimidad ganada en las urnas<sup>5</sup>.

En realidad la fórmula de la democracia mayoritaria trata de asegurar un "Gobierno de Legislatura", es decir un Gobierno que gozará de todo el tiempo del que dura el período de legislatura para poner en marcha un mandato recibido en las urnas, articulado en un programa de gobierno. El llamado modelo de Gobierno de Legislatura posee unos rasgos que al mismo tiempo que lo identifican, funcionan como límite que evitan confundirlo con cualquier forma de democracia plebiscitaria<sup>6</sup>. Entre ellos hay que citar:

- se mantiene la relación de confianza del Gobierno con el Parlamento, con la posibilidad de remoción del primero a través de la moción de censura;
- es necesaria la elección "contextual" del Primer Ministro y del parlamento

4. Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, vol. 113, núm. 3, January 2000, pág. 636. Ackerman reconoce profesar una fé inquebrantable en este modelo de parlamentarismo vigente en el continente europeo (excluye expresamente el modelo Westminster) por el rendimiento tan satisfactorio en los regímenes democráticos, atreviéndose a afirmar que el *constrained parliamentarism* va a ser el motor de las transformaciones en la relación de poderes en todo el mundo: "I reject Westminster as well as Washington as my guide and proffer the model of constrained parliamentarism as the most promising framework for future development of the separation of powers. Not only has this model set the terms of the post-war settlement with the Axis powers, but it also characterizes many of the more successful democratic regimes that have emerged from the dissolution of the British Empire[...] Constrained parliamentarism, then is a rising force in the world, and there is much to be learned from its practical operation over the past half-century". *Ibidem*, pág. 640.

5. Como apunta Vincenzo Lippolis "in caso di maggioranza divergenti nelle due Assemblee sarebbe impedita la formazione di un univoco indirizzo politico e di un Governo stabile, sarebbe cioè impedita la realizzazione dello schema della democrazia immediata in cui il Governo del Premier si iscrive". Vincenzo Lippolis, "Il bicameralismo e il Senato federale", en *Fondazione Magna Carta, La Costituzione promessa. Governo del Premier e federalismo alla prova della riforma* (a cura di Peppino Calderisi, Fabio Cintioli, Giovanni Pitruzzella), Rubbettino Editore, Catanzaro, 2004, pág. 70.

6. En este sentido, comentaba Galeotti que "essenziale al Governo di legislatura è il funzionamento simbiotico dell'Esecutivo e del Legislativo, che si realiza attraverso meccanismi di omogeneizzazione degli indirizzi, oltre che di stabilizzazione organizzatoria". Serio Galeotti, *Un Governo scelto dal popolo: "Il Governo di Legislatura"*, Milano, 1984, pág. 77.

de modo que no se presentan autónomamente a las elecciones del cuerpo de electores, de modo que así se evita que cada uno aparezca como provisto o respaldado con una legitimidad directa que enfrente a uno contra el otro;

- además de esta elección "contextual" se debe asegurar la existencia de un vínculo entre el Presidente del Gobierno y una mayoría parlamentaria, lo que comporta dos importantes consecuencias:

1°. Se acentúa que las elecciones se centren en la preferencia de los electores sobre los distintos programas antes que sobre las personas candidatas a ocupar el cargo de Primer Ministro;

2°. Así se atenúa cualquier deriva plebiscitaria de la elección del Presidente del Ejecutivo, siempre presente en las democracias mayoritarias (especialmente en el presidencialismo y semi-presidencialismo).

3°. Se tiende a favorecer la consecución de una mayoría parlamentaria de la misma composición política que la que elige al Presidente del Gobierno.

El gobierno de legislatura acentúa y potencia tanto la legitimidad democrática como el rendimiento institucional de un gobierno moderno con capacidad de maniobra sin obstáculos institucionales pero manteniendo, para no derivar en un gobierno plebiscitario determinados instrumentos de responsabilidad. No creo que sea un atrevimiento afirmar que el gobierno de legislatura es una necesidad de las democracias modernas.

La construcción de esta modalidad de gobierno de legislatura se asienta en los objetivos de toda democracia mayoritaria que básicamente son: 1) primero, dar más poderes a los electores, y, 2) aumentar o potenciar

- a) la legitimidad;
- b) la estabilidad;
- c) la potencialidad operativa del gobierno<sup>7</sup>.

a) Por lo que se refiere a la legitimidad la democracia mayoritaria busca una "inmediatez expresiva respecto a la expresión conflictual y articulada del sujeto titular de la soberanía, una más directa capacidad de aparecer como emanación del poder popular"<sup>8</sup>.

7. Cfr. Gianfranco Pasquino, *Mandato popolare e Governo*, Bologna, 1995, pág. 37.

8. "L'interrogativo più importante in questi anni è stato se il conferimento di un mandato politico-elettorale sia tecnicamente fattibile e con quali strumenti elettorali e istituzionali". Gianfranco Pasquino, *Mandato popolare...*, cit., pág. 37.

b) La cuestión de la estabilidad viene siendo entendida como la necesidad de la eficiencia del rendimiento de las instituciones: "Es imposible pensar que la rapidez de los procedimientos de intervención pueda ser asegurada con la duplicación de sedes orgánicas que conlleven reiteración de los procedimientos necesarios para la producción de actos de competencia parlamentaria. Sería ardua la prueba de quien quisiera demostrar que las transformaciones operadas en la sociedad contemporánea puedan admitir una duplicación procedimental para aquellos fines de enfriamiento de las deliberaciones legislativas y/o de indirizzo en nombre de la exigencia de la meditación"<sup>9</sup>.

c) En cuanto al rendimiento u operatividad del gobierno, una primera diferencia a tener presente en las democracias mayoritarias con estructura bicameral es el tipo de mandato de cada una de las cámaras. La representación, como ha dicho Pitruzzella, tiene dos rostros "rappresentazione", que es lo que los alemanes identifican con Repräsentation y que alude a la unidad de lo representado, y otro rostro es el de la "rappresentanza", que para la doctrina alemana se corresponde con el concepto de Vertretung, en la que lo representado es una multiplicidad<sup>10</sup>.

En definitiva, la forma parlamentaria actual ha modelado el bicameralismo redireccionándolo hacia una fusión de Poder Legislativo y Ejecutivo basada en la legitimidad democrática de un programa de gobierno. En esta fusión no existen ya fronteras, ni se permiten órganos interpuestos que puedan alterar "un mandato de gobierno" expresado por los electores. El elector no elige ya sólo representantes, sino que, además de éstos también refrendan un programa legislativo. Como escribía Leopoldo Elia el elector determina con su voto "men and measures [...]": el Premier, los ministros y el partido de la mayoría garantizan, con su coordinación las líneas más importantes del programa serán realizadas"<sup>11</sup>.

En este sentido, cuando tantas veces se ha hablado de parlamentarismo racionalizado como garantía de la estabilidad de gobierno, entendida como permanencia del Gobierno ante derrotas puntuales en las cámaras, habría que hablar en la actualidad de una especie de perfeccionamiento de este modelo que habría añadido a los mecanismos garantes de la estabilidad del Gobierno un diseño institucional que si no cabe calificarlo como monocameralismo de facto, no es

9. Gianni Ferrara, *L'altra riforma nella Costituzione*, Roma, 2002, pág. 35.

10. Giovanni Pitruzzella, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 5ª ed., 1998, pág. 19.

11. Leopoldo Elia, "Forme di Governo", *Tratto da Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1985, pág. 21.

desde luego encuadrable desde el punto de vista de los poderes en la legislación como bicameralismo, sino más bien, como propone Ackerman como *one-and-a-half-house*<sup>12</sup>: es lo que en el continente se viene conociendo como bicameralismo atenuado. El llamado "dilema del bicameralismo especular" (dos cámaras una espejo de la otra) consiste en que la presencia de una Cámara no depositaria de un mandato político (es evidente que una Cámara de las Regiones no participa de la relación de confianza con el Ejecutivo) haría posible desde luego una articulación de la ley electoral que produzca mayorías parlamentarias (es decir, mayorías de partido elegidas por sufragio y en consecuencia legitimadas democráticamente), pero "una acentuación mayoritaria de la ley electoral en presencia de dos Cámaras políticas dejaría siempre abierto el riesgo de la creación de mayorías parlamentarias divergentes"<sup>13</sup>.

### ***III. Del bicameralismo paritario a la "one-and-a-half-house": la legitimidad para gobernar como legitimidad para legislar.***

Se ha producido a lo largo del siglo XX lo que se ha dado en llamar "novación"<sup>14</sup> del bicameralismo, que ha supuesto que en todo caso el bicameralismo, si bien permanece como estructura, reduce el ejercicio de la potestad legislativa a una sola cámara con poder de decidir, con miras a configurar una garantía de estabilidad, no ya en la permanencia del Gobierno, sino en la orientación política de la legislación, que es lo mismo que hablar de la consolidación del Gobierno-director de la legislación: el ejecutivo no sólo la introduce en las cámaras, sino que con la legitimidad de una mayoría y de un mandato electoral, dispone de la legislación en sí misma puesto que, a estos efectos, (y salvo mayorías cualificadas), el Ejecutivo depende de sí mismo para legislar.

Tratándose de un Parlamento bicameral, la principal consecuencia de hacer depender al Gobierno de sí mismo para sacar adelante sus proyectos ha sido la de introducir a nivel constitucional normas de cierre que, ante el eventual desacuerdo entre las cámaras, sometan la decisión final sobre un proyecto sobre el que existen discrepancias, a la cámara que tiene la confianza del Gobierno. Sólo así se consigue que la orientación política de la legislación sea la expresada en

12. Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers", cit., pág. 636.

13. Beniamino Caravita, "Per un Federalismo equilibrato e solidale", en *Rassegna Parlamentare*, 2003, núm.2, anno XLV, Aprile/Giugno, pág. 275.

14. Utilizando la expresión del constitucionalista francés Weber de la que se han hecho eco casi todos los estudios sobre el bicameralismo. Cfr. Yves Weber, "La crise du bicaméralisme", *Revue du Droit Public*, t. LXXXVIII, núm. 3, 1972.

las urnas. Pero el matiz está en que lo que antes fue una norma de cierre para no bloquear la aprobación de una ley, prefiriendo a la cámara con mayor representatividad, hoy se ha convertido más bien en una velada atribución directa a la cámara baja de la capacidad decisoria en la aprobación de la ley, lo que equivale a decir que sin su consentimiento es imposible aprobar una ley: a estos efectos la aprobación de la cámara baja llega a ser una auténtica competencia de sanción parlamentaria de la ley. La cámara baja es, en palabras de Ackerman una *full lawmaking authority*<sup>15</sup>.

Pues bien, es esta regla material la que ha cambiado la fisonomía del bicameralismo en la actualidad, de modo que el bicameralismo paritario no tiene ya cabida precisamente por las disfuncionalidades que genera en el plano del *constrained parliamentarianism*. En el fondo, en el bicameralismo paritario "flotaba" el problema del cuestionamiento de la legitimidad del partido vencedor en las elecciones para, sin obstáculos de terceros (de una segunda cámara con poder de veto), plasmar en leyes un mandato electoral incontestable desde el punto de vista de la legitimidad.

- Si esta regla material es ya de por sí lo suficientemente importante para explicar las transformaciones que han tenido lugar desde comienzos del siglo XX en los bicameralismos europeos, también cuentan aquellas otras reglas que hacían acuciante la adaptación del bicameralismo a la fórmula democracia de partidos.

- En efecto, el abandono de las cámaras de notables o de puestos hereditarios ha venido a ser en este sentido un "regalo envenenado" para el viejo dogma liberal del bicameralismo: La conversión de las Cámaras Altas a cámaras electivas si bien en apariencia reforzaba su legitimidad al seguir el mismo sistema de composición que las cámaras bajas planteaba el problema más arriba comentado de abocar a procesos electorales en los que un partido es ganador en una cámara y otro en la otra. ¿Qué partido tiene el mandato de los electores para legislar en una determinada dirección? ¿O es que siendo la legitimidad la misma, cabe reconocer una suerte de doble mandato y así volver al bicameralismo de contrapesos? La reforma de la Cámara de los Lores de 1911 prefirió adecuar los poderes de la cámara a los principios de la forma de gobierno, rechazando expresamente retocar la composición en sentido electivo, precisamente en base a este argumento de cómo resolver la contradicción de mayorías diferentes de partido en cada cámara. No es, como a veces se comenta, la resistencia de los Lores here-

15. Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers", cit., pág. 685.

ditarios o vitalicios la que impidió una reforma de esta cámara en sentido democrático<sup>16</sup>, sino que la razón está en que el parlamentarismo de Premier legisla con una cámara o, para ser más exacto con *one-and-a-half-house*.

- Los constitucionalistas a los que tocó vivir la transición del bicameralismo paritario al bicameralismo imperfecto o atenuado no supieron explicar muy bien cómo la forma de gobierno parlamentaria había generado ya un principio material incompatible con el anticuado bicameralismo de paridad de poderes<sup>17</sup>: sólo hay un partido con mandato de formar gobierno y de gobernar legislando, el partido de la cámara baja, que es la que tradicionalmente toma como base de su elección el criterio poblacional y se suele regir por normas de escrutinio más proporcionales y, en consecuencia, más realistas que las de las segundas cámaras.

16. Cfr. Juan José Ruiz Ruiz, "El principio bicameral y la democracia parlamentaria británica: La reforma de la Cámara de los Lores", *Revista de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, núm. 37, 1996, págs. 109-172. Cfr. asimismo, Juan José Ruiz Ruiz, "La Cámara de los Lores y su oposición al Welfare State (1906-1911): Notas para un estudio de los bicameralismos descompensados", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 109, junio-septiembre, 2000, págs. 133-172.

17. Los estudios doctrinales no encontraban explicación satisfactoria en las décadas en que se produjeron estas transformaciones. Las razones que se apuntaban eran: a) Las Constituciones no habían abandonado las fórmulas clásicas de la monarquía constitucional en las que, sin constitucionalización expresa de la exigencia de responsabilidad política al Gobierno, la legislación era el campo adecuado en el que expresar un voto de desconfianza. El voto de las leyes había conservado por tanto el valor de un instrumento capaz de abrir una crisis de gobierno. b) La posibilidad de mayorías refractarias en las cámaras convertiría en inviable el sistema parlamentario de Gabinete, lo que obligaba a negar poderes tanto de control como de aprobación de la ley a una de las asambleas, pero resultaba difícil justificar desde la teoría democrática tal reducción de poderes sin un reconocimiento expreso en el Texto constitucional. Dendias veía "algo de paradójico en dos tendencias tan opuestas: disminuir por una parte la influencia de la segunda Cámara y ampliar por otra parte la base de su reclutamiento. Estas tendencias, tienen por objeto la democratización completa de la institución del mismo modo que su reducción en poderes en favor de la Cámara de Diputados, no pueden en ningún caso cumplir su fin; una segunda Cámara, elegida por sufragio universal directo, tiene las más de las veces una mentalidad parecida a la de la Cámara baja y como consecuencia no puede servir de freno y de poder moderador en la vida pública. Desde el momento en que la Cámara alta apoya su reclutamiento sobre el principio democrático, debe tener la misma competencia que la Cámara Baja". Michel Dendias, *Le problème de la Chambre Haute et la représentation des intérêts. A propos de l'organisation du Sénat grec*, Paris, 1929, pág. 179. Sharp, por ejemplo, veía clara la "contradicción entre los dos movimientos paralelos que se observan, en lo que se refiere a la segunda cámara: de una parte se busca dotarla de una base cada vez más democrática [...]; de otra parte, se tiende [...] a disminuir la importancia de sus atribuciones, bien sea legalmente, bien sea en la práctica". La legitimidad electiva era por tanto, para quienes, como estos autores sólo adoptaban el punto de vista de la representatividad, por decir así, la "fuente" de los poderes de ambas cámaras, tal y como apuntaba Sharp: "el modo de nombramiento de la segunda cámara ejerce ciertamente una influencia decisiva sobre el carácter de su papel legislativo. Si resulta directamente del sufragio universal, la lógica, igual que la práctica, exige que esté en un pie de igualdad con la otra cámara". W.R. Sharp, *Le problème de la Seconde Chambre et la démocratie moderne*, Thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1922, pág. 129.

Todo ello ha traído consigo una suerte de mutación o novación en el bicameralismo que marcaba las fronteras entre dos cámaras bien diferenciadas y el actual modelo de *one-and-a-half-house*. Basta apuntar algunos de los rasgos característicos que impregnaron el bicameralismo en boga antes del advenimiento de la democracia parlamentaria de partidos:

- En el sistema anterior la ley era un acuerdo entre las dos cámaras sobre su contenido y oportunidad.

- Por consiguiente no se trataba meramente de un concurso en la elaboración de la ley (en el sentido de participación, de haber tomado parte), sino un concurso de voluntades.

- Los textos constitucionales no recogían ninguna norma de cierre para el caso de desacuerdo entre las cámaras. Si éste persistía, simplemente no había ley.

- En cambio, se dejaba a los reglamentos de las Cámaras una total flexibilidad para regular procedimientos de conciliación o de arreglo de discrepancias sobre los que abordar un texto consensuado. Éste era el caso de las comisiones mixtas (de origen británico) o el de la navette (de origen francés), en el que en sucesivos reenvíos de una cámara a otra se iban "puliendo" los puntos de desacuerdo.

- El procedimiento legislativo era mucho más lento al no estar normalmente sujeto a plazo.

- Respecto a la forma de gobierno, si éste veía frustrados sus proyectos por un partido con mayoría de escaños en la segunda cámara debido al diferente sistema electoral y de escrutinio, la única "salida" desde el punto de vista de los mecanismos que disciplinan el sistema parlamentario era disolver la cámara baja, (caso británico) en el entendimiento de que si las urnas revalidaban la misma mayoría de gobierno, por convención constitucional la Cámara Alta debía avenirse al "plebiscito" en las urnas.

En la democracia mayoritaria de partidos un cambio fundamental es que se pierde la visión de que las cámaras "acuerdan" el contenido de la ley, del concurso de voluntades se pasa al concurso en la elaboración lo cual determina entre otras cosas, los siguientes rasgos:

- El viejo dogma de que en un parlamento bicameral ambas cámaras son colegisladoras se toma ahora sólo en sentido formal: haber tomado parte en la elaboración, a través de propuestas de enmiendas o de veto.

- Con este enfoque es asumible que un texto sea aprobado como ley del

Parlamento aun contra el expreso deseo de una de las Cámaras.

- La técnica jurídica empleada para salvar posibles contradicciones es la regla de la imputación: las dos cámaras actúan como un órgano complejo colegiado en el que el acuerdo final se imputa a todo el órgano, Parlamento, quedando incluidos los que han discrepado de tal acuerdo.

- La tendencia es la de no contemplar mecanismos de conciliación que propicien el acuerdo de voluntades. Ante una discrepancia resuelve siempre la misma cámara de donde salió el proyecto (siempre la cámara de diputados).

- Propiamente no se puede hablar de norma de cierre en casos por lo menos como el español, puesto que una norma de cierre es siempre un último recurso para cuando persista el desacuerdo, pero la automaticidad del art. 90.2 CE impone que cualquier alteración a un texto formulada por el Senado, no se discute entre ambas cámaras: el Congreso de los Diputados las recibe y decide sobre ellas.

- Existen plazos breves para el examen de los textos en la segunda cámara (dos meses en España).

- En el supuesto que un veto llegase a ser introducido en el Senado (es inexcusable que sea por mayoría absoluta), después de ser superado en el Congreso, el Gobierno puede decidir la disolución del Senado para buscar una mayoría más favorable a la que ha opuesto el veto (art. 115 CE).

- En el caso de que la cámara baja no logre ratificarse en un texto vetado en el Senado, la "salida" más probable será disolver la cámara baja o ambas, pero nada impide de nuevo disolver sólo el Senado para, con una mayoría más favorable volver a introducir el texto rechazado.

#### ***4. La subordinación del Senado al Congreso en España: la voluntad del constituyente***

En cuanto a España, parece que "la brújula" por la que se guió el constituyente fue el conjunto de principios que informan el sistema de democracia mayoritaria en su versión de "Régimen de primer Ministro"<sup>18</sup>. La meta era favorecer una mayoría parlamentaria de la misma composición política que la que ha elegido al Presidente del Gobierno<sup>19</sup>. Adoptando esta modalidad de sistema de

18. En efecto, subraya López Aguilar que en el momento constituyente, a empezar a contar por las fuerzas políticas de centro-derecha, "el Ejecutivo continuaba representando el máximo centro de imputación del poder, necesitando, además, de amplios márgenes de maniobra ajenos a cualquier control para desarrollar sus funciones con la debida comodidad. Las Cortes venían contempladas, según esta perspectiva, como órgano legislativo, no soberano". J.F. López Aguilar, *La Oposición parlamentaria y el Orden constitucional*, Madrid, CEPC, 1988, págs. 89-90.

19. Giovanni Pitruzzella, "Le ragioni della riforma del sistema di Governo e le 'virtù' del Premierato", *Rassegna Parlamentare*, núm.2, Aprile/Giugno, Anno XLV, pag. 331.

gobierno deberían darse las condiciones que asegurasen un "Gobierno de Legislatura", o lo que es lo mismo un Gobierno que perdurará sin "sobresaltos" durante todo el período que dura una Legislatura<sup>20</sup>.

Si rastreamos el iter constituyente desde la aprobación del Anteproyecto de la Ponencia, la primera impresión que obtenemos es que el Senado parecía más bien concebirse como un Consejo Territorial apartado de la implementación de la orientación política en los textos legislativos del Gobierno y, evidentemente, ajeno a la concesión o denegación de confianza.

El constituyente sabía que estaba apostando por un sistema de gobierno de Primer ministro, de democracia mayoritaria, en el que las elecciones validan al candidato (casi como en unas presidenciales) y un programa de gobierno que poner en actuación por los votos recibidos. Entre el gobierno y el elector puede decirse que implícitamente existe un mandato y ese mandato es para gobernar. Partiendo de estas premisas, no se podía constitucionalizar un Senado "para la oposición", pues en las democracias mayoritarias la oposición se presenta como alternativa de gobierno pero nunca como obstaculizadora del mandato popular para gobernar. Un veto de un Senado de mayoría distinta habría desfigurado los perfiles de este sistema de gobierno.

Durante la tramitación del Proyecto de Constitución en la Comisión del Congreso casi la totalidad de Grupos "caen en la cuenta" de que un veto del Senado, (que con la redacción de aquel momento puede ser interpuesto por mayoría simple y que ha de ser neutralizado por mayoría absoluta del Congreso), guarda un gran paralelismo con la cuestión de confianza, tal y como es entendida en la V República Francesa<sup>21</sup>: es decir, un veto del Senado sobre un proyecto o proposición de ley es quebrar la dirección política que corresponde a la mayoría de investidura y, en tal sentido, se requiere un correctivo para que la mayoría

20. *Ibíd.*, pág. 331.

21. En el Senado a través de enmiendas que se rechazaron en la fase de Comisión, dos constitucionalistas esbozaron "un veto alternativo" en materias relativas a intereses territoriales por las que el Gobierno podía perder la confianza en esta Cámara. El senador Ollero (enmienda 670) formula un texto en el que si el Presidente del gobierno plantease la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general que afectaran sustancialmente a materias relativas a la organización territorial del Estado reguladas en el Título VIII, lo haría ante las Cortes (y no sólo ante el Congreso), entendiéndose otorgada la confianza cuando votara a favor de la misma la mayoría absoluta de Diputados y Senadores conjuntamente. También el profesor Sánchez Agesta, inspirándose en la CF de 1958 de la V República, pretende darle intervención al Senado en el debate de una cuestión de confianza planteada sobre la votación de un texto legislativo.

que otorga la confianza al Gobierno no la vea retirada por otra mayoría de la que no depende la investidura del Gobierno.

La solución es encontrada en añadir una conjunción disyuntiva en el art. 108.1 del Texto del Dictamen de la Comisión para que el Presidente del Gobierno, si lo estima oportuno, disuelva sólo el Senado (se presume que por una "denegación" implícita del apoyo en la legislación introduciendo el veto, pues el Senado no dispone de otro mecanismo con la suficiente eficacia jurídica para contrariar la política del Gobierno)<sup>22</sup>.

Hay que atribuir el mérito de relacionar la cuestión del veto con la de la disolución a Xabier Pibernat, en cuya Tesis Doctoral (inédita) se expresaba en estos términos: "La facultad de disolución de que dispone el presidente del Gobierno, contrapartida al control que ejerce el Congreso con posibilidad de forzar su dimisión mediante la moción de censura, también se relaciona con el Senado en la medida en que éste a través de su intervención en el procedimiento legislativo con derecho a veto puede obstaculizar la realización del programa legislativo del Gobierno"<sup>23</sup>.

El Senado, pues, no participa en la moción de censura, tampoco en la cuestión de confianza y hasta en relación a la creación de comisiones de investigación se negaba la posibilidad de su existencia en el Senado (es más, será en el trámite de comisión en el Senado cuando se concedió iniciativa legislativa directa a la segunda cámara, aunque vinculada a la primera lectura del Congreso, lo cual hace dudar de una verdadera y autónoma iniciativa legislativa).

Posteriormente la Comisión Mixta "rompe todos los esquemas" alterando sustancialmente el papel del Senado en el procedimiento legislativo ordinario. Hasta este momento el Senado puede introducir un veto por mayoría absoluta contra un Proyecto o proposición de ley recibida del Congreso y sólo por idéntica mayoría el Congreso puede salvarlo (las enmiendas parciales se mantenían en el equilibrio de mayorías que impone el principio *contrarius actus*: mayoría simple para formularlas en el Senado, idéntica mayoría para aceptarlas o rechazarlas). Pues bien, rompiendo con la lógica que exige la concepción de un veto a lo largo de toda la historia del constitucionalismo, la Comisión Mixta se permite, no ya mantener al

22. DSCD, sesión del 13 de julio de 1978.

23. Xabier Pibernat, "El Senado en la Constitución Española de 1978", *Tesis Doctoral, inédita bajo la dirección del Dr. Francesc de Carreras, Bellaterra*, Septiembre de 1984, mecanografiado, pág. 148.

menos una mayoría equivalente para derogar un acto que ha sido adoptado por una mayoría agravada, sino que el acto adoptado por mayoría reforzada (el veto) puede ser dejado sin efecto por una mayoría inferior a la que dio lugar a la devolución del texto vetado. Ante un posible "atasco" de un proyecto en el Congreso si no hay mayoría absoluta, la Comisión Mixta, condescendiente con quien ocupe el Gobierno en cada momento le va ahorrando, sobre todo si es un gobierno en minoría o un gobierno de coalición, el "revés y el suspense" de un texto vetado por una mayoría que, no cabe otra lógica, provendrá de fuerzas opositoras a la mayoría de Gobierno. Transcurridos dos meses desde la interposición del veto el Congreso puede superarlo por mayoría simple (art. 90.2 CE).

##### ***5. El senado reivindica su status de Cámara co-legisladora: el conflicto entre congreso y senado ante el TC (STC 97/2002 de 25 de abril)***

Sabemos por el art. 90.2 CE que el Senado debe comunicar al Congreso de los Diputados en mensaje motivado el resultado de las deliberaciones sobre el proyecto de ley recibido de la Presidencia de la Cámara Baja. El problema está en que, a tenor del art. 90.2 CE da la impresión que no está al alcance del Senado resolver "en cualquier sentido". En efecto "prima facie" la redacción del art. 90.2 CE parece ofrecer al Senado tres opciones enunciadas de modo muy concreto y taxativo. Como expone Alzaga<sup>24</sup> el Senado está costreñido a pronunciarse en tres direcciones: 1) plena conformidad con el texto remitido por el Congreso de los Diputados; 2) introducción de enmiendas al articulado, y 3) oponer un veto, que técnicamente es una enmienda de devolución, sólo si está a favor como mínimo la mayoría absoluta del Pleno de la Cámara. Pero hay una opción que no aparece dentro de estas tres posibilidades, como es la de devolver el texto al Congreso cuando no lo ha apoyado la mayoría absoluta de senadores, sino una mayoría por debajo de ésta.

La consecuencia inmediata es que nuestra Constitución al calificar como veto sólo la oposición del Senado a un texto por mayoría absoluta (art. 90.2 CE), deja abierta a la interpretación la cuestión de qué ocurre cuando éste rechaza en su totalidad un texto recibido del Congreso, pero por otra mayoría que no alcance a ser absoluta y sin propuestas de enmiendas parciales. Nos encontramos con un texto rechazado pero sin el rango de "veto" en el sentido que le asigna la CE. En este supuesto la Constitución guarda absoluto silencio sobre cómo hay que proceder.

24. Oscar Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, pág.574.

¿Debe ratificarse el Congreso en el texto rechazado para que éste pase a ser sancionado como ley? Es decir, ¿ha de pronunciarse el Congreso sobre un rechazo del Senado sólo que por mayoría simple?

Los criterios para llenar esta "aparente laguna" han sido elaborados por el Tribunal Constitucional (STC 97/2002 de 25 de abril) permitiendo que un texto rechazado en el Senado (por mayoría simple) pero no vetado (mayoría absoluta) no exige su retorno al Congreso, por lo que pasaría a la sanción real sin más trámite.

Por cierto, una situación parecida, (y no es casualidad, dada la inspiración del constituyente español en el modelo austriaco), ha tenido lugar en Austria el 9 de octubre de 2003, donde el Bundesrat, aprovechando la creación de una Convención para la reforma constitucional el 30 de junio de 2003 (*1/PVORL-K Erster Entwurf der Geschäftsordnung des Österreich-Konvents*), presentó una proposición de ley dirigida a permitir a esta Cámara el derecho de enmienda parcial sobre un texto del Consejo Nacional (*Nationalrat*), lo que exige modificar la actual previsión constitucional de que el Bundesrat tenga que aprobar o vetar *textos omnibus* (textos totales o en bloque) recibidos de la Cámara de primera lectura.

Volviendo a España, los hechos que antecedieron el pronunciamiento de nuestro Alto tribunal se sucedieron como sigue:

- 1) El grupo Parlamentario Popular del Senado presentó una propuesta de veto;
- 2) La Ponencia de la Comisión del Senado competente (Agricultura, ganadería y pesca), a la vista de que no se formulan enmiendas parciales al texto se limita a correcciones gramaticales (por lo que el texto del Congreso queda inalterado);
- 3) El informe de la Ponencia es aprobado por la Comisión, quien no es competente para pronunciarse sobre la propuesta de veto que sólo corresponde al Pleno de la Cámara;
- 4) El Pleno debate en primer lugar la propuesta de veto, que es rechazada al no alcanzarse la mayoría absoluta exigida. A renglón seguido se vota el Dictamen de la Comisión que es el texto del Congreso tal cual, sin modificacio-

nes y tampoco resulta aprobado (111 votos a favor, 118 en contra del veto, 1 abstención)<sup>25</sup>;

5) El Senado dirige al Congreso "el mensaje motivado" que impone el art. 90.2 CE (19 de junio de 1995) en el que se lee: "en uso de las facultades que le confiere el art. 90.2 de la Constitución, tras rechazar el veto presentado por el Grupo Parlamentario Popular, ha acordado no aceptar el dictamen emitido por la Comisión de Agricultura, Ganadería y Pesca de esta Cámara"<sup>26</sup>;

6) La Mesa del Congreso a la vista del mensaje recibido del Senado entiende que "el Senado no ha opuesto veto ni ha introducido enmiendas, al amparo de lo establecido en el art. 90.2 de la Constitución, a la proposición de ley de referencia, (de modo que) por la Presidencia de la Cámara (el Congreso) se dará traslado de dicho texto a la Presidencia del gobierno a los efectos de que se someta, por el procedimiento habitual, a lo dispuesto en el art. 91 de la Constitución"<sup>27</sup>;

7) La Mesa del Senado adopta, a la vista de cómo ha procedido el Congreso, un Acuerdo de 7 de julio de 1995 que se envía al Presidente de la otra cámara en el que figuran dos puntos capitales:

- La Mesa de la Cámara Alta acuerda "manifestar que la capacidad colegisladora del Senado, que seguirá votando las iniciativas legislativas que sean sometidas a su consideración, no puede quedar anulada o limitada por interpretaciones discutibles del art. 90.2 de la Constitución;

- El acuerdo añade que el Senado "ofrece su disposición a que mediante el oportuno diálogo y en el seno de la reunión conjunta de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado se fijen los criterios que permitan solventar los conflictos planteados por supuestos como el actual";

8) Recibido este Acuerdo el Congreso actúa de *motu proprio* publicando en el Boletín de las Cortes el Acuerdo adoptado el 27 de junio de 1995, que no había

25. Consta que se votó una propuesta de veto que, con mayoría insuficiente, hubo de ser desestimada, por lo que, cumpliendo los trámites reglamentarios prescritos para tal situación se procedió al voto del Pleno sobre el Dictamen de la Comisión (aplicación conjunta de los arts. 107.3 RS: "En el supuesto de que no se presenten enmiendas o propuestas de veto, el proyecto o proposición de ley pasará directamente al Pleno" y art. 123.2 RS: "si ninguno de los votos particulares fuese aprobado se votará el texto del dictamen").

26. *BOCG*, Senado, V Legislatura, Serie III B, de 23 de junio de 1995, núm. 24 (f).

27. *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, de 9 de julio de 1995, núm. 64-9.

sido publicado todavía y que disponía el envío del texto de la proposición para la sanción regia como ley, cosa que tiene lugar el 31 de julio, apareciendo en el BOE como Ley 26/1995.

### **1. Alegaciones del Senado: coherencia entre el art. 66 CE y el art. 90.2 CE**

1) El art. 66 contiene una llamada "cláusula de Parlamento colegislador", de donde se extraen dos consecuencias:

a) El Congreso, por sí solo, sin recibir la decisión del Senado no puede aprobar una ley. Sin intervención del Senado lo aprobado por el Congreso sigue teniendo el valor de una proposición o proyecto de ley;

b) Del mismo art. 66 se extrae "la obligatoriedad del Congreso" de pronunciarse sobre la decisión del Senado, aunque ésta no esté tasada o regulada en la Constitución, como es el caso presente.

2) El art. 90.2 CE es una norma de cierre para que, en caso de discrepar el Congreso sobre la decisión del Senado resuelva la Cámara Baja de modo definitivo. Por tanto es una norma de garantía "de la supremacía de la voluntad del Pleno del Congreso de los Diputados" pero tal norma sólo es aplicable a los supuestos que regula (enmiendas parciales o veto del Senado), pero no se puede extender la excepcionalidad de una norma de cierre (como es este artículo 90.2) a supuestos no contemplados en él. La interpretación de supuestos excepcionales ha de ser siempre restrictiva, como principio general del Derecho.

La pretensión del Senado en este proceso (sustanciado a través del recurso de inconstitucionalidad) era que no se menoscabara la capacidad co-legisladora reconocida para esta Cámara por el art. 66.2 CE. Realmente el problema con el que se encontraba el TC era determinar la naturaleza del art. 90.2 CE, que parece dar a escoger al Senado entre la alternativa de enmendar un proyecto o vetarlo, sin más opciones. Para entender interpuesto el veto se requiere una votación por mayoría absoluta. En el caso que nos ocupa, no se introdujeron enmiendas, ni prosperó por la mayoría exigida la propuesta de veto, sino que se votó contra la proposición de ley. A partir de aquí el Senado defiende que la enumeración de supuestos que efectúa el art. 90.2 CE no es cerrada, porque de hecho se pueden dar situaciones como la que comentamos a la que no se puede negar toda relevancia jurídica reduciéndola a la nada. Pues bien, el TC acogido a las tesis del representante legal del Congreso de los Diputados, rechaza esta interpretación y declara que la única constitucionalmente posible es la de entender que fuera de los casos que aparecen en el art. 90.2 CE no cabe exigir una delibera-

ción de la Cámara Baja sobre la decisión del Senado, al no encontrar reconocimiento expreso en el artículo en cuestión.

## 2. Posición crítica frente a los fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional

Según el TC, admitir que un "rechazo simple" imponga una respuesta del Congreso, supone tanto como transigir en admitir un veto tácito, que no tendría cabida en ninguno de los supuestos en los que el art. 90.2 CE "obliga" a reenviar al Congreso de los Diputados la decisión del Senado sobre un texto. Pero si le damos la vuelta a este razonamiento, lo que no dice el TC es que en ningún precepto constitucional existe la figura de una aprobación tácita del Senado, que es lo que precisamente sucede cuando éste se opone por mayoría simple a un texto y -según las tesis del TC, se ordena seguir el mismo procedimiento que se aplica para cuando el Senado ha aprobado sin modificaciones un texto remitido por el Congreso.

Como se ve, falta aquí una aplicación del principio *contrarius actus*, en virtud del cual nuestra Constitución debía haber permitido que una enmienda a la totalidad en el Senado votada por mayoría simple, tenga su *abrogatio* en un acto equivalente del Congreso. Porque de lo contrario, si sólo la enmienda a la totalidad votada por mayoría absoluta obtiene del Congreso un segundo pronunciamiento, la votación del Senado de una enmienda de esta naturaleza por cualquier otra mayoría es irrelevante jurídicamente.

¿Es conforme este punto de vista con una cámara con potestad colegisladora? En Alemania y en Austria, por poner dos ejemplos de cámaras territoriales en un sistema parlamentario de democracia mayoritario, la Cámara Baja debe rechazar el veto por idéntica mayoría con que lo hace el *Bundesrat* en ambos países. En Alemania, si el *Bundesrat* ha solicitado la convocatoria de la comisión mixta para resolver sus diferencias con el *Bundestag*, tiene la posibilidad de oponerse al dictamen o texto de la comisión dentro de las dos semanas siguientes de la fecha de la decisión de la comisión de conciliación (art. 77.3 GG)<sup>28</sup>. Este veto al texto de la comisión si es votado por mayoría simple en el *Bundesrat* debe ser "superada" o anulada por el *Bundestag* por idéntica mayoría

28. Artikel 77 [Gesetzgebungsverfahren] (3) Soweit zu einem Gesetze die Zustimmung des Bundesrates nicht erforderlich ist, kann der Bundesrat, wenn das Verfahren nach Absatz 2 beendet ist, gegen ein vom Bundestage beschlossenes Gesetz binnen zwei Wochen Einspruch einlegen. Die Einspruchsfrist beginnt im Falle des Absatzes 2 letzter Satz mit dem Eingange des vom Bundestage erneut gefaßten Beschlusses, in allen anderen Fällen mit dem Eingange der Mitteilung des Vorsitzenden des in Absatz 2 vorgesehenen Ausschusses, daß das Verfahren vor dem Ausschusse abgeschlossen ist.

para que la norma entre en vigor. Si el Bundesrat expresa su oposición por mayoría de 2/3, entonces el Bundestag debe votar por esa misma mayoría el levantamiento del veto ratificándose en el texto propuesto por la Comisión de conciliación (art. 77.4 GG)<sup>29</sup>.

En Austria, también la Constitución (en su versión reformada de 2003) reconoce al *Bundesrat* el derecho de oponerse (*Einspruchsrecht*) a un texto votado por el *Nationalrat* (Cámara Baja) en leyes bicamerales (*Zustimmungsgesetze*), lo que provoca el reexamen en la Cámara Baja debiendo votar por mayoría simple (siempre y cuando al menos el quórum de asistencia a la votación sea el de la mitad de los escaños) la ratificación del texto vetado (art. 42.4 B-VG)<sup>30</sup>.

De acogerse esta interpretación, tendríamos que la votación en contra de un dictamen de Comisión sobre el que no se haya propuesto enmienda, veto, o éstos hayan sido desestimados, es un acto extra-procedimentum, lo que indica que el ordenamiento sobre la producción de normas no lo ha incluido, esto es, no está predeterminado entre los presupuestos de la producción de normas y, en consecuencia, está desprovisto de toda eficacia jurídica. Para esta línea argumental el pronunciamiento del Senado ha de darse y es perfectivo del procedimiento, pero con las formas prescritas.

Tal interpretación del art. 90.2 CE es, a nuestro juicio, claramente equivocada. El TC parece desconocer la naturaleza de esta disposición que es la de establecer mecanismos reguladores de las discrepancias entre las Cámaras. Por eso sólo menciona la posibilidad para el Senado de introducir enmiendas o interponer el veto. Porque, ¿y la aprobación? ¿No es necesario que el Senado apruebe un proyecto para que pase a sanción? En base a esta consideración ya es discutible de por sí que este artículo ofrezca una lista exhaustiva de supuestos tasados fuera de los cuales un pronunciamiento del Senado no determine efecto alguno.

29. Artikel 77 [Gesetzgebungsverfahren] (4) Wird der Einspruch mit der Mehrheit der Stimmen des Bundesrates beschlossen, so kann er durch Beschluß der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages zurückgewiesen werden. Hat der Bundesrat den Einspruch mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln seiner Stimmen beschlossen, so bedarf die Zurückweisung durch den Bundestag einer Mehrheit von zwei Dritteln, mindestens der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages.

30. Artikel 42. (4) Wiederholt der Nationalrat seinen ursprünglichen Beschluß bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder, so ist dieser zu beurkunden und kundzumachen. Beschließt der Bundesrat keinen Einspruch zu erheben, oder wird innerhalb der im Absatz 3 festgesetzten Frist kein mit Begründung versehener Einspruch erhoben, so ist der Gesetzesbeschluß zu beurkunden und kundzumachen.

Es obvio que el art. 90.2 CE no menciona la aprobación del Senado porque en este caso es evidente que no existe discrepancia con el Congreso y, lógicamente, a los efectos de poner en marcha la navette de vuelta al Congreso es irrelevante, pues no constituye una discrepancia. A sensu contrario, pues, exceptuando la aprobación, todo lo demás debiera ser tenido por discrepancia. Por consiguiente, la cuestión principal parece que debe centrarse en precisar si toda votación desfavorable a un proyecto en bloque (o proposición) en el Senado (sin que se hayan introducido enmiendas parciales), adquiere para nuestra Constitución la categoría de discrepancia.

Si seguimos el hilo conductor de las tesis del TC entonces habría que sostener que sólo ciertas discrepancias, -no todas-, imponen una vuelta del proyecto al Congreso. En especial y tratándose del veto, sólo la enmienda de devolución que esté respaldada por una mayoría absoluta es jurídicamente discrepancia con el Congreso al merecer la calificación de "veto" conforme al art. 90.2 CE (cfr. F.Jco 6º). Si el voto de una enmienda de devolución en el Senado no alcanza ese quorum exigido para el veto, según el parecer del TC, no es posible su calificación como veto y por ello no procedería el retorno del texto rechazado al Congreso. Para el TC, si se obrara de esta manera, es decir, reenviando un texto al que el Senado se opone por mayoría simple, estaríamos ante un "veto aprobado por mayoría simple", lo que constituiría un "fraude de ley". Para fundamentar esta tesis el TC parece apoyarse en una de las alegaciones de la representación del Congreso, para la que "no pueden existir ni vetos ni enmiendas de carácter tácito"(cfr. F.Jco 5º y 6º).

Pero la incongruencia es a mi juicio de grandes proporciones, porque, si resulta ser válido este razonamiento, -a sensu contrario-, -tal como ocurrió en este caso en que la proposición de ley pasó directamente del Senado (con el voto en contra) a la sanción real- ¿quiere decirse que entonces lo que sí tiene acogida en nuestro ordenamiento son las aprobaciones tácitas? Si el carácter tácito está excluido de veto y enmiendas, también lo tendría que estar para la aprobación. Si el TC estima fraude lo que él llama un veto tácito, ¿no lo es también una aprobación tácita, aprobación que sin embargo el Texto Constitucional no menciona en ningún momento? ¿la Constitución es un *minimum* o la Constitución lo regula "todo"? A mi entender, la Norma Fundamental sólo regula lo esencial, lo que se erige en límite. Si no ha regulado la enmienda de devolución votada por mayoría simple no es porque no conlleve un rechazo con la suficiente fuerza para obtener un segundo voto de confirmación en el Congreso, sino que la CE se ha ocupado sólo del veto por la intensidad que ese rechazo incorpora al ser

votado por mayoría absoluta. De otro modo, como bien alegaba el Letrado que representaba al Senado y al Parlamento balear en este proceso, si "la voluntad política del Pleno del Senado de oponerse a dicho texto es clara, (...) ¿Qué libertad política de decisión le quedaría en este caso al Pleno del Senado?"<sup>31</sup>.

Otros ordenamientos recogen la aprobación tácita del Senado pero sujetándola a reglas que garantizan un mínimo de seguridad jurídica. Así, en Austria, donde el art. 42.4 B-VG da la opción al *Bundesrat* de declarar que no opondrá a la ley votada por el *Nationalrat* o puede dejar transcurrir el plazo de ocho semanas sin adoptar decisión alguna (vid. supra).

También en Italia, se han incluido en proyectos de reforma constitucional la figura de leyes monocamerales, que sobre determinadas materias vendrían aprobadas con carácter definitivo si, aprobado un proyecto por una Cámara y una vez remitido a la otra, no solicitan su deliberación un quinto de sus componentes o el propio Gobierno en el término de un plazo<sup>32</sup>. En nuestro Derecho, resultaría problemático un régimen como éste, puesto que la ausencia de una navette (idas y venidas de un texto a las cámaras hasta alcanzar un acuerdo) auténtica y el carácter de acto debido de la competencia dificultan su reconocimiento. En un bicameralismo como el italiano, en el que el Senado detenta una auténtica competencia legislativa de aprobación de la ley, al tener que pronunciarse la Cámara de Diputados sobre las enmiendas de éste y viceversa (cfr. art. 67 RCD y art. 54 RS italianos), no resulta aprobada la ley hasta que el Senado se pronuncie favorablemente sobre las enmiendas de aquélla. De este modo, lo decidido por la Cámara de Diputados puede ser desaprobado por el Senado (posibilidad no contemplada en el RS español), sin que valga una nueva aprobación de la Cámara para estatuir definitivamente el texto de la ley. Se utiliza así en la doctrina italiana el término de *Camera di rinvio* para referirlo a la Cámara a la que retorna el proyecto de ley aprobado por la otra con modificaciones.

Imaginemos por un momento que el art. 90.2 CE hubiera impuesto una mayoría mucho más agravada que la absoluta, por ejemplo 2/3 para oponer el veto. ¿No dejaría de ser una discrepancia del Senado votar la devolución de un proyecto al Congreso por mayoría absoluta? Es decir, en cierto modo ¿puede definir la Constitución qué decisión del Senado se considera discrepante y cuáles no? Podrá contraargumentarse que lo que está definiendo el art. 90.2 CE no

31. Cfr. STC 97/2002, Antecedentes, punto 3.

32. Cfr. V. Di Ciolo, *Il Diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milán, 1987, pág. 452.

son los supuestos de discrepancias sino tan sólo los efectos jurídicos de ciertas discrepancias. Si para otras discrepancias la CE no ha prescrito régimen jurídico alguno, ello no excluye que el Congreso deba decidir a la vista de la oposición del Senado. Si no es así, la primacía del Congreso será cuasi-automática en virtud de una regla que, aunque extraíble del régimen existente para el veto, es tácita y de dudosa constitucionalidad.

Si, además de todo esto, se trata de justificar la sanción regia del texto "desaprobado en el Senado", arguyendo que existe un principio de economía procesal en el art. 90.2 CE que impone la celeridad del procedimiento, tanto en vista de los reducidos plazos en que el Senado debe ejercer su competencia, como en razón de los supuestos que imponen la vuelta del proyecto o proposición rechazados, intentando con ello negar cualquier interpretación extensiva, estamos equiparando los supuestos que quedan fuera del art. 90.2 CE a una inacción o silencio del Senado, dada la total irrelevancia jurídico-constitucional de alguna de sus deliberaciones<sup>33</sup>. Esto a mi juicio conculca el art. 66.2 CE pues se aparta al Senado de incidir en la integración de los Textos normativos incorporando su voluntad al procedimiento legislativo, ya que, a juicio del TC, sus deliberaciones en caso de discrepancia por enmiendas de totalidad que no constituyen un veto no merecen tratamiento jurídico alguno.

El Senado sería así un órgano con dos competencias: la de introducir enmiendas parciales o la de confirmar. La revocación de aprobación de la ley es enduccionada en el Senado invirtiendo los términos de que quien debe ratificarse en su decisión debe hacerlo de modo más "contundente", para que quede claro que esa es su voluntad. Sin embargo, parece criticable que al Senado se le exija mayoría absoluta para devolver un texto que el Congreso puede ratificar por mayoría simple -si transcurridos dos meses desde una primera votación no se alcanza mayoría absoluta (art. 90.2 CE). Estamos, pues, ante un poder análogo al de los Presidentes de algunas Repúblicas de someter a nueva deliberación el texto ya aprobado y que debería generar un "agravante" en la aprobación definitiva de la norma.

33. Dice el TC que "no puede olvidarse que uno de los fines a que responde el art.90 CE es precisamente el logro de una cierta celeridad en la tramitación senatorial: en primer término, prescribe que el Presidente del Congreso "dará *inmediata* cuenta" del proyecto aprobado al Presidente del Senado y, en segundo lugar, establece un plazo de dos meses -que pueden reducirse a 20 días- para la actuación del Senado; propósito de celeridad este en cuya línea se inscribe la limitación de los supuestos de regreso del texto al Congreso, lo que hace difícil una interpretación extensiva de aquéllos". STC 97/2002, FJ 4º. (Cursiva original de la Sentencia).

A decir verdad, la aprobación del texto del Congreso en el Senado tal y como aparece en la redacción de 1978 parece estar configurada en negativo: no significaría otra cosa que la desestimación de la Cámara Alta de las propuestas de veto o de enmiendas (ambos excluyentes) (cfr. F.Jco.6º).

Por otra parte, de admitir que exista una laguna en el art. 90.2 CE y en los Reglamentos de las Cámaras (que se han limitado a copiar los supuestos constitucionales), no es excusa para no rellenarla, si se quiere ser consecuente con la declaración del art. 66.2 CE. Principios existen para poder llevarla a cabo. De entrada, del principio *contrarius actus* se pueden extraer importantes consecuencias que ponen de relieve la defectuosa técnica con que ha sido redactado el tan reiterado art. 90.2 CE.

Si el Senado vota una enmienda de totalidad por mayoría simple, no deja de ser lo que es, una enmienda (cuya introducción está cubierta por el art. 66.2 CE) que para ser concordada con el principio de última decisión del Congreso exigiría una votación por mayoría simple en el Congreso del texto devuelto. Para el veto (enmienda apoyada por mayoría absoluta) seguiría rigiendo el régimen de levantamiento por el Congreso por mayoría absoluta en primera votación, -lo que debería proceder inexcusablemente en virtud del *contrarius actus*-, o bien por mayoría simple transcurrido dos meses desde que se interpuso el veto, posibilidad esta última que distorsiona el principio "*contrarius actus*". Pero la voluntad del constituyente en este punto según la postura de nuestro TC es que una enmienda de totalidad en el Senado requiere ser aprobada por mayoría absoluta (por cierto, tal y como aparecía en el Primer Borrador de la Ponencia), pero la utilización del término veto lo distorsiona todo, porque da a entender un rechazo no ya a la totalidad sino un rechazo de una tal intensidad que lleva añadido un plus: el acuerdo por mayoría absoluta.

¿No parece lógico y aconsejable que un texto rechazado por el Senado por mayoría distinta a la de un veto no reciba al menos un voto de ratificación en el Congreso por mayoría simple?

Tampoco nos sirve como motivo de rechazo de las pretensiones del Senado, el no haber planteado esta cámara un conflicto de competencias frente al Congreso. No debe perderse de vista que las Sentencias que el TC dicte en procedimientos de conflictos entre órganos constitucionales están obligadas, en virtud del art. 75.2 de la LOTC, a declarar la nulidad del acto producida con incompetencia de un órgano con legitimación activa y pasiva según el art. 59 de la

misma Ley, que contempla expresamente la posibilidad de un conflicto entre Congreso y Senado. Además, en la configuración que ha recibido el objeto material de estos procesos se ha previsto que el objeto del petitum pueda ser únicamente la invasión de competencias de otro órgano, que tenga como virtualidad un despojo de atribuciones, pero en el caso de una negativa del Congreso a reconsiderar una proposición rechazada en el Senado que, por ser adoptada por mayoría inferior a la mayoría absoluta, no es calificable de veto, se trata de una omisión. El art. 73 LOTC parece referirse, en concordancia con el art. 75.2 LOTC a una asunción indebida de atribuciones: "La sentencia del Tribunal (...) declarará nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones...".

## **6. Conclusiones**

Como conclusión, los problemas que plantea el artículo en cuestión proceden ante todo de haber hecho coincidir el principio de "última palabra del Congreso" con una derogación del principio "contrarius actus" que rige en nuestro ordenamiento para dejar sin efecto cualquier tipo de resolución o norma, o propuesta de norma en la que no medie una relación jerárquica entre órganos. Así pues, a mi juicio no está fuera de cobertura constitucional la posibilidad de introducción de enmiendas a la totalidad en el Senado sin categoría de veto; todo al contrario, la Constitución exige que se ampare en la normativa infraconstitucional lo que es una clara manifestación de la potestad co-legisladora del Senado. De lo contrario, tendremos que empezar a plantearnos si lo que rige las relaciones entre las Cámaras para el caso de discrepancias es el principio de jerarquía.

Falta una aplicación del principio *contrarius actus*, en virtud del cual nuestra Constitución debía haber permitido que una enmienda a la totalidad en el Senado votada por mayoría simple, tenga su abrogatio en un acto equivalente del Congreso. Porque de lo contrario, si sólo la enmienda a la totalidad votada por mayoría absoluta obtiene del Congreso un segundo pronunciamiento, la votación del Senado de una enmienda de esta naturaleza por cualquier otra mayoría es irrelevante jurídicamente. ¿Es conforme este punto de vista con una cámara con potestad colegisladora?

Es, precisamente en este punto, donde hay que interrogarse cuál es la medida de una potestad que en principio se distribuye por igual para ambas cámaras (art.66.1 CE). Nuestra Constitución al otorgar a la Cámara Baja el privilegio de la última palabra para el caso de desacuerdo con el Senado, lo hace en tales términos que la automaticidad de la última decisión no deja espacio al Senado para

transacciones sobre sus enmiendas.

En cambio, el expediente de las Comisiones Mixtas aparece contemplado para otro tipo de procedimientos (art. 74.2 CE), especialmente en los que está implicado el carácter territorial de la cámara. ¿No cabría entonces pensar en extender este mecanismo de conciliación con una cámara plenamente territorializada? Tanto este sistema como el de una auténtica navette (que dé la oportunidad a la cámara de salida de una enmienda recibir una controferta), ¿estarían más conformes con una auténtica potestad-colegisladora?.

La respuesta que a mi juicio debería darse es negativa: en el modelo de *constrained parliamentarianism* siempre una norma de cierre ha de conceder a la cámara del partido del gobierno la decisión de convertir en ley sus proyectos, pues la voluntad de los electores no puede verse paralizada por una mayoría de distinto color en una segunda cámara que no sigue el criterio poblacional. Si por algo el bicameralismo de contrapesos ha sido abandonado es porque donde los intereses no son los de la mayoría proporcional de sufragios no prevalece ni siquiera el interés territorial.

Sin embargo, en nuestra Constitución subyace una cierta jerarquía en toda la regulación del procedimiento legislativo ordinario, auspiciada por la regla del *constrained parliamentarianism* con arreglo a la cual la orientación política de la legislación está retenida por la mayoría del Gobierno en la cámara baja. Pero incorporar una norma de cierre no es incompatible con el principio bicameral: puede coexistir perfectamente sin un trámite tan expeditivo que reduce al Senado a un órgano de propuesta. De ahí la importancia de no perder de vista en todo proceso de reforma la posibilidad de que si se permite doblar el indrizo del Gobierno a otra cámara nos estaríamos apartando de este patrimonio común europeo del *constrained parliamentarianism*.

En países como Italia, en pleno proceso de revisión de su bicameralismo "disfuncional" paritario, se objeta que ni siquiera en nombre del principio federalizante de estructura territorial del Estado (introducido ya en la reforma constitucional de 2001) se podrían hacer concesiones en las denominadas *leggi bicamerali*, en las que se exigiría el concurso de voluntades de ambas cámaras en la legislación sobre materias de competencia concurrente. Se entiende que este tipo de leyes (en las que el veto bicameral sería operativo) pondría en peligro el indrizo gubernamental sobre estas materias, si una mayoría contraria en el Senado introduce el veto o simples cambios<sup>34</sup>. Tampoco parece convencer la propuesta

de que cada cámara tenga una competencia exclusiva y excluyente, dando entrada a lo que se ha dado en llamar "doble monocameralismo" (doppio monocameralismo). Se daría entrada a una excepción a esa regla material que parece imponer fusión de mandato electoral-partido-Ejecutivo<sup>35</sup>.

Si tomamos como ejemplo el debate de la reforma constitucional en Italia, Australia<sup>36</sup> o Alemania<sup>37</sup>, la tendencia actual parece apuntar a una prevalencia las reglas de la forma de gobierno que se oponen al bicameralismo tradicional paritario, sobre los principios que disciplinan la forma territorial del Estado.

34. En efecto, el proyecto de reforma constitucional tiene este punto débil, como pone de relieve T.E. Frosini: *"Altro aspetto debole del progetto è quello relativo alle competenze del Senato federale, che riguarderebbero tutta la legislazione statale concorrente ex art. 117 Cost., quindi in materia di principi fondamentali. Tenuto conto che il Senato non dovrebbe essere più una Camera politica, assegnandoli questa competenza si corre il concreto rischio di far nascere un doppio monocameralismo, in luogo dell'attuale bicameralismo paritario. Con una mano si sottrae il Senato dal rapporto fiduciario con il Governo, mentre con l'altra gli si affida l'ultima e decisiva parola sulle leggi relative alla determinazione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente. Una competenza questa, che invece dovrebbe spettare alla Camera, che rappresenta l'unità politica della Nazione, dal momento che si tratta di materie relative alle politiche di settore assai significative per l'indirizzo politico di Governo. Il quale Governo, qualora nel Senato vi fosse una maggioranza politica diversa da quella che lo sostiene (eventualità possibile stante la diversità di sistemi elettorali fra Camera e Senato), sarebbe esposto al rischio di vedere paralizzato il suo programma. Un ultimo aspetto proviene dalla più recente giurisprudenza costituzionale". Tommaso Edoardo Frosini, "Federalismo e Bicameralismo", relazione al Convegno su "Il Federalismo ieri, oggi, domani", Università di Urbino, 21 e 22 novembre 2003, págs. 6-7.*

35. Como explica Stefano Ceccanti, *"le Regioni debbono partecipare in modo decisivo alla legislazione che li riguarda attraverso il Senato federale, ma non sino al punto di poter bloccare le leggi in questione, con un potere del tutto paritario alla Camera che dà la fiducia al Governo. Si possono trovare soluzioni equilibrate che superino il bicameralismo paritario senza ridurre il Senato a un ruolo secondario, ma il Governo deve avere la possibilità di richiedere una lettura finale alla Camera dei deputati. Senza questa norma di chiusura il sistema si bloccherebbe nei poteri di veto: non sarebbero potenziate le regioni né il Senato, ma le decisioni dei centri di poteri irresponsabili di fronte al suffragio universale". Stefano Ceccanti, "Con le Regioni equiparate alla Camera il sistema è ostaggio del potere dei veti", en el diario *Il Riformista*, (quotidiano di Roma), 4 de marzo de 2004, pág. 3.*

36. En un documento publicado por el *Department of the Prime Minister and Cabinet* se lee que *"...constitutional reform is needed to rebalance the relationship between the two houses and to ensure that where the houses are deadlocked, the Parliament as a whole may reconcile the difference as expeditiously as possible. Without such reform, governments will be unable to implement policies which have both a popular mandate and care essential to promoting good government". Department of the Prime Minister and Cabinet, Commonwealth of Australia, Resolving Deadlocks: A Discussion Paper on Section 57 of the Australian Constitution, Canberra, 31 December 2003, pág. 7.* Sobre los conflictos entre las cámaras en Australia, cfr. Christoph M. Haas, *"Australiens Senat im 'Washminster'-System" en (Herausgegeben von) Gisela Riescher, Sabine Ru, Christoph M. Haas, Zweite Kammer, München-Wien, 2000, en especial, pág. 73.*

37. Como expone Salvatore Bonfilgio *"in Germania (...) si registra una crescita di conflittualità*

¿Estamos ante una nueva división de poderes como Ackerman propone en la que ya el bicameralismo es historia y el modelo one-and-a-half-house es el único compatible con la democracia parlamentaria de partidos? Siguiendo a Salvatore Bonfiglio queda claro que la experiencia española, como la austriaca o la alemana constituyen "un ejemplo significativo de qué estrecho es la relación de conexión entre sistema político [bipartidismo], forma de Estado y forma de gobierno"<sup>38</sup>.

*política all'interno del sistema tedesco, proprio in relazione al ruolo del Bundesrat, il quale sembra trasformarsi da organo federativo di partecipazione dei Länder in strumento dell'opposizione parlamentare-esecutivo. Il problema è che il Bundesrat nell'esercizio delle sue funzioni, opera soltanto come contrappeso al Bundestag e al Governo federale, ma non anche come organo che collabora alla politica federale". Salvatore Bonfiglio, "Il dibattito sulla trasformazione del Senato in Italia: un'ipotesi di riforma", en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/revisione/bonfiglio.html>).*

38. *Ibidem*, pág.3.



# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 DERIVADAS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

*Noemí García Gestoso*

*Profesora Doctora del Área de Derecho Constitucional  
Universidad de Vigo*

## SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *La Unión Europea como fenómeno novedoso y específico.*
3. *Ordenamiento comunitario y transformaciones en el ámbito jurídico estatal.*
4. *La aporía, en último término, entre el ordenamiento comunitario y las Constituciones nacionales.*
5. *El Proyecto de Tratado que instituye una Constitución para Europa.*
6. *Constitución Española y Unión Europea. El Estado Español de la Constitución de 1978 como Estado Social y Democrático de Derecho Autónomo y Comunitario.*
7. *¿Necesidad de reforma constitucional?*
8. *Conclusión: El déficit constitucional de la Unión Europea. Problemas y perspectivas.*

## ***1. Introducción***

La existencia y desarrollo de la Unión Europea provoca un gigantesco proceso de cambio en los rasgos básicos de los Estados Constitucionales europeos que en ella participan. En este trabajo se pretende analizar cómo afecta el proceso de integración al moderno Estado Constitucional, en especial al Estado español basado en la vigente Constitución de 1978. El objetivo es dilucidar si las transformaciones que la Unión produce en el mismo deben dar lugar, en su caso, a una reforma constitucional y cuál debería ser su alcance.

El tratamiento de esta problemática se hace a modo de primera aproximación, en la que se intentan esbozar los principales problemas que se plantean en las relaciones entre el ordenamiento comunitario y nuestra Norma Fundamental, para alentar la reflexión y el debate en torno a si una reforma constitucional podría contribuir a solucionarlos o al menos a paliarlos. Todo ello sin olvidar la dificultad que deriva del dinamismo propio del proceso de integración europeo, y, en particular, de la fase actual en la que se discute el Proyecto de Tratado que instituye una Constitución para Europa (en adelante, PTICE).

## ***2. La Unión Europea como fenómeno novedoso y específico***

Resulta imposible entender qué es hoy la Unión Europea y las cuestiones que suscita sin aludir a los motivos y fines que presidieron la creación de las originarias Comunidades así como a los distintos estadios de su desarrollo posterior<sup>1</sup>.

Después de la II Guerra Mundial se busca la paz y la prosperidad mediante el incremento de la cooperación interestatal. En Europa occidental este impulso originará un proceso singular que responde, en gran medida, a preocupaciones y necesidades concretas de la sociedad europea. Nacen las primeras Comunidades Europeas con la firma de los Tratados constitutivos de la CECA (1951), la CEE y la CEEA (ambos en 1957). Sus fines serán, esencialmente, asegurar la paz y

1. Sobre la historia de la integración comunitaria vid., además de las memorias de sus forjadores, Truyol y Serra, A., *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*. vol. I, *Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Tecnos, Madrid, 1999; Friederich, C.J., *Europa: el surgimiento de una nación*, Alianza Editorial, Madrid, 1973; De Madariaga, S., *Carácter y destino en Europa*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980; Monnet, J., *Memorias, Siglo XXI*, Madrid, 1985; Sidjanski, D., *L'avenir fédéraliste de l'Europe: la Communauté Européenne des origines au Traité de Maastricht*, PUF, Paris, 1992; Bitsch, M. T., *Histoire de la construction européenne de 1945 à nos jours*, Complexe, Bruxelles, 1996; Moratta, F., *La Unión Europea. Procesos, actores y políticas*, Ariel, Barcelona, 1998

garantizar un desarrollo económico estable que mejore las condiciones de vida de los pueblos europeos. En el fondo subyace el objetivo último de lograr algún día la unidad política europea a través del acrecentamiento progresivo de la solidaridad entre los europeos. Sus medios serán, fundamentalmente, el establecimiento de un espacio económico amplio regido por un Derecho común. El modo de actuación será original. Siguiendo la estrategia funcionalista se trata de ceder el ejercicio de determinadas competencias de los Estados a unas instituciones que se crean en esos tratados para que a partir de entonces las actúen en común. Los Estados respecto a esas materias ya no pueden decidir sino a través de su participación junto con el resto en las instituciones comunes que han creado. Y todo ello sobre una base consensual mutuamente aceptada y desde la lógica democrática, estableciéndose en los Tratados fundacionales las formas, procedimientos y los instrumentos jurídicos a utilizar.

Si esto era así ayer, no hay que olvidar que nuestros tiempos presentan otros desafíos que refuerzan la idea de integración, como la necesidad de gestionar y dar una respuesta a la globalización de suerte que la UE sea el mecanismo de protección del modelo social europeo frente a sus efectos, o la necesidad de acabar con el terrorismo internacional.

En definitiva, cuando los Estados comprueban su incapacidad para asegurar aisladamente la paz en Europa o para hacer frente a sus fines sociales y económicos, crean el instrumento que consideran adecuado para que dichos objetivos y fines puedan ser cumplidos satisfactoriamente. Objetivos que siguen estando presentes en los posteriores Tratados que han transformado las Comunidades originarias, a la vez que se añaden otros nuevos.

Sin embargo, en este proceso se observa desde su inicio como la noción de clásica de soberanía estatal no encuentra fácil acomodo en la nueva estructura, lo cual se pone de manifiesto en todos los debates, avances y retrocesos de la integración hasta nuestros días<sup>2</sup>. En efecto, el Estado moderno como nueva forma de estructurar la convivencia política y social se caracteriza por la existencia de una comunidad con un poder originario, supremo y medios coercitivos suficientes, que domina sobre sus miembros y territorio conforme un poder que le es inmanente. Se entiende que el Estado dispone de capacidad para la creación de sus normas con una legitimidad propia, independiente de cuales-

2. Permítaseme remitir sobre este tema a García Gestoso, N. "Algunas cuestiones críticas sobre la Soberanía en el proceso de integración Europea", *RDP*, núm. 57, 2003, págs. 159-168, especialmente a la bibliografía que se proporciona.

quiera otros poderes y se crea el Derecho en sentido moderno. Así, en el ámbito interno la soberanía significa supremacía y exclusividad, mientras que, en su vertiente externa, se proyecta como independencia sobre la base de la igualdad soberana de los Estados. Este alcance y contenido de la soberanía continúan siendo válidos en el Derecho Público actual, si bien transformados a través del triunfo de las ideas constitucionalistas que ubican su titularidad en el Pueblo a través de la noción del poder constituyente. Se entiende que únicamente reside en el pueblo la capacidad de decidir libremente las bases de organización de su convivencia política y social, lo que hace mediante la aprobación de su Constitución, que enmarca mediante normas jurídicas toda actuación sucesiva del poder público, que resultará una voluntad siempre subordinada a lo decidido por el soberano, pueblo en democracia. El anhelo de limitar el poder por el Derecho deviene realidad<sup>3</sup>.

De lo expuesto se colige que la soberanía, mediante la noción del poder constituyente del Pueblo, sigue siendo una categoría dotada de un valor singular para fundamentar el poder público en el marco del Estado constitucional contemporáneo, que sigue respondiendo al concepto racional normativo de Constitución a la vez que se configura como Estado social y democrático de Derecho -fórmula común a todos los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea-. Y esto está también en el fondo de las relaciones entre los Estados constitucionales y la Unión Europea. Ello provoca que se estime que es posible acomodar la concepción de la soberanía a las nuevas realidades y necesidades a través de la aceptación en sus propias Constituciones de limitaciones al ejercicio de la soberanía para la consecución de la paz y otros objetivos. Al tratarse de Estados democráticos siempre se tratará de una vinculación libre y espontáneamente consentida cuya base radica en Tratados Internacionales negociados y ratificados entre Estados soberanos que siguen siéndolo, y que como Estados Constitucionales, han de respetar para ello los procedimientos y límites que las Constituciones nacionales les imponen -las denominadas cláusulas de integración-<sup>4</sup>; en el hecho que el sistema se estructura sobre el principio de competencias de atribución, y, asimismo, en que para modificar los instrumentos fundacionales de la Unión, se requiere siempre unanimidad estatal.

3. Cfr., por todos, De Vega, P., *La reforma constitucional y la teoría del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 15-37; Idem, "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual" *REP*, núm. 100, 1998, págs. 13-55.

4. Sobre tales previsiones constitucionales que dan lugar a una nueva modalidad de apertura estatal -"integración supranacional"- cfr., por todos, Pérez Tremps, P. *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 35 y ss.

No obstante, también es cierto que en el seno de la Unión Europea existe una acusada centralización, con órganos propios e independientes, dotados de competencias efectivas, de los cuales emana un ordenamiento jurídico característico que origina una uniformidad normativa sobre la totalidad de los ciudadanos. Este ordenamiento jurídico autónomo se caracteriza fundamentalmente por la primacía de sus normas, su aplicabilidad inmediata, y su eficacia directa. Notas que han sido hasta ahora establecidas por la labor del Tribunal comunitario a través de un proceso hermenéutico que acude a parámetros constitucionales<sup>5</sup>.

Pero uno de los aspectos fundamentales a destacar es que aunque la primacía que reclama el ordenamiento comunitario se predica absoluta, incluida la propia Constitución nacional, tal concepción no está exenta de problemas, especialmente porque aceptarla sin matices deja irreparablemente quebrantada la supremacía constitucional de las Leyes Fundamentales de los distintos Estados miembros, supremacía que constituye el eje de la moderna Teoría constitucional. Este extremo, que hasta hoy se ha resuelto pragmáticamente a través de una autocontención tanto por los Tribunales Constitucionales como por el TJ, se vuelve en nuestros días de especial importancia habida cuenta que el PTICE, establece en su articulado de forma expresa la primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales<sup>6</sup>.

Esto pone en primer plano el interrogante de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y las Constituciones nacionales debiendo dársele ya una respuesta. En el ámbito español ha de suscitarse si el artículo 93 es suficiente o si existen contradicciones debido a ello entre la Constitución Española y el PTICE, y en el caso de que esto sea así, si cabe efectuar una reforma de nuestra Constitución, a través de qué procedimiento y con qué alcance. Además, esto debería conducir a reflexionar sobre la conveniencia de introducir otras reformas que despejen parte de los interrogantes que el proceso de integración suscita en relación con nuestro ordenamiento constitucional.

5. Cfr., por todos, Poiares Maduro, M. "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea" *REP*, núm. 119, 2003, págs. 11-55.

6. En el artículo I-10 se consagra explícitamente la primacía de la "Constitución" y del Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas sobre el Derecho de los Estados miembros. El texto que manejaremos de este proyecto es la edición comentada editada por la Fundación Galicia Europa, Santiago de Compostela, 2003. Vid. al respecto, Pérez Calvo, A. "Derecho Comunitario, Derecho interno y Principio de Competencia", comunicación presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3-5 diciembre, 2003, (disponible en [www.us.es/cidc/Ponencias/europea](http://www.us.es/cidc/Ponencias/europea)); Azpitarte Sánchez, M. "Las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, (versión electrónica en [www.ugr.es/~redce/ReDCE1](http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1)), especialmente, su último apartado.

En tal debate uno de los primeros puntos a discernir es la verdadera naturaleza del denominado Proyecto de Tratado que instituye una Constitución para Europa. ¿Realmente es una Constitución?, ¿puede a la vez ser Tratado y Constitución?. En definitiva, a la luz de su contenido, procedimiento de aprobación y entrada en vigor y del procedimiento que prevé para su futura reforma, ¿qué es?.

Con independencia de volver más adelante sobre estas cuestiones, permítame avanzar algunas opiniones. En este sentido considero que en la Unión Europea no existe -ni aunque entre en vigor el PTICE tal y como ha salido de la Convención- una auténtica Constitución Europea que se corresponda con el significado jurídico-político propio de tal concepto. La razón fundamental se encuentra en que no existe un Pueblo Europeo unitario que como actúe como Poder Constituyente para aprobar el acto fundamental que constituye y organiza su sistema político y que pueda por ello reclamar ser el parámetro de validez y punto de referencia último del sistema. De ello se colige que nuevamente hay que buscar el fundamento del ejercicio de los poderes de la Unión y de sus consecuencias jurídicas en las Constituciones nacionales, que permiten transferir el ejercicio de determinadas competencias derivadas de la Constitución a una nueva entidad con unos objetivos determinados, facultades que, consecuentemente con la finalidad que se persigue -el ejercicio en un nuevo marco de esas potestades para alcanzar unas finalidades que sobrepasan al Estado aislado y que se estiman ventajosas-, se van a regir por unos procedimientos y principios distintos a los propiamente nacionales. Pero no se puede olvidar que para satisfacer el principio democrático se requiere que el ejercicio de poder en sede supranacional siga siendo un poder legitimado popularmente, limitado, juridificado y que respete los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados como auténticos mandatos jurídicos que vinculan a todo poder público con mecanismos efectivos de protección de los mismos<sup>7</sup>.

Por todo ello, y pese al destino que se le depara al PTICE -salvo una modificación absoluta y revolucionaria que es muy improbable que suceda-, se ha de concluir que el ordenamiento comunitario todavía es un ordenamiento derivado, cuya base de validez arranca en primer lugar de lo dispuesto en los Tratados constitutivos, y de manera mediata e irrenunciable en las Constituciones y en los Pueblos de los distintos Estados miembros.

7. Cfr., por todos, Ruipérez, J., *La "Constitución Europea" y la teoría del Poder Constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el Derecho Político*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, *passim*.

### ***3. Ordenamiento comunitario y transformaciones en el ámbito jurídico estatal.***

Hoy la Unión Europea se presenta como realidad innegable que ha transformado el Estado en Estado comunitario, aunque sin hacer desaparecer su esencia estatal<sup>8</sup>. Este Estado es un Estado Constitucional, Democrático y Social, al que incumbe cumplir en primer lugar las funciones que tal configuración lleva aparejadas. Cuestión distinta es que parte de sus fines pase a realizarlos, a partir de entonces, a través del instrumento comunitario y que tal situación conlleve limitaciones en la acción estatal que antes ejercía de manera aislada y en régimen de exclusividad. El carácter comunitario de los Estados miembros de la Unión Europea significa que estos Estados han dejado de trabajar aisladamente en una serie de materias y lo hacen de modo mancomunado, sometidos a la superior decisión del instrumento que ellos mismos han creado y del que, como tales Estados, son los animadores fundamentales.

Esta nueva situación comporta ventajas, por cuanto los Estados pueden atender de manera más eficiente junto con los otros entes estatales a la satisfacción de necesidades que habían escapado de sus posibilidades de actuación en solitario, y, en este sentido, puede ser entendida como un perfeccionamiento de la organización de la Comunidad política, que lleva a aceptar de manera consensuada y pacífica un distinto modo de actuar en ámbitos materiales determinados que va a entrañar limitaciones estatales.

En el fondo, el carácter comunitario del Estado provoca su permeabilidad "frente al carácter estanco del Estado precomunitario". Permeabilidad que en el seno de la Unión Europea se extiende al ámbito jurídico, económico y social, con una intensidad aún mayor que la que se está originando a nivel general en la actualidad, en que el Estado pierde su papel exclusivo tanto en el sistema internacional como en el ámbito interno.

Entre esas limitaciones la de mayor relieve se presenta en el ámbito normativo. A partir de la entrada de un Estado en la Unión Europea se produce la irrupción sobre sus nacionales y sobre su territorio de un ingente conjunto de normas jurídicas originadas en un ordenamiento distinto al estatal y dotadas de caracte-

8. Cfr., sobre esto y para lo que sigue, Pérez Calvo A., *La dimensión comunitaria del Estado en Europa Occidental*, Civitas Europa, núm. 1, 1998, págs. 19-34; Idem, "Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria", *REP*, núm. 99, 1998, págs. 9-22; Idem, *Integración Europea y Constitución europea*, Civitas Europa, núm. 4, 2000, págs. 145-165.

rísticas específicas. La razón de este fenómeno es evidente si se piensa que es el Estado el que ha aceptado incorporarse a un proceso integrador caracterizado por nutrirse de competencias determinadas cuyo ejercicio se sustrae a partir de entonces del ejercicio individual de los Estados que la integran, de suerte que sufren una correlativa merma o limitación en los ámbitos competenciales objetos de la cesión. De este modo, las competencias que el Estado atribuye a la Comunidad pasan a ser ejercidas por las Instituciones comunitarias conforme las disposiciones establecidas para actuarlas en los Tratados constitutivos de las Comunidades y de la Unión Europea.

Desde esta perspectiva, se puede decir que la Unión Europea se concreta actualmente en la realidad en un conjunto de reglas, instituciones y fuentes. Se plasma como centro de poder que crea normas de obligado cumplimiento, originando en su seno un auténtico ordenamiento jurídico obligatorio que se impone a los Estados miembros de la organización y a sus ciudadanos, y que ha de articularse con sus ordenamientos nacionales. Su base es jurídica, es una Comunidad de Derecho.

Ciñéndonos al ámbito jurídico, que es el que nos ocupa, se observa que la pertenencia a la Unión Europea incide en la totalidad del sistema de distribución interna del poder, empezando por el vértice del sistema, la propia Constitución. De ahí que uno de los principales problemas del constitucionalismo actual radica en lograr una articulación coherente y equilibrada entre el orden jurídico y político supranacional creado en el seno de la Unión Europea y el orden constitucional de los Estados participantes en tal entidad.

#### ***4. La aporía, en último término, entre el ordenamiento comunitario y las Constituciones nacionales***

Ciertamente, en los modernos Estados Constitucionales democráticos que surgen tras la Segunda Guerra Mundial, se produce un cambio fundamental en la estructura del sistema de fuentes del Derecho, pues la Constitución es el origen último del Derecho vigente en el ordenamiento, y determina la validez del Derecho producido en los distintos ámbitos<sup>9</sup>. Se trata de un sistema jurídico que arranca desde la propia Constitución y en el cual los modos de producción del Derecho constituyen actos unilaterales que emanan de los poderes públicos

9. Cfr. Balaguer Callejón, F., *Fuentes del Derecho*, vol. I: "Principios del ordenamiento constitucional", Tecnos, Madrid, 1991, en particular, págs. 54, 58, 82 y 97.

nacionales, y que son aplicados por el ejecutivo y sancionados por los órganos judiciales. La Constitución es a la vez fuente del Derecho y norma que disciplina el resto de las fuentes, constituyendo la bóveda del ordenamiento jurídico estatal entendido como conjunto articulado de normas vigentes en un concreto Estado. La validez del ordenamiento constitucional no depende de ningún parámetro, no es una cuestión de legalidad jurídica, sino de legitimidad política.

Pero al analizarse la caracterización que se ha realizado del ordenamiento jurídico comunitario, sus principales fuentes normativas y sus principios de articulación con los ordenamientos nacionales así como el impacto normativo de sus distintas normas sobre los nacionales y territorio de los Estados miembros se ha de cuestionar críticamente, desde la Teoría de la Constitución, si son admisibles y hasta qué punto estas consecuencias tal y como se requieren desde el prisma comunitario. En este contexto hay que analizar en profundidad los fundamentos constitucionales de la integración, sus posibles límites, sus condiciones y control, y el impacto real que se produce en el seno del Estado Constitucional a todos los niveles por la Unión Europea.

Para superar la aporía que se produce en su caso extremo entre la primacía que reclama el ordenamiento comunitario y la de la Constitución nacional<sup>10</sup>, se entiende desde la perspectiva nacional que el proceso de integración supone una apertura a otro ordenamiento, el comunitario, que presenta unas finalidades específicas, pero que tal apertura halla su justificación en el mandato contenido en la propia Constitución a través del cual permite la aplicación de ese ordenamiento en el ámbito hasta entonces reservado. Así, son las Constituciones las que admiten las consecuencias derivadas de esas finalidades si bien dentro de unos límites, esto es, siempre y cuando no contraríen lo establecido con carácter sustancial en el propio Texto Fundamental. Se permite la apertura hacia la integración en ámbitos materiales determinados, aceptándose la modulación o las mutaciones necesarias para alcanzar las finalidades previstas y deseadas, pero no se permite contravenir sus previsiones ni mucho menos disponer de la Constitución misma.

Por contra, el Tribunal de Justicia comunitario ha procedido a configurar el Derecho comunitario como ordenamiento jurídico autónomo respecto a los nacionales, y progresivamente desvinculado de su origen internacional, que posee sus propios principios y reglas de funcionamiento cuyas pautas se estable-

10. Cfr., por todos, López Basaguren, A., *¿Requiem por la Constitución? El ordenamiento constitucional en la integración comunitaria*, Civitas Europa, núm. 2, 1999, págs. 7-30, en particular pág.22.

cen en los instrumentos que las constituyen, de modo que se sitúa a los Tratados originarios en el vértice del sistema comunitario<sup>11</sup>. Al mismo tiempo afirma que este ordenamiento goza de primacía absoluta en sus relaciones con los ordenamientos nacionales -incluidas las Constituciones nacionales-, es de aplicación inmediata y dispone de eficacia directa. Esta caracterización incide en el carácter de norma suprema propia de la Constitución Nacional, ya que las relaciones interordinamentales se terminan regulando desde el sistema comunitario, imponiendo sus exigencias de integración y uniformidad ante las cuales se descartan cualquier orden de consideraciones del Derecho Constitucional interno.

Ambas concepciones, al reclamar la supremacía para las normas de mayor rango de ambos sistemas, provocan inevitablemente una contradicción que se refleja en la falta de articulación completa y coherente entre el ordenamiento comunitario y los sistemas nacionales. Contradicción que se acentúa al buscar una mayor profundización en la integración, que trascienda de los objetivos propios del ámbito económico para incidir en la vía de la integración política, como se ha puesto de manifiesto el Tratado de la Unión Europea en 1992, para cuya ratificación se ha procedido a reformas constitucionales en Alemania, Francia y Portugal. Y también, aunque limitadísima, en nuestra Constitución, reforma que es la única que se ha producido hasta el momento a pesar de sus ya más de 25 años de vigencia.

Ante esta situación se acomete el debate sobre los límites de la integración, por entenderse que se puede estar afectando a la propia esencia de la estatalidad y, por ende, a los principios sobre los cuales aparecen asentados estos Estados, Constitucionales democráticos y sociales.

En esta tesitura ha de incidirse que el marco estatal puede ser traspasado si así lo exigen necesidades nuevas, y, sobre todo, la propia sociedad. Sobre este postulado, se entiende que el principal problema reside en el enfrentamiento entre el arraigo de los principios basilares del constitucionalismo, que han encontrado su marco idóneo de aseguramiento en el seno de los Estados Constitucionales, y el análisis de si éstos se respetan y aseguran en una escala distinta, la comunitaria.

En este sentido, ya se ha indicado que el primer principio medular que se encuentra cuestionado es el principio democrático del Poder Constituyente del

11. Sobre esta caracterización, cfr., entre otros Muñoz Machado, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 150-155; Mangas Martín, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, págs.141 y ss.

Pueblo<sup>12</sup>. También resulta difícil sostener que a escala comunitaria se garantice el principio liberal que sigue siendo consustancial del concepto material de Constitución: El reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de la Unión aún no resulta mediante concretos y eficaces mecanismos jurídicos pese a la Declaración de derechos de la Unión de 7 de diciembre del 2000. El mismo balance se desprende respecto el principio de separación de poderes. Finalmente, la supremacía constitucional, como quiera que va ligada a la protección de los presupuestos anteriores, también sólo resulta predicable, en su auténtico sentido, en el ámbito constitucional estatal.

Los Tratados Constitutivos de las Comunidades y de la Unión Europea no responden a estos rasgos. Son Tratados Internacionales a los que han dado su consentimiento los Estados parte desde sus respectivos fundamentos constitucionales. El fundamento de la Unión está en las Constituciones nacionales, esto es, en la expresión de tal voluntad que el Constituyente originario, Pueblos de tales Estados, han manifestado en sus Normas Supremas. Por lo tanto, ha de concluirse que el Poder de integración es un poder limitado<sup>13</sup>. En primera medida porque, para actuarlo, se han de respetar los requisitos exigidos tanto formales como procedimentales en la Constitución. En segundo lugar porque, aunque no existan límites materiales explícitos, sí existen límites implícitos. De este modo, se entiende que las Constituciones nacionales permiten la integración y las consecuencias jurídicas que ésta entraña. Así se acepta la primacía aplicativa de las normas comunitarias en los conflictos que se producen con normas del ordenamiento nacional de rango infraconstitucional, por considerar que se trata de un efecto cubierto por la propia Constitución. En este sentido, parece que el concepto de autoruputura constitucional permite dar adecuada justificación a la recepción del Derecho comunitario derivado, permitiendo que sea fuente de aplicación directa y preferente en el interior del Estado, con repercusiones sobre su sistema de fuentes<sup>14</sup>.

12. Sobre la conexión de la Teoría democrática con el Poder Constituyente, así como la falta de este último en la UE, cfr. Ruipérez, J., *La "Constitución Europea" y la Teoría del Poder Constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, págs. 135-151.

13. Cfr., entre otros, Alonso García, E., "La incidencia de la entrada en las Comunidades Europeas en el sistema constitucional de Fuentes del Derecho", en Aguiar de Luque, L. (coord.), *Implicaciones constitucionales y políticas del ingreso de España en la CEE y su incidencia en las Comunidades Autonomas*, Oñati, 1986, pág. 125, págs. 148-149; Vernet i Llovet, J., *Los límites a la integración europea*, Civitas europa, núm. 3, 1999, págs. 311-342.

14. Cfr. Pérez Royo, J., *Las fuentes del Derecho*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pág. 147, pág. 151 y págs. 165-166; Ruipérez, J., *La "Constitución Europea" y la...*, op. cit., pág. 66, pág. 69, págs. 94-95; Balaguer Callejón, F., "La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordena-

Sin embargo, no se puede pretender que por la integración la Constitución devenga inaplicable al campo cada vez más amplio cubierto por la normativa comunitaria. Lo que se atribuyen son competencias derivadas de la Constitución, nunca el Poder Constituyente fundamento de tales competencias. Desde esta óptica no cabe considerar que la integración constituya un mecanismo especial de reforma de la Constitución, de manera que ampararía disposiciones comunitarias contrarias a sus mandatos hasta producir su vaciamiento<sup>15</sup>. Más correcto consideramos encuadrar las consecuencias que produce el fenómeno integrador como una mutación en determinados mandatos de la Constitución, advirtiendo con K. Hesse, que las posibilidades de una mutación constitucionalmente lícita terminan donde existe una contradicción literal y frontal con lo prevenido por el texto Constitucional. Cuando éste sea el caso, ha de acudir a la reforma constitucional<sup>16</sup>.

Y esta última posibilidad es factible sin olvidar que el poder de reforma de la Constitución es un poder limitado. Consecuentemente, la reforma de la Norma Suprema para adecuarla a los nuevos fines susceptibles de plantearse en la inte-

mientos europeo y estatal", en García Herrera, M.A. (Dir.) y otros, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, UPV, Bilbao, 1997, pág. 596; Vernet i Llobet, J., *Los límites a la integración europea*, Civitas Europa, núm. 3, 1999, pág. 322; López Basaguren, A., "Constitución y Unión Europea: aporías en la integración comunitaria", en Barcía Herrero, M.A. (Dir.) y otros, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, UPV, Bilbao, 1997, págs. 322-330.

15. La consideración de las relaciones entre Constitución e integración como autoruptura de la rigidez constitucional parte de Rodríguez-Zapata y Pérez, J., "Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad", *REDA*, núm. 30, 1981, págs. 481 y ss. La misma se recoge también en el Dictamen núm. 850/91, Sección 2ª, de 20-6-91, Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado Año 1991, págs. 12-20; y Dictamen núm. 421/92, Sección 2ª, 9-4-92, Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado Año 1992, págs. 2-10. El primero responde a la cuestión planteada por el Gobierno sobre el texto de 7 de mayo elaborado por el Gobierno de Luxemburgo y que aún no era el Texto definitivo del Tratado. El segundo, se corresponde ya con el Texto del Tratado definitivamente fijado. Cfr., criticando esta posición del Consejo de Estado, Rubio Llorente, F., "La Constitución Española y el Tratado de Maastricht", *REDC*, núm. 36, 1992, págs. 258-260; Muñoz Machado, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, págs. 33-37; Vernet i Llovent, J., *Los límites a la...*, cit., pág. 321; Pérez Tremps, P., "Las condiciones constitucionales al proceso de ratificación del Tratado de Maastricht en el Derecho Comparado", *RFUDC*, núm. 18, 1994, pág. 77. Aragón, M., "La Constitución Española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución", págs. 1038-1039 y Rodríguez-Vergara Díaz, A., "Los límites constitucionales a la cesión de competencias a la Unión: comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional Español sobre el Tratado de la Unión Europea", págs. 920-921, ambos en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, vol. I, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

16. Cfr. Hesse, K., "Límites de la mutación constitucional", en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª ed. CEC, Madrid, 1992, págs. 102-103; Asimismo, De Vega, P., *La reforma constitucional y...*, op. cit., págs. 179-180; Lucas Verdu, P., *Curso de Derecho Político*, vol. IV: "Constitución de 1978 y transformación político-social española", Tecnos, Madrid, 1984, págs. 158-223.

gración europea, se encuentra limitada. El único que puede dar el paso decisivo es el Constituyente originario.

Tal fenómeno es difícil que se produzca en la situación actual. El alejamiento de los Pueblos de los Estados del fenómeno comunitario, la ruptura de la uniformidad que se ha producido en los fundamentos de la Unión, la introducción de la cooperación reforzada, la gran ampliación que acrecienta la diversidad, el sistema institucional mal redimensionado respecto a las poblaciones, los esquemas intergubernamentales en parte de los ámbitos más importantes, la necesaria unanimidad estatal para acometer cualquier reforma, la indefinición política constante, son factores que muestran las dificultades del proceso, y no parece augurar que ni a corto ni a medio plazo -pese al PTICE- vaya a existir una auténtica Constitución Europea que resolvería la contradicción planteada pues conllevaría la subordinación de las Constituciones nacionales a aquélla.

### ***5. El Proyecto de Tratado que instituye una Constitución para Europa***

En el último lustro se han producido y se están produciendo acontecimientos importantes en el proceso de unidad europea que obligan a actualizar y replantearse continua y constantemente su dimensión. Entre los hitos más relevantes se encuentran la firma del Tratado de Niza (2001), precedida por la proclamación solemne y conjunta en Niza por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, el 7 de diciembre de 2000, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDF); la concreción de la quinta ampliación de la Unión; y la previsión de una nueva reforma de los Tratados sobre los que se funda la Unión de la cual ha surgido el PTICE.

Mediante el Tratado de Niza<sup>17</sup> se ha procedido a reformar el sistema institucional comunitario intentando restablecer los equilibrios rotos por las sucesivas ampliaciones y antes de la gran ampliación al Este con el fin de hacerlo eficaz, así como a mejorar y flexibilizar los sistemas de cooperación reforzada habida cuenta de la diversidad cada vez mayor entre las distintas percepciones nacionales cara a los futuros avances en la integración. Políticamente recibe el respaldo que precisa en el Consejo Europeo celebrado los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000 en la mentada ciudad francesa -no sin duras y agotadoras negociaciones-. Se firma el 26

17. DOCEC 80, de 10 de marzo de 2001; BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2001. Cfr. sobre este Tratado, Saenz de Santa María, A.; Mangas Martín, A.; y otros, *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, Madrid, 2002.

de febrero de 2001 abriéndose seguidamente el proceso de ratificación nacional para su entrada en vigor, que constituye un requisito indispensable para la reforma de los Tratados constitutivos conforme el artículo 48 del TUE dirigido a satisfacer la participación democrática necesaria en el devenir de la Unión Europea. Los avatares en esta fase de ratificación demorarán su entrada en vigor hasta el 1 de febrero de 2003, evidenciando nuevamente las dificultades del sistema de reforma de los Tratados comunitarios, que se agravarán en una Europa cada vez más extensa.

Ha de destacarse la Declaración nº 23 anexa al Tratado, que pone en marcha un nuevo proceso de cambio en la Unión Europea, el cual se está produciendo en estos momentos.

La Carta de Derechos Fundamentales<sup>18</sup> de la Unión Europea pretende garantizar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario y solucionar posibles conflictos en este ámbito tan sensible entre las Constituciones Estatales y el proceso integrador. El dato de que se demore dar una respuesta a su valor jurídico avala los problemas de fondo que tal cuestión suscita.

En realidad, la idea de redactar un catálogo propio de derechos fundamentales en el ámbito comunitario parte ya de los años setenta por la rebelión de los Tribunales Constitucionales a aceptar la primacía absoluta del ordenamiento incluso sobre los preceptos constitucionales que recogen estos derechos. Esto dará lugar al comienzo de su protección por el TJCE. Sus antecedentes inmediatos se encuentran en el Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999, que decide la recopilación de los derechos protegidos por el ordenamiento comunitario, el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los

18. Sobre la CDFR, cfr. Rodríguez Bereijo, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 2000, Madrid, págs. 6 y ss.; Figuerelo, A., "La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea", *AFDUC*, núm. 5, 2001, págs. 315-342; Rubio Llorente, F., "Mostrar los Derechos sin destruir la Unión", *REDC*, núm. 64, 2002, págs. 27-40; López Castillo, A., "Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *REP*, núm. 113, 2001, págs. 46-66; Lenaerts, K. y De Smijter, E.E., "A bill of rights for the European Union", *CMLR*, núm. 38, 2001, págs. 273-300; Saiz Arnaiz, A., "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, págs. 153-170; Rodríguez Bereijo, A., "El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza", págs. 214-219, en García de Enterría, E., (Dir.) y Alonso García, R., (Subdir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; Carrillo Salcedo, J.A., "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *RDCE*, núm. 9, 2001, págs. 7-26; Jacqué, J-P., "La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union Européenne", *L'actualité juridique. Droit Administratif*, núm. 6, 2002, págs. 476-480.

Estados miembros, mediante la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales, con el objetivo de que sea más visible para los ciudadanos el compromiso de la Unión con su protección.

Encomienda tal tarea a un órgano, que posteriormente se autodenominará Convención, cuya composición establece el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 según la siguiente fórmula: 62 miembros, de los cuales 15 representan a los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembro -legitimidad intergubernamental-, 30 miembros de los Parlamentos nacionales -legitimidad nacional-, 16 parlamentarios europeos, y un representante del Presidente de la Comisión europea -legitimidad europea-. La amplia representatividad de este órgano obedece al propósito de reunir todas las sensibilidades europeas en materia de derechos humanos y originó un método de trabajo entre lo intergubernamental y lo parlamentario, en el que prima la búsqueda del consenso.

El procedimiento fue público, transparente y abierto a las sugerencias de la sociedad civil, lo cual ha recibido el elogio de políticos y de la doctrina. El 2 de octubre de 2000 aprueba el proyecto de Carta que remite al Consejo Europeo informal de Biarritz en el cual recibió la aprobación sobre su contenido por parte de los Jefes de Estado y de Gobierno sin que se pongan de acuerdo sobre su obligatoriedad. El 7 de diciembre de 2000 se produce su proclamación solemne, seguida de su publicación en el DOCE como "Acuerdo intergubernamental"<sup>19</sup> tras haber descartado el Consejo Europeo de Niza su incorporación a los Tratados y dotarla de valor jurídico bien que en la Declaración nº 23 comentada se establece para la próxima reforma la necesidad de determinar su estatuto.

La CDF consta de un Preámbulo y 54 artículos, constituyendo el primer instrumento comunitario que reúne en un mismo texto todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales que pertenecen al ciudadano europeo y a las personas residentes en la Unión. En un primer bloque se trata de los derechos civiles y políticos clásicos inherentes a la persona y a su dignidad. En un segundo, se recogen los reservados a los ciudadanos de la Unión, como la libertad de circulación y de residencia, el derecho de voto activo y pasivo en las elecciones europeas y municipales, el derecho de acceso a los documentos del PE, Consejo y Comisión, el derecho de petición y de acceso al Defensor del Pueblo europeo, el derecho a una buena administración y el derecho a la protección diplomática y consular. En un tercero, se contienen derechos económicos y sociales que se corresponden con

19. Publicada en el *DOCEC*, de 18 de diciembre de 2000.

el acervo del modelo social europeo, tales como el derecho al trabajo, a un salario justo, a la libertad sindical y a la huelga, el derecho a la vivienda, a la salud, o a las prestaciones de la Seguridad Social. Este último grupo es el que mayores problemas ha suscitado en la Convención debido a las discrepancias sobre la oportunidad de su inclusión por el carácter programático de muchos de ellos, a las divergencias existentes entre los modelos laborales, sociales y económicos de los Estados miembros y al temor a sus repercusiones financieras.

Las dificultades manifestadas en la génesis del Tratado de Niza ponen de relieve la imposibilidad de seguir avanzando a través del sistema de reforma previsto para modificar los Tratados constitutivos de la Unión. Asimismo, nuevamente arrecian las críticas que indican que el método funcionalista ha llegado a su fin, debiendo abordarse definitivamente la fijación última del proceso europeo. La "Declaración relativa al futuro de Europa" -nº 23- anexa a este Tratado denota esta percepción, apelando a la apertura de un debate más amplio y profundo sobre el futuro de la Unión Europea, en el que ha de intentarse implicar a todas las partes interesadas, contemplando diversas fases.

Conforme tales previsiones, el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001, adopta una Declaración sobre el futuro de la Unión Europea y decide convocar una Convención, siguiendo el precedente de la que redactó la CDF, para garantizar una preparación amplia y transparente de la próxima CIG. Además, abre el interrogante de si todo ello no debe conducir a la adopción de una Constitución para los ciudadanos de la Unión Europea, formulando diversas preguntas, entre las que destaca si la "simplificación y redistribución no deberían conducir a plazo a la adopción de un texto constitucional", lo que lleva a plantearse cuáles debería ser sus elementos básicos, los valores de la Unión, los derechos fundamentales y deberes de los ciudadanos, y las relaciones de los Estados en el seno de la Unión. Para preparar la reforma convoca una Convención con una composición similar a la que redactó la CDF, la cual habrá de presentar el resultado de su trabajo al Consejo Europeo mediante un documento final en el que podrán bien comprenderse las diferentes opciones con expresión del apoyo que obtuvieron cada una, bien si se hubiese producido consenso bajo la forma de recomendaciones. Este documento más el resultado de los diferentes debates nacionales servirán de punto de partida para los debates de la CIG 2004.

El resultado del trabajo de la Convención ha sido, como se sabe, un proyecto de Tratado de Constitución Europea, objeto de un amplio consenso en su seno en las sesiones plenarias de 13 de junio y 10 de julio de 2003, que ha sido pre-

sentado a los Consejos Europeos de Salónica y de Roma el 20 de junio y el 18 de julio de 2003 respectivamente.

Proyecto que constituye el punto de arranque de la discusión que se ha abierto en la CIG desde el 4 de octubre del año pasado. Esta propuesta, en nuestra opinión, continúa siendo deudora de los problemas de fondo que se suscitan a lo largo de toda la evolución del proyecto integrador europeo, y no hace sino reflejar que sigue transcurriendo marcado por una crisis constitucional existencial. Pese a la nomenclatura que utiliza, entendemos que este proyecto continúa firmemente anclado en los presupuestos propios del Derecho Internacional convencional. En realidad, se trata de un nuevo Tratado comunitario que sustituye y simplifica los anteriores, pero que no produce un cambio cualitativo en los fundamentos y bases de la Unión Europea. Más que nuevas cosas afianza las existentes, constituyendo un nuevo paso en la búsqueda permanente de la Unión en la definición de sus objetivos últimos. La tradicional tensión entre profundización federal e intergubernamentalismo se mantiene.

El objetivo de estas breves líneas no es realizar un estudio exhaustivo del PTICE. Tarea, además, que se vería inexorablemente desbordada por los cambios que se van a producir en su versión definitiva, ya que de todos es conocido que las discrepancias en la CIG son profundas. A lo anterior se añade el porvenir incierto que la reforma que finalmente se acuerde pueda tener en la fase de ratificación nacional. Simplemente nos limitaremos a indicar algunos datos sobre la propuesta presentada que inciden en el ámbito de nuestro estudio.

Aunque el PTICE surge de una Asamblea convencional, que intenta aunar en su composición distintas legitimidades, no se puede confundir con una asamblea constituyente resultado de la elección directa de los ciudadanos con el mandato específico de éstos de realizar una Constitución. El mandato constitucional ha de ser expreso, necesita mayorías y minorías, debate público, y su resultado no puede aparecer constreñido por unos límites que se fijan desde el principio. Sin embargo, en la Convención los temas se decidieron por consenso, sin explicitarse los apoyos reales y contrarios de una manera clara a través de votaciones, hubo grupos de trabajo no abiertos al público, y su resultado aparece condicionado por el mandato previo establecido por el Consejo de Laeken.

Así las cosas, no es de extrañar que el resultado de sus trabajos refleje la naturaleza dual del modelo incluyendo elementos federalistas e intergubernamentales. Bien que ha de señalarse que constituye un intento loable de procurar una mayor

transparencia y democracia en las reformas de los Tratados constitutivos que busca contener el desplazamiento de tal actividad modificadora a los ejecutivos.

No obstante, no se puede que será la CIG la que finalmente acuerde y delimite por unanimidad el alcance y sentido de la reforma. CIG que ha vuelto a la opacidad. Una vez se pacte en su seno el texto definitivo y se proceda a su firma, se pasará a la fase de ratificación en cada uno de los veinticinco países de la Unión. Nótese que en muchos de ellos se ha anunciado la intención de convocar un referéndum para proceder a su ratificación -incluido España-.

El proyecto presentado constituye un Texto único que sustituiría a los anteriores Tratados constitutivos. Consta de un Prefacio, un Preámbulo, cuatro Partes, cinco Protocolos anexos y tres Declaraciones.

En el Prefacio la Convención expresa que con este trabajo cumple el encargo del Consejo de Laeken planteando respuestas a las preguntas suscitadas sobre las mejoras del sistema de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, fusión de los Tratados y atribución de personalidad jurídica a la Unión, simplificación de sus instrumentos de actuación, medidas para incrementar su democracia, transparencia y eficacia, al tiempo que presenta medidas de mejora de la estructura y refuerzo de cada una de las tres instituciones de la Unión ante la ampliación.

En el Preámbulo, destaca la referencia que se efectúa a que los pueblos de Europa, están resueltos a, cada vez más estrechamente unidos, forjar un destino común. Otra vez nos encontramos con un paso más, pero no el definitivo.

En la I parte -59 artículos en nueve Títulos- se tratan: la creación, definición y los objetivos de la Unión, los derechos fundamentales y la ciudadanía de la Unión, sus competencias y los principios que rigen su ejercicio, sus Instituciones, de la vida democrática de la Unión, de sus finanzas, de la Unión y su entorno próximo, y la pertenencia a la Unión. Está redactada de manera comprensible y engloba las líneas básicas de la Unión, sus objetivos y valores, contribuyendo a acercarla a los ciudadanos. También es positiva la ordenación que realiza de las fuentes de derecho comunitarias así como la generalización del procedimiento de codecisión en el proceso legislativo y la atribución de la legislación delegada a favor de la Comisión. No obstante, persisten importantes poderes legislativos tanto en el Consejo como en el Consejo Europeo. Se realiza un tratamiento sistemático y más clarificador de las competencias de la Unión

aunque el sistema permanece firmemente basado en el principio de competencias de atribución, con el objetivo de dejar claro que la Unión no tiene fines universales sino parciales y limitados. Desaparece la división difícil de entender en tres pilares bien que contemplan reglas específicas en los ámbitos de la PESC y en la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en los cuales se producen algunos tímidos avances frente a la situación anterior. Asimismo, se mantienen y flexibilizan las cooperaciones reforzadas, lo cual supone la admisión de la dificultad de avanzar en un proceso integrador igualitario. En relación al sistema institucional se introducen importantes cambios. En el Consejo se rompe el equilibrio a favor de los Estados más poblados, el Parlamento Europeo gana mayor peso mientras que la Comisión minora su importancia. También se acrecienta el papel de los Parlamentos nacionales. De todos modos, se observa que la política sigue siendo el privilegio de los Jefes de Estado y de los Ministros, subsistiendo un escaso control de su actividad y la falta de mecanismos de exigencia de responsabilidad de esos poderes, sobre todo del Consejo Europeo. En realidad, el mantenimiento del "status quo" ya se manifiesta desde su artículo 1 apartado 1 al referirse a que "La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea, a la que los Estados miembros confieren competencias para alcanzar sus objetivos comunes,..."

La II parte contiene la CDF prácticamente tal y como se elaboró y proclamó con anterioridad, adoleciendo de diversos defectos, muy especialmente, de falta de acciones jurisdiccionales individuales para su protección efectiva. Lo novedoso e importante es su incorporación al Derecho originario con la misma fuerza y rango que éste. Sin embargo, su naturaleza sigue siendo la propia de un Tratado Internacional.

En la III Parte se mantiene el núcleo duro de los Tratados comunitarios a través de 342 artículos que abarcan las políticas comunes con muy pocas novedades.

La última Parte, Parte IV, contiene las Disposiciones Generales y Finales condensadas en 10 artículos entre los cuales cabe destacar lo que se prevé sobre su entrada en vigor y procedimiento futuro de revisión. En el artículo IV-8 se mantiene la exigencia de ratificación por todos y cada uno de los Estados miembros conforme sus normas constitucionales para que el PTICE pueda entrar en vigor. Resulta indudable que el sistema previsto es el propio de la entrada en vigor de un Tratado Internacional y que no se ha querido ir más lejos. Todavía más agravado se manifiesta este aspecto en el método previsto para su reforma

en el artículo IV-7. Se añade la convocatoria de una Convención dentro de sus fases, pero salvo tal extremo se reproduce el sistema vigente actualmente: CIG por unanimidad seguida de ratificación por todos y cada uno de los Estados conforme a sus previsiones constitucionales. Con ello se refleja la inexistencia de un pueblo europeo que obre unitariamente.

En fin, esta escueta síntesis nos lleva a afirmar que el PTICE supone un avance en términos de simplificación y sistematización pero poco más. No se puede considerar que se trate de una auténtica Constitución en sentido normativo y democrático, fruto de la voluntad de un Pueblo europeo que mediante su elaboración y aprobación celebra un contrato fundacional de una Comunidad política global basada en reglas universales y que procede a organizarse como totalidad. En este sentido, es una ocasión perdida quizás debido a que por mucho que se discuta al respecto subyace en el fondo el sentimiento de que se necesita más tiempo para que la identidad europea nazca y se asiente definitivamente. Por todo lo anterior, opinamos que aunque en el Proyecto se utiliza la palabra de Constitución, responde a un sentido muy limitado de técnica de control del poder de la Unión Europea, no respondiendo a su sentido fundacional democrático básico, acuerdo de una Comunidad política unificada preexistente que se constituye con fines universales.

### ***6. Constitución Española y Unión Europea. El Estado Español de la Constitución de 1978 como Estado Social y Democrático de Derecho, Autónomo y Comunitario***

Lógicamente, la problemática de desentrañar las relaciones entre Constitución e Integración es común a los países miembros de la Unión Europea, constituyendo un tema fundamental de la actual Teoría de la Constitución. Tales relaciones se han afrontado desde perspectivas diversas aunque conectadas entre sí.

1.- Una primera, supone analizar el fundamento constitucional de la integración a partir del estudio de la cobertura que la Norma Fundamental ofrece al fenómeno integrador, esto es, se trata de determinar la naturaleza constitucional de la cesión de competencias que se realiza y sus posibles límites.

2.- Una segunda, consiste en abordar los casos de conflicto que se pueden plantear entre Constitución y Derecho Comunitario y sus modos de solución. Desde esta óptica adquiere una especial relevancia la problemática de la protec-

ción de los Derechos Fundamentales frente a la actuación del poder comunitario al igual que las limitaciones que la Constitución puede imponer a la eficacia interna del Derecho Comunitario y el papel a desempeñar por los Tribunales Constitucionales en esas relaciones.

3.- Otra aproximación presta especial atención a la incidencia del fenómeno integrador en la organización estatal, tanto en la relación horizontal entre los distintos poderes del Estado como en las relaciones verticales que se producen en aquellos países con una distribución territorial del poder político.

4.- Finalmente, se observa como últimamente se insiste cada vez más en la necesidad de aproximarse al entendimiento de la relación entre Constitución y Derecho Comunitario desde el enfoque de la interrelación e influencia recíproca que se produce entre ambas realidades jurídicas, apuntándose la existencia de un Derecho Constitucional Europeo.

Limitándonos al caso español quisiéramos efectuar, desde un punto de vista genérico, una breve síntesis de cómo se han afrontado estos temas en la doctrina y en el sistema jurídico español en el marco de la vigente Constitución de 1978, que constituye el Estado Español como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) sobre la base de la soberanía popular (Preámbulo, art. 1.2 CE), reconociendo el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran al tiempo que la indivisibilidad de la Nación española y la solidaridad (art. 2 CE), en el cual se quiere, asimismo, la participación en el proceso integrador (art. 93 CE).

Ha de partirse del análisis del artículo 93 de nuestra Constitución<sup>20</sup> por constituir el fundamento constitucional de la participación española en la andadura comunitaria. Precepto que dispone: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía

20. Sobre el proceso formal y cronológico de la adhesión española a las Comunidades Europeas, y sobre los antecedentes del art. 93 CE, cfr. Mangas Martín, A., *Derecho Comunitario europeo y...*, op. cit., págs. 17-25; Soriano, J.E., *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 35-38; Remiro Brotons, A., "Artículos 93 y 94: Tratados Internacionales", en Alzaga Villamil, O., (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VIII, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1998, págs. 513 y ss.; Molina del Pozo, C. F., "El Capítulo III de la Constitución y la integración en las Comunidades Europeas", *DA*, núm. 195, 1982, págs. 173-179; López Castillo, A., *Constitución e Integración, CEC*, Madrid, 1996, págs. 208 y ss.

del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión". Se observa que se prevé la posibilidad de ceder el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a Organizaciones o Instituciones Internacionales a través de un Tratado Internacional articulando un procedimiento interno específico de autorización -por Ley Orgánica<sup>21</sup>- para su celebración. La cesión se entiende que es del ejercicio de competencias determinadas, no de su titularidad, y que está sometida a límites dimanantes de la propia Constitución.

Esta previsión constitucional se ubica en el Capítulo Tercero del Título III de nuestra Constitución, "De los Tratados Internacionales", que comprende los artículos 93 a 96. No existe ninguna duda acerca de que la inclusión del artículo 93 por el legislador constituyente español se realizó con la idea de la futura integración del Estado Español en las Comunidades Europeas, como se demuestra palpablemente en los trabajos parlamentarios en donde se debatió su redacción, ya se tiene en cuenta la necesidad de prestar una cobertura constitucional que posibilite la pertenencia española a la Unión Europea con las consecuencias que tal hecho implica sin necesidad de modificar la Constitución.

Así las cosas, se aprecia una clara diferencia entre los Tratados del artículo 93 -de integración-, y los del artículo 94 -para las relaciones de cooperación tradicionales en el marco del Derecho Internacional público<sup>22</sup>-. Los Tratados del artículo 93 tienen la función peculiar de transferir a una instancia supranacional

21. Autorización por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica, que se aprueba por mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto por el Congreso, según el art. 81.2 CE. El procedimiento legislativo detallado de la tramitación de las Leyes Orgánicas se desarrolla en los artículos del Reglamento del Congreso -arts. 130-132- que remite al procedimiento legislativo común con las salvedades previstas en dicha Sección, y en el Reglamento del Senado, especificando el art. 132 del Reglamento del Congreso los efectos de un veto o de la introducción de enmiendas por el Senado a un proyecto o proposición de Ley Orgánica. En caso de veto, se requerirá para la ratificación del texto inicial el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso. En el supuesto de que el Senado haya introducido enmiendas, se someterá el texto enmendado a una votación de conjunto en el Congreso, aprobándose si obtiene la mayoría absoluta de los miembros del Congreso. De no obtenerse tal mayoría, quedará ratificado el texto inicial del Congreso y rechazadas todas las enmiendas propuestas por el Senado. En el iter de la Ley Orgánica se observa, pues, claramente un menor peso del Senado respecto del Congreso.

22. Cfr., entre otros, Remiro Brotons, A., *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 25 y ss.; *Idem*, "Artículos 93 y 94. Tratados...", cit., págs. 507-592. Rubio Llorente, F., "La Constitución española y...", cit., págs. 253-254; Pérez Royo, J., *Las fuentes del...*, op. cit., págs. 145-172; Mangas Martín, A., "Los Tratados internacionales (Arts. 93 a 96 de la CE). Especial referencia a la ciudadanía europea", *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, págs. 419 y ss.; Rodríguez Iglesias, G.C., "Problemas jurídicos de la adhesión de España a la Comunidad Europea", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1984*, UPV, Bilbao, 1985, págs. 191 y ss.

la competencia para producir Derecho, Derecho que a continuación, sin ninguna mediación estatal ulterior, va a tener vigencia como Derecho interno. Función de habilitación que los diferencia profundamente de los del artículo 94 CE, además de tener una incidencia completamente distinta en el ordenamiento español en general y en su sistema de fuentes del Derecho en particular.

En la actualidad, el Derecho Comunitario constituye un cuerpo normativo que se añade cuantitativamente a los Derechos nacionales internos desplazando la aplicación de las normas nacionales en determinadas materias, sin que exista una sustitución del sistema de fuentes del Derecho propio de cada uno de los Estados miembros, sino que se trata de una inserción en el sistema nacional-estatal de fuentes que en ocasiones perturba o rompe la lógica interna y plantea problemas de conflicto difíciles de solventar con una estricta aplicación de la dogmática jurídica estatal tradicional.

Sabido es que el ingreso de España en las Comunidades Europeas se realiza tras la aprobación de la Ley Orgánica 10/1985, de 10 de agosto, por la que se autoriza la firma de los Tratados constitutivos y del Acta de Adhesión. Con posterioridad, para ratificar las reformas introducidas en los Tratados comunitarios se ha usado el mismo instrumento. La LO 4/1986, de 26 de noviembre autorizó la ratificación del Acta Unica Europea, la LO 20/1994 autoriza la ratificación de la adhesión de Finlandia, Suecia y Austria a la Unión Europea, mediante LO 10/1992, de 28 de diciembre, se autoriza la ratificación española del Tratado constitutivo de la Unión Europea, previa reforma constitucional del artículo 13.2 de la CE<sup>23</sup> exigida por la Declaración emitida por el Tribunal Constitucional al requerimiento planteado por el Gobierno sobre la base del artículo 95 de la CE. A través, asimismo de la LO 9/1998, de 16 de diciembre, se ha autorizado la prestación del consentimiento de nuestro Estado al Tratado de Amsterdam que modifica los Tratados originarios. La LO 3/2001, de 6 de noviembre, autoriza la ratificación española del Tratado de Niza, y, finalmente, la LO 12/2003, por la

23. Reforma que se tramitó por el procedimiento del artículo 167 CE y que contó con el respaldo de prácticamente la totalidad de las fuerzas políticas, siendo aprobada en el Congreso el 22 de julio y por el Senado el 30 de julio. Se firmó y promulgó por el Rey el día 27 de agosto, y fue publicada y entró en vigor el 28 de agosto de 1992. Vid., al respecto, Rubio Llorente, F., *La Constitución Española y...*, cit., págs. 262-265. Esta reforma ha resultado posteriormente cuestionada por parte de la doctrina por su limitación, ya que se constriñó a añadir "y pasivo" en el artículo 13.2 CE. Vid., al respecto, entre otros, Mangas Martín, A., *Los Tratados Internacionales (Arts. 93 a 96 de la CE)*... cit., págs. 427-431; págs. 420-437; *Idem*, "La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (Derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente", *REDI*, vol. XLIV, 1992-2, págs. 381-393. Muñoz Manchado, S., *La Unión Europea y las mutaciones...*, op. cit., págs. 31 y ss.

que se autoriza la ratificación del Tratado de adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca.

Una situación distinta se observa en el plano de los posibles conflictos que puedan surgir entre la normativa comunitaria y la Constitución, ámbito en el cual resulta fundamental determinar los efectos y alcance que el artículo 93 de la CE ofrece al fenómeno integrador que autoriza. Si bien la progresiva aproximación y convergencia entre los valores insertos en nuestro texto Constitucional con los de los países de nuestro entorno y con los principios crecientemente asumidos e incorporados a nivel comunitario, hacen que se aleje progresivamente la existencia de una contradicción de tal tipo, sin embargo, aún puede producirse. En una tesitura semejante, ha de entenderse que el ordenamiento constitucional constituye el fundamento del poder de integración para unas finalidades y dentro de unas pautas determinadas que impiden reconocer una primacía absoluta al nuevo cuerpo de normas que se origina en sede supranacional si éste va al encuentro tanto de aquello que no se puede ceder, porque es competencia exclusiva del Poder constituyente originario y, por tanto, no se trata de una competencia derivada de la Constitución, como de las decisiones fundamentales que constituyen el substrato que dan su esencia y reconocibilidad al sistema constitucional específico que se ha fundado<sup>24</sup>. Se colige, por tanto, que existen límites constitucionales a la cesión del ejercicio de competencias que se realiza a la Unión que no pueden ser violados. Cuestión distinta es que a falta de disposiciones expresas al respecto en nuestra Ley Fundamental sea difícil determinar cuáles son los límites materiales, existiendo bastantes discrepancias en su identificación que ha de hacerse de forma deductiva pues, como se ha visto, sólo se contempla el procedimiento necesario para autorizar la adhesión del Estado a la nueva Entidad y para aceptar sus posteriores reformas. Sobre esta temática se volverá más adelante.

Dentro del respeto de estos axiomas, se reconocen los efectos propios del ordenamiento comunitario en el ámbito interno que haya sido dictado cumpliendo los requisitos materiales y procedimentales que le señalan, a su vez, los

24. Cfr. Baño León, J.M., *Las Comunidades Autónomas en la Comunidad Europea*, Institut Valencià d'Administració Pública, Valencia, 1987; pág. 24; Aragón, M., "La Constitución Española y el...", cit., págs. 1045 y ss.; Vernet i Llorent, J., "Los límites a la...", cit., pág. 312; López Castillo, A., *Constitución e...*, op. cit., págs. 311-433.

Tratados constitutivos. De este modo, los posibles conflictos entre normativa comunitaria y normativa nacional de rango infraconstitucional, se han resuelto en nuestro país en base a este artículo 93, aceptando y aplicando de manera pacífica, especialmente por parte de los tribunales y jueces nacionales, los principios de primacía y eficacia directa de las distintas normas comunitarias tal y como los ha configurado el Tribunal de Justicia Comunitario, aunque existen todavía algunos problemas<sup>25</sup>.

Finalmente, se observa que el fenómeno integrador origina transformaciones que inciden en la propia estructura interna del Estado establecida por la Constitución, tanto a nivel de la distribución horizontal del poder como en su distribución vertical. En las relaciones horizontales se produce un claro predominio del Gobierno sobre las Cortes en las actuaciones y decisiones comunitarias, en particular, a través de su participación en el Consejo Europeo y en el Consejo, instituciones que retienen una capacidad de aprobación esencial de la normativa comunitaria. Ello origina la necesidad de lograr una mayor participación y control del Parlamento sobre las actuaciones del Gobierno en el Consejo Europeo y en el Consejo de ministros comunitario para no desvirtuar el sustrato democrático que reivindica que el órgano legislativo por excelencia represente al pueblo al que van dirigidas las normas<sup>26</sup>. En sede judicial, el papel que com-

25. Especialmente en las SSTC 28/1991, de 14 de febrero, BOE de 15 de marzo de 1991, y 64/1991, de 22 de marzo, (APESCO), BOE de 24 de abril de 1991. En ambas, el TC reconoce que el art. 93 de la CE constituye el fundamento de la vinculación de España a las Comunidades y sustenta asimismo la primacía del Derecho Comunitario sobre las normas internas, de suerte que afirma la competencia del juez nacional ordinario para inaplicar la norma nacional contraria a la comunitaria, quien, en caso de duda, ha de interponer la cuestión prejudicial al TJCE en interpretación o en apreciación de validez de la normativa comunitaria en cuestión. Igualmente, rehúsa convertir en litigio constitucional sometido a su competencia la eventual infracción entre legislación comunitaria y ley interna, ya que la norma comunitaria no forma parte del parámetro de constitucionalidad. Estas afirmaciones del TC Español son calificadas positivamente por la doctrina. Sin embargo, vid., por todos, la crítica que realiza Mangas Martín, A., "La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo", *RIE*, 1991-2, págs. 618-622, relativa a la calificación que efectúa el Alto Tribunal Español del conflicto entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario como conflicto "infraconstitucional", (FJ 5º STC 28/91; FJ 4º STC 64/91), que se basa en que tal calificación puede cuestionar la primacía del Derecho Comunitario, ya que pone de relieve la problemática de la existencia de límites a su carácter prevalente. En su lugar, entiende que el TC debía haber calificado tales conflictos como "extra o metaconstitucional". Aunque Pérez Tremps, P., *Constitución Española* y..., op. cit., págs. 146-147, comparte la opinión de que el TC se equivoca en la terminología usada, entiende que el Tribunal Constitucional Español no cuestiona la eficacia y prevalencia del Derecho Comunitario, sino que lo que hace es poner el acento en que esa aplicación preferente de la norma comunitaria se lleva a cabo porque constituye una aplicación concreta del artículo 93 de la CE.

26. Cfr., por todos, Muñoz Machado, S., *La Unión Europea y las mutaciones...*, op. cit. págs. 40-43; Moratta, F., *La Unión Europea. Procesos, actores y políticas*, Ariel, Barcelona, 1998, págs. 189-190. (...)

pete al juez nacional como juez llamado en primer orden a aplicar el Derecho comunitario en una relación de colaboración con el Tribunal comunitario transformada, en gran medida, la configuración, funciones y competencias tradicionales de los órganos jurisdiccionales.

También la distribución vertical del poder entre la organización central y las Comunidades Autónomas sufre cambios por el proceso integrador. Así, se observa que el proceso integrador origina un cierto proceso de centralización en el interior del Estado autonómico español ya que únicamente el Estado aparece como sujeto dotado de personalidad jurídica internacional y, en consecuencia, es el que actúa y responde ante la Unión Europea. Ello conduce en la práctica a un incremento de los poderes de la organización central y la correlativa disminución del de los centros autónomos de decisión política, que se produce tanto en la fase de elaboración de la normativa comunitaria como en la fase de aplicación del Derecho comunitario, aplicación que generalmente se realiza de forma indirecta requiriendo el concurso de una actividad estatal.

Por ello, resulta indispensable para garantizar la subsistencia del Estado autonómico reconocer y garantizar la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso comunitario. Para no despojar a la autonomía reconocida y garantizada por el bloque de constitucionalidad de su sentido, ha de procederse a imbricar a las Comunidades Autónomas en tal proceso, de suerte que se compense la cesión que se ha producido de sus competencias a favor de la Comunidad Europea con una participación sobre esas materias<sup>27</sup>. Hasta ahora tal

(...) Desde la óptica interna, la mayor parte de los países miembros de la Unión han buscado mecanismos para controlar al ejecutivo en su actuación comunitaria potenciando una mayor participación de los Parlamentos nacionales en la política europea. En España, en este sentido, se ha creado la Comisión Mixta para la Unión Europea integrada por diputados y senadores. No obstante, su capacidad de control resulta actualmente bastante insuficiente. Vid. Daranas, M., "La Comisión Mixta para las Comunidades Europeas", *Noticias de la Comunidad Económica Europea*, núm. 37, 1988, págs. 19-45; Ordoñez Solís, D., "Administraciones nacionales e integración europea", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136 Separata, pág. 41; Cienfuegos Mateo, M., "La Comisión mixta para la Unión Europea: análisis y balance de una década de actividad en el seguimiento de los asuntos comunitarios", *Gaceta jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia*, Serie D, D-27, 1997, págs. 7-69.

27. La bibliografía sobre esta cuestión es amplísima. A título ejemplificativo, cfr., entre otros, Molina del Pozo, C.F., "La participación de las Comunidades Autónomas en la toma de decisiones comunitarias", *REP*, núm. 43, 1985, págs. 83-105; Lasagabaster Herrarte, I., "El Estatuto de Autonomía y la CEE", *REP*, núm. 46-47, 1985, págs. 609-617; Muñoz Machado, S., "La ordenación de las relaciones del estado y las Comunidades Autónomas en la Unión Europea", en García de Enterría, E.; González Campos, J.D., y otros, (Dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el derecho Español)*, Civitas, Madrid, 1996, Tomo I, págs. 571-628; VVAA, *Cursos de Derecho*

ha sido el camino que se ha recorrido pero que se ha limitado al ámbito gubernamental<sup>28</sup>. Se requiere que esa participación se extienda a las Asambleas legislativas y que se constituyan marcos en los que se produzca la confluencia, primero de las Comunidades Autónomas entre sí, y después con la organización

*Internacional de Vitoria-Gasteiz 1986*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987; Pérez Tremps, P., *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Madrid 1987, *passim*; García de Enterría, E., "La participación de las comunidades Autónomas en la formación de decisiones comunitarias", *REDC*, núm. 33, 1991, págs. 3-27; Pérez Calvo, A., *Estado Autonómico y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1993; Pérez Tremps, P., "Comunidades Autónomas y actividad exterior en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *VVAA, Estudios de Derecho Público en homenaje a I. de Otto*, Oviedo, 1993, págs. 371-403; Barnes Vázquez, J., (Coord.), *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Civitas, Madrid, 1993; *VVAA, La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones y Comunidades Autónomas*, Instituto Vasco de Administración pública, Bilbao, 1994, 2 vol; *VVAA, El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1996; *VVAA, La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1995; Bustos Gissbert, R., *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1996; *passim*; Astola Madariaga, J., "Las Comunidades Autónomas en la elaboración de la posición española ante la Unión Europea: una asignatura pendiente" *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 44, 1996, págs. 93-110; *Idem*, "La participación de las Comunidades Autónomas en la formación del Derecho Comunitario". *Especial monográfico de Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 22, 1997; Pérez Tremps, P., Cabellos, M. A. y otros, (Coord.), *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Marcial Pons/Institut d'Estudis Autònoms, Madrid, 1998.

28. En el plano interno, tanto en la fase ascendente como descendente de creación y aplicación de la normativa comunitaria, se han institucionalizado mecanismos de colaboración entre las Administraciones Autonómicas y la estatal, que se han materializado en la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE), regulada por la Ley 2/1997 de 13 de marzo (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1997), que da cobertura legal a una práctica iniciada con anterioridad. Esta Conferencia adopta su Reglamento interno por acuerdo de 5 de junio de 1997, adoptado por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 5 de agosto de 1997, (BOE núm. 189, 8.8.1997). En su seno se han logrado acuerdos en materias específicas entre la Administración estatal y las autonómicas en asuntos comunitarios, constituyendo su mayor logro el Acuerdo sobre Participación Interna de las Comunidades Autónomas en los Asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias Sectoriales de 30 de noviembre de 1994, publicado por Resolución de 10 de marzo de 1995 de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales (BOE núm. 69, 22.3.1995). Asimismo, por Real Decreto 2105/1996, de 20 de septiembre, (BOE núm. 229, 21.9.1996) se crea la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión europea, publicándose el Acuerdo de la Conferencia en el que se acordó su creación el 5 de diciembre de 1996 (BOE núm. 302, 15.12.1996). Sobre las distintas Conferencias sectoriales existentes, su trabajo y valoración de su funcionamiento, cfr., entre otros, *VVAA., Puesta en práctica de los Acuerdos autonómicos de 1992 y sus efectos sobre el Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1996, págs. 57-134, págs. 173-282; Bustos Gisbert, R., *Relaciones internacionales y...*, op. cit., págs. 442 y ss.; López Castillo, A., *Constitución e...*, op. cit., págs. 273 y ss.; Pérez Tremps, P., (Coord.); Cabellos, M. A. y Roig Moles, E., *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Institut d'Estudis Autònoms/Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 283-312; Lucas Murillo de la Cueva, E., Lucas Murillo de la Cueva, E., *Comunidades Autónomas y política europea*, IVAP/Civitas, Madrid, 2000, *passim*; Roig Moles, E., *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Institut d'Estudis Autònoms/Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 231-325.

central<sup>29</sup>. Todo ello sin perjuicio del papel director que la propia Constitución y Tratados constitutivos de la Unión reservan en el desarrollo del proceso al Estado en su acepción global<sup>30</sup>.

En la fase de aplicación del Derecho comunitario cierto es que tras ciertas dificultades iniciales se admite hoy de manera pacífica que la ejecución de la normativa comunitaria se ha de realizar por la autoridad competente en relación con la materia de que se trate<sup>31</sup>. No obstante, resulta lógico que corresponda al Estado un papel de vigilancia e inspección en el cumplimiento de la correcta eje-

29. Aspecto que destaca prácticamente la totalidad de la doctrina. Vid., entre otros, Bustos Gisbert, R., *Relaciones internacionales y...*, op. cit., págs. 468 y ss.; López Castillo, A., *Constitución e...*, op. cit., págs. 293 y ss.; Baño León, J.M., *Las Comunidades Autónomas en...*, op. cit., págs. 54 y ss.; Jauregui Bereciartu, G., *Las Comunidades Autónomas y las relaciones internacionales*, IVAP, Oñati, 1986, págs. 141 y ss.; *Idem*, *La Comunidad Autónoma del País Vasco y las Relaciones internacionales*, IVAP, Oñate, 1989, págs. 82 y ss.; Soriano, J.E., *Comunidades Autónomas y...*, op. cit., págs. 188 y ss.; Bullaín López, I., *Las Regiones Autónomas de la Comunidad Europea y su Participación en el Proceso de Integración*, IVAP, Oñati, 1990, págs. 139 y ss.; Hernández Lafuente, A., "Coordinación, Colaboración y cooperación. El desarrollo del principio de cooperación", págs. 419 y ss.; Ortuzar Andechaga, L., "El procedimiento de participación de las Comunidades en los asuntos comunitarios europeos", en *VVAA., El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1996, pág. 526.

30. Art. 149.1. 3ª y art. 97 de la CE. Pero, frente al concepto restringido en favor de la reserva estatal absoluta que predicaba en los primeros momentos el Tribunal Constitucional Español del título competencial "relaciones exteriores", se ha evolucionado hasta distinguir un núcleo duro de éstas reservado a los órganos centrales a la par que se reconoce la posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo cierta participación en las relaciones internacionales. Estos aspectos se acentúan aún más en el ámbito de las relaciones comunitarias. Sobre esta evolución, vid., Mangas Martín, A., *Derecho Comunitario europeo y...*, op. cit., págs. 218-248; López Castillo, A., "El exterior y la Comunidad Europea en el juego competencial interno. (Reflexiones en torno a la STC 252/1988)", *REDC*, núm. 26, 1989, págs. 231-250; Pérez Calvo, A., *Estado autonómico y comunidad...*, op. cit., págs. 15-108; Pérez Tremps, P., "Comunidades Autónomas y actividad exterior...", cit., *passim*; Bustos Gisbert, R., *Relaciones internacionales y...*, op. cit., *passim*; Pérez Tremps, P., "Las competencias en materia internacional y la Unión Europea", *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público*, núm.22, 1997, *passim*. Por otro lado, el TUE modifica la composición del Consejo de ministros de la comunidad dando nueva redacción al art. 203.1 TCE que determina: "El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado miembro". El propósito de la reforma es permitir en el Consejo la presencia de miembros de los ejecutivos de los entes infraestatales con tal que cumplan los requisitos establecidos, esto es, rango de Ministro y representación en nombre y con capacidad para comprometer al Estado en su conjunto.

31. En este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional español, señalando que la ejecución del Derecho comunitario debe realizarse con sujeción plena al sistema interno de reparto de competencias, de modo que su ejecución corresponde al ente que sea titular de la materia según el bloque de constitucionalidad. Vid., al respecto, los resúmenes que realizan con cita de los principales fallos, Andrés Sáex de Santa María, P. "El Derecho de la Unión Europea y la distribución de competencias", págs. 146-176; Tornos Mas, J., "La delimitación constitucional de las competencias. El principio de territorialidad y las competencias. legislación básica, bases, legislación y ejecución", págs. 71-103. Ambos artículos en *VVAA., El funcionamiento del Estado autonómico*, Ministerio de Administraciones Públicas Madrid, 1996.

cución del Derecho Comunitario por parte de las instancias descentralizadas políticamente puesto que las relaciones entre la Comunidad y sus Estados al respecto se rigen por el principio de responsabilidad estatal por incumplimiento de sus obligaciones comunitarias, con independencia de la instancia territorial interna a la que corresponda tal cumplimiento.

La extensión de las fórmulas de colaboración, coordinación y cooperación a este ámbito contribuyen a disminuir los conflictos como recuerda el tribunal Constitucional Español<sup>32</sup>.

Por último, señalar que en estos momentos uno de los puntos más conflictivos es la reivindicación recurrente de las Comunidades Autónomas para participar directamente en los foros comunitarios<sup>33</sup>. Desde la óptica comunitaria se ha abierto tal posibilidad en el Consejo de Ministros siempre que representen al Estado como tal. Desde el punto de vista constitucional parece que tampoco existen serios obstáculos para avanzar por ese camino dentro de unos límites. El principal problema consiste en determinar y articular un cauce concreto y efectivo, cuestión que se manifiesta especialmente compleja habida cuenta del federalismo asimétrico propio de nuestro sistema y las distintas sensibilidades autonómicas<sup>34</sup>.

32. Cfr., entre otros, en relación al desarrollo de los principios de cooperación en el Estado autonómico español, Pérez Calvo, A., "Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *Revista de Administración Local y Autonómica*, núm. 235, 1987, págs. 467-487; *Idem*, *Estado autonómico y...*, op. cit., págs. 263 y ss. Hernández Lafuente, A., "Coordinación, colaboración y..." , cit., págs. 399-417; *Idem*, "Técnicas y fórmulas de cooperación en el Estado autonómico", págs. 479-502, ambos en *El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1996. Tajadura Tejada, J., *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, 2ª ed., Comares, Granada, 2000, págs. 142 y ss. Por su parte, Lucas Murillo de la Cueva, E., *Comunidades Autónomas y política...*, op. cit., págs. 21 y ss., sostiene que no basta la cooperación para solventar la incidencia que la integración comunitaria produce sobre el sistema autonómico sino que ha de ser completada con la institucionalización de cauces que garanticen la participación efectiva de las CCAA sobre la base del interés autonómico incluyendo la reforma de la Constitución para asegurarla.

33. Como se sabe, el Tratado de la Unión Europea reconoce por primera vez de manera expresa la participación institucionalizada en el ámbito comunitario de entes inferiores a los Estados, creando el Comité de las Regiones. Sin embargo, este órgano tanto por su composición como por sus escasas funciones, dictámenes no vinculantes, no ha servido hasta el momento para colmar las aspiraciones a un mayor protagonismo y participación de los entes descentralizados.

34. Vid., por todos, Pérez Tremps, P., (Coord.); Cabellos, M. A. y Roig Moles, E., *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Institut d'Estudis Autonòmics/Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 313-352; Lucas Murillo de la Cueva, E., *Comunidades Autónomas y política...*, op. cit., págs. 120 y ss. Esta polémica se ha reivindicado a raíz de la renegociación del Concierto Vasco.

### 7. *¿Necesidad de reforma constitucional?*

De lo expuesto hasta aquí, en especial tras el somero examen efectuado de las relaciones entre Constitución e Integración en el caso español, así como de la existencia y cambios que entraña el PTICE, surgen varias propuestas de *lege ferenda* que sería deseable se abordasen ante la perspectiva de llevar a cabo una reforma constitucional como ha anunciado el nuevo Gobierno. Reforma que pondría fin al hecho peculiar de que nuestra Constitución desde su aprobación sólo se ha reformado una vez -precisamente para ratificar el TUE se añade "y pasivo" a su artículo 13.2- frente a las diversas reformas acometidas en otras de nuestro entorno como la alemana, italiana o portuguesa. Dato del cual puede desprenderse la conclusión de que se la ha erigido como una especie de monumento intocable olvidando que debe acomodarse a la realidad dinámica que regula para no perder su carácter normativo. Precisamente para cumplir esta función están las previsiones para su reforma que contiene en su última parte. Conviene recordar que los principales métodos de cambio constitucional son su interpretación y su reforma, instrumentos que aparecen unidos por una relación de complementariedad que ha de realizarse correctamente para garantizar un sano dinamismo constitucional protector del carácter normativo supremo de la Constitución. La interpretación constitucional debe ser el mecanismo de actualización de la Constitución cuando la reforma no sea estrictamente necesaria. Pero si agotadas las posibilidades de interpretación se llega a una contradicción evidente con el texto constitucional debe acudir a la reforma para evitar que el intérprete asuma un papel que no le corresponde.

Estas reflexiones se vierten en un momento de especial importancia en nuestro país ante la expectativa de un proceso reformador de la Constitución entre cuyas propuestas de reforma avanzadas nos encontramos con dos que hacen referencia a nuestra materia, a saber, la inclusión de una referencia a la futura "Constitución Europea" y la reforma del Senado.

Pasamos a exponer sólo algunas propuestas destinadas a examinar su necesidad y conveniencia en el proceso de reforma constitucional. Así, la encaminada a que nuestra Constitución recoja un procedimiento más agravado que el previsto -autorización mediante aprobación por Ley Orgánica- para acometer nuevos avances en el proceso comunitario por la amplitud de las consecuencias que el mismo entraña<sup>35</sup>. El propósito es evitar que una mayoría parlamentaria como la

35. En nuestro país existe una opinión mayoritaria que estima que debería reforzarse esa mayoría(...)

actualmente prevista -a partir de 176 diputados- pueda tomar decisiones de tanto alcance, que deben sustentarse en un consenso mucho más amplio. Tal es, por otra parte, la tónica general que se observa en el Derecho constitucional comparado. También pudiera ser adecuada la inclusión expresa de requisitos de fondo a la andadura integradora para evitar conflictos. Igualmente, la flexibilización de los requisitos exigidos para suscitar un control preventivo de la constitucionalidad de las futuras reformas de los Tratados constitutivos, o incluso su transformación en un control preceptivo de alcance general<sup>36</sup>. Asimismo, se defiende

(...) que se requiere debido al alcance de las consecuencias que la autorización de tales Tratados y sus reformas entrañan. En esta línea se observa en Derecho Constitucional comparado un agravamiento del procedimiento para autorizar los Tratados europeos. Cfr., entre otros, Remiro Brotons, *La acción exterior...*, op. cit., págs. 108-116, págs. 169 y ss.; *Idem*, "El poder exterior del Estado", *Documentación Administrativa*, 1985, págs. 53-87. López Castillo, A., *Constitución e...*, op. cit., págs. 209-216; Mangas Martín, A., "Los Tratados Internacionales (Arts. 93 a 96 de la CE)...", cit., págs. 423-424.

36. Si el requerimiento parte de alguna de las Cámaras ha de ser aprobado por el pleno por mayoría, tal y como se especifica en los Reglamentos del Congreso de los Diputados art. 157- y del Senado -art. 147-. La iniciativa para instar tal decisión de la Cámara corresponde: En el Congreso a dos Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los Diputados; en el Senado a un Grupo parlamentario o veinticinco Senadores. Esta exigencia ha sido criticada doctrinalmente. Cfr., al respecto, por todos, Remiro Brotons, A., "El poder exterior del Estado", cit., págs. 57-58, quien pone de manifiesto que estos requisitos hacen que sea más difícil llevar a cabo un control preventivo sobre los Tratados Internacionales que el control al que pueden verse sometidos una vez hayan entrado en vigor conforme el artículo 27.2.c) de la LOTC, que incluye dentro de las disposiciones susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, los Tratados internacionales, indicando el art. 29 .1 que tal declaración podrá promoverse a través del recurso de inconstitucionalidad o de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales. En los artículos 31 y 32 referentes al recurso de inconstitucionalidad se reitera dicha posibilidad, estipulándose en el artículo 32 la legitimación para su ejercicio. Como quiera que el recurso de inconstitucionalidad puede interponerse ante un Tratado Internacional ya ratificado por 50 diputados o 50 senadores, no parece justificado el agravamiento del control preventivo respecto el control a posteriori que siempre pondrá en juego la responsabilidad internacional estatal. En relación a la concreción del alcance que para el poder de integración tiene la Constitución, cfr. Pérez Tremps, P., *Constitución Española y...*, op. cit., págs. 35 y ss., págs. 65-74, págs. 122-125, págs. 158 y ss., quien considera que no todos los preceptos constitucionales poseen una misma eficacia. El poder de integración estará plenamente sujeto a los preceptos formales o materiales que le son dirigidos expresamente, en suma, al artículo 93 CE. Pero en relación con el resto de la Constitución, considera que hay que distinguir la distinta virtualidad que para el poder de integración tienen los preceptos materiales y los procedimentales. El poder de integración no puede estar sujeto a las reglas constitucionales sobre el modo de ejercicio de competencias, ya que sólo con esta interpretación encuentra sentido el artículo 93 de la CE. Respecto al sometimiento del poder de integración a los mandatos constitucionales sustantivos, opina que la mayoría de esos mandatos poseen una eficacia "atenuada" en relación al poder de integración, en el sentido de que su límite es exclusivamente el tenor literal de la Constitución. En todo caso, considera que existe un núcleo básico en la Constitución que no puede ser vulnerado por el poder de integración, formado por los principios y valores básicos, y que supone un plus a la limitación del poder de integración. Por lo tanto, ha de colegirse que, el poder de integración está sujeto a toda la Constitución, pero, sobre todo, a dichos principios y valores del ordenamiento constitucional que han de ser respetados por el ordenamiento receptor. Para asegurar esto, debe de realizarse un juicio de compatibilidad entre ordenamiento estatal y supranacional cuyo objeto ha de ser exclusivamente asegurarse que el ordenamiento

desde distintas posiciones políticas y en sede académica la necesidad de acudir al referéndum para adoptar estas decisiones ante avances sustanciales en la integración comunitaria, lo que podría contribuir a dotar de una mayor legitimidad a la integración europea, o, en todo caso facilitaría el debate y acercamiento del ciudadano a la misma<sup>37</sup>. Igualmente, se debería aprovechar para reflexionar detenidamente sobre las principales transformaciones que la integración origina en la estructura organizativa interna, tanto a nivel de la distribución horizontal del poder -relaciones entre legislativo, ejecutivo y judicial-, como en su distribución vertical, relaciones entre organización central y Comunidades Autónomas. En este último ámbito la reforma del Senado podría conducir a hacer de esta Cámara un foro adecuado para que se produzca la participación autonómica necesaria para conformar la voluntad estatal a expresar posteriormente en los órganos comunitarios en aquellos asuntos que afecten singularmente a las Comunidades autónomas e igualmente a solventar los conflictos extremos ante incumplimientos comunitarios autonómicos.

supranacional cumple un mínimo de principios ideológicos y técnicos que garanticen en su seno los principios y valores similares básicos estatales, así como un sistema de protección de los mismos real. La consecuencia práctica de esta distinción es que cualquier contradicción entre Tratados de integración y preceptos constitucionales debe resolverse mediante la forma prevista en el artículo 95 de la CE, mientras que la existente entre Tratados de integración y principios y valores básicos no constituye una barrera superable ni mediante la reforma constitucional. Estima que tales preceptos materiales infranqueables derivados de la Constitución española constituyen un límite fundamentalmente ideológico, que sólo puede venir determinado por los grandes principios y valores relativos al respeto a los derechos fundamentales y a los principios estructurales del sistema democrático. Pero no se trata de garantizar desde un ordenamiento la validez del otro, sino de asegurarse que ambos son compatibles y que la apertura que implica la integración no va a incidir negativamente en los logros del Estado Democrático de Derecho. Desde el punto de vista interno, por tanto, se ha de comprobar a nivel conceptual que el ordenamiento receptor respeta tales principios básicos, que se pueden concretar en lo establecido en los artículos 1.1 y 10.1 de la CE, esto es, verificación de que el ente supranacional respeta los valores superiores del ordenamiento y los fundamentos del orden político y de la paz social. Aunque se trata de conceptos jurídicos bastante indeterminados, como quiera que el juicio que se ha de realizar es de naturaleza muy abstracta, permite tolerar esta indeterminación, siendo posible efectuar un control de constitucionalidad al respecto. Desde este prisma, entiende que los Tratados de integración por ser normas supranacionales y normas estatales, están plenamente sujetos a la Constitución, aunque su relación presenta algunas peculiaridades, de suerte que cabe el control de constitucionalidad de su respeto, si bien entiende que hay que excluir la posibilidad de que la integración se somete a juicio de inconstitucionalidad a través del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad salvo en los supuestos en que la lesión provenga directa e inmediatamente del propio Tratado de integración. Por el contrario, sustenta que el control de los actos y normas del Derecho Comunitario derivado debe ser resuelto únicamente en el ámbito del propio ordenamiento comunitario, absteniéndose las autoridades nacionales de llevar a cabo ninguna medida de control.

37. Cfr., entre otros, Pérez Calvo A., "La nueva dimensión comunitaria del Estado moderno" en García Herrea, M.A. (Dir.) y otros, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, UPV, Bilbao, 1997, pág. 507; López Castillo, A., *Constitución e...*, op. cit., págs. 212-214. Desde una perspectiva de(...)

### ***8. Conclusión: El déficit constitucional de la Unión Europea. Problemas y perspectivas***

Ha de concluirse de todo lo expuesto que la Unión Europea adolece ante todo de un déficit de Constitución. Sólo puede hablarse en puridad de un ordenamiento originario cuando el ejercicio de la soberanía y el Poder Constituyente aparecen inescindiblemente unidos definiendo un sistema jurídico diferenciado dotado de una legitimidad propia, lo que no sucede en la Unión Europea en la actualidad<sup>38</sup> pese al comentado PTICE.

No obstante, el fenómeno de integración europea en curso puede llevar a una desnaturalización de los sistemas constitucionales de los Estados miembros, debido al peligro de vaciamiento de las Constituciones nacionales que ven inaplicadas sus normas en ámbitos cada vez más amplios ante el Derecho Comunitario, en particular, frente al Derecho Comunitario derivado<sup>39</sup>. En estas circunstancias, sucede que las Constituciones entran en crisis por la pérdida de gran parte de su función de regulación jurídica de la totalidad de la convivencia política y social<sup>40</sup>. Conviene por ello no olvidar que la Constitución sigue siendo el instrumento fundamental de legitimidad del poder por el Pueblo, por lo cual ha de desempeñar un papel decisivo para que el proceso integrador se desarrolle en el respeto y garantía de los presupuestos basilares del Estado Constitucional democrático.

La falta de Constitución Europea provoca que existan conflictos entre Derecho Constitucional y Derecho Comunitario que, en el estadio actual, resultan imposibles de resolver adecuadamente. Esto ocurre porque existe una tensión entre la primacía propia de la Constitución y la primacía incondicionada que

(...) Derecho comparado, planteando la posibilidad y conveniencia de utilizar el referéndum en el ámbito europeo, vid., Auer, A., y Faluss, J.F., (ed.), *Le référendum européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, *passim*.

38. Cfr., por todos, Balaguer Callejón, F., "La constitucionalización de la Unión Europea y...", cit., pág. 595, pág. 610; Ruipérez, J., *La "Constitución Europea" y la...*, op. cit., pág. 32, pág. 167.

39. Cfr. López Basaguren, A., "Constitución y Unión...", cit., pág. 330; *Idem.*, "¿Réquiem por la Constitución? El ordenamiento constitucional en la integración comunitaria", *Civitas Europa*, núm. 2, 1999, págs. 7-30.

40. Cfr. De Vega, P., "Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *REP*, núm. 100, 1988, págs. 29-56; Lucas Verdú, P., "La Constitución en la encrucijada (*palíngenesia iuris politici*)", *Pensamiento Constitucional*, 1997, núm. 4, págs. 72-78, págs. 134-139; López Basaguren, A., "¿Réquiem...", cit., págs. 7-30; Llopis Carrasco, R., *Constitución Europea: un concepto prematuro. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de carta constitucional básica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 34-37, pág. 72, págs. 201 y ss.

reclama el ordenamiento comunitario. No obstante, en nuestros días se ha de colegir que la primacía la ostenta la Constitución nacional y el ordenamiento comunitario deriva aún de las Constituciones nacionales. Cuestión distinta es que esta situación pueda llegar a ser la inversa en el futuro por existir una auténtica Constitución Europea<sup>41</sup>.

Pero a nadie se le oculta que la formación de una verdadera Constitución Europea presenta dificultades de gran relevancia<sup>42</sup>.

Para solventar tales dificultades, solucionar los problemas planteados y a la espera de que se pronuncie el único legitimado para ello, el Pueblo Europeo como Poder Constituyente, se ha de avanzar, como propugna Häberle<sup>43</sup>, en una mayor aproximación al fenómeno integrador a través de las propias Constituciones nacionales, al mismo tiempo que en la procura de una mayor democratización en el ámbito de la Unión del proceso integrador.

En el primer sentido apuntado, se trata de llegar al convencimiento de que Europa no puede avanzar salvo si es vivida más intensamente por el ciudadano desde su propia Constitución. Por lo tanto, se requiere una profundización en los Derechos Constitucionales. Lograr un mayor fundamento constitucional de la integración desde la base de la Constitución nacional aparece como una exigen-

41. Cfr., entre otros, Rodríguez Iglesias, G.C., "Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario", en Pérez González, M., Sánchez Iglesias, L.I. y otros, (Comisión organizadora), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Libro homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 1117; *Idem*, "La Constitución de la Comunidad Europea", *NCEE*, núm. 100, 1993, págs. 97-99. López Basaguren, A., "¿Réquiem...", cit., págs. 11-15. Balaguer Callejón, F. "La constitucionalización de la Unión Europea y...", cit., págs. 593-597; págs. 610-612; Kovar, R., "Ordre Juridique communautaire. Primauté du droit communautaire", *Europe, Juris Classeurs*, núm. 431, 1991, pág. 17.

42. Cfr., por todos, Craig, P., "Constituciones, constitucionalismo y la Unión Europea" en García de Enterría, E., (Dir.), y Alonso García, R., (Subdir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 254 y ss.; Pérez Calvo, A., "Integración europea y Constitución europea", *Civitas Europa*, núm. 4, 2000, págs. 145-165, en especial, págs. 159-163.

43. Cfr. Häberle, P., "Derecho Constitucional Común Europeo", (1990), *REP*, núm. 79, 1993, págs. 7 y ss; *Idem*, "El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional y como máxima política del Derecho Europeo", en Häberle, P., *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, Oñati, 1996; *Idem*, "¿Existe un Espacio Público Europeo?", *RDCE*, núm. 3, 1998, págs. 113-136. Asimismo, cfr. Bieber, R. y Widmer, P., (Eds.), *L'espace constitutionnel européen*, Schlithess Polygraphischen Verlag, Zürich, 1995, *passim*; Constantinesco, V., "¿Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo?", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, 1994, págs. 5-16; Gerkrath, J., *L'émergence d'un droit constitutionnel européen*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, *passim*; Rodríguez Iglesias, G.C., "Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo", *GJCE*, núm. 200, 1999, págs. 11-25.

cia ineludible<sup>44</sup>. En esta línea parece que los problemas a los que se enfrenta la Comunidad pueden ser resueltos en parte a partir de la profundización en el proceso de integración desde abajo, desde esa cultura común y desde los ciudadanos. Y en ese camino presenta especial importancia acometer las modificaciones de las Constituciones nacionales que resulten necesarias proporcionando un mayor fundamento desde los Textos Fundamentales nacionales al proceso que se quiere seguir y que fije los principios que se deben respetar. De este modo, las Constituciones pueden ser reformadas para acoger, en mayor medida y con más precisión, el fenómeno comunitario. En esta línea, F. Rubio Llorente<sup>45</sup> propone llevar a cabo un procedimiento simultáneo y paralelo de reformas constitucionales en los distintos Estados miembros encaminado a lograr una convergencia entre los respectivos Textos Constitucionales, que contribuya a eliminar las disparidades existentes y a solventar los principales problemas.

Por otra parte, el recurso a cada uno de los pueblos a través del referéndum, cuando sea preciso y aunque problemático, también contribuiría a cimentar la red constitucional europea de la que forman parte tanto las Constituciones nacionales como los Tratados comunitarios y los grandes instrumentos de protección de derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito europeo. Reconocer la relación de ósmosis en la que se encuentran los distintos sistemas

44. Cfr., por todos, López Basaguren, A., "Constitución y Unión...", cit., pág. 331, manifestando que se hace preciso en nuestro tiempo recurrir a la noción de Poder Constituyente porque "la Constitución sigue siendo, a pesar de todo, el instrumento más decisivo de legitimidad jurídico-política por lo que, asumido el carácter imparable del proceso de integración supranacional europeo, el papel que debe jugar es decisivo para que este proceso se desarrolle de forma más garantista, desde la perspectiva del Estado democrático, así como de forma menos conflictiva en la relación entre ordenamiento comunitario y ordenamientos internos. La integración europea no se puede seguir haciendo de espaldas a los ordenamientos constitucionales (...)".

45. Cfr. Rubio Llorente, F., "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa" en *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997, págs. XXVI-XXVII, en donde expone que la empresa de colmar el déficit constitucional del que adolece la integración europea a través de la aprobación de una "Constitución Europea", se presenta como una tarea harto difícil habida cuenta que la lógica de la integración y la lógica de la soberanía que fundamenta en cada Constitución nacional el poder de los órganos y la validez del Derecho son distintas y de difícil conciliación. Como quiera que la integración de Europa sigue siendo un proceso abierto, en su opinión, el único modo de proceder a su "constitucionalización" es a través de las únicas Constituciones realmente existentes. Desde esa perspectiva, sugiere que a través de las Conferencias Intergubernamentales para la reforma de los Tratados constitutivos se puede intentar acometer una reforma concertada de las Constituciones nacionales, acordándose unas grandes líneas de reforma de los Textos Fundamentales nacionales con el objetivo de que desde éstos se asegure un grado mínimo de homogeneidad en la fundamentación constitucional de la integración. Considera que llevar a cabo esta tarea resulta mucho más factible y realista que el intento de dotar a Europa de una auténtica Constitución cuando resulta evidente que no está constituida como unidad política.

jurídicos que coexisten en Europa supone una relativización de la supremacía absoluta de las Normas Fundamentales que sustentan cada uno de estos sistemas. No obstante, si los valores esenciales son comunes y compartidos y se reflejan en todos y cada uno de los distintos sistemas que confluyen e interaccionan entre sí, se pueden evitar los problemas que se producen en la conexión entre tales ordenamientos y se asegura en un ámbito territorial mayor su protección<sup>46</sup>. En este sentido hay que valorar positivamente el PTICE que puede ser la ocasión para debatir en profundidad y resolver parte de los problemas que suscitan las relaciones entre Constitución e Integración.

Tales hipótesis de trabajo se presentan como remedios que pueden ser efectivos en parte, pero que no bastan para resolver definitivamente los problemas suscitados entre Constitución e Integración, ya que el único modo viable de superar auténticamente estos conflictos sería la redacción y aprobación de una verdadera Constitución Europea que cumpla las notas esenciales para presentarse verdaderamente como tal. En el fondo, otra vez se deja sentir el peso que tiene la idea democrática que tanto ha costado garantizar a través de un correcto entendimiento de la Teoría de la Constitución. Así las cosas, no se puede olvidar que la voluntad política de los gobernantes y la técnica del Derecho en ningún caso pueden suplir la voluntad del Pueblo, si no se quieren falsear los presupuestos medulares de los Estados Constitucionales Democráticos.

46. Además de Häberle, cfr. La Pergola, A., "II, La Confederación", en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, CEC, Madrid, 1994, pág. 169, pág. 171, págs. 181-190; Constantinesco, V., "¿Hacia la emergencia...", cit., págs. 5-16; Gerkrath, J., *L'émergence...*, op. cit., *passim*; Grewe, C. y Ruiz Fabri, H., *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995, págs. 101-137; López Basaguren, A., "Constitución y Unión...", cit., págs. 329-330; *Idem*, "¿Réquiem...", cit., págs. 15-22. Rodríguez Iglesias, G.C., "Consideraciones sobre la formación...", cit., págs. 11-14, 23-25.

# ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA ANUNCIADA REFORMA CONSTITUCIONAL

*Ana María Redondo García*  
*Profesora Asociada de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Valladolid*

## SUMARIO

- 1. Planteamiento: ¿una reforma a cuatro?*
- 2. Procedimientos de la reforma: ¿puede modificarse el artículo 168 a través del artículo 167 de la Constitución? Argumentos en contra: ¿fraude de Constitución?*
- 3. Argumentos a favor de aligerar un procedimiento endiablado.*
- 4. Reflexión final.*

### *1. Planteamiento: ¿una reforma a cuatro?*

Según anunció recientemente el Jefe de la oposición, Mariano Rajoy, tres de las cuatro modificaciones de la Constitución anunciadas por el presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero, en el debate de su investidura, son perfectamente asumibles para el Partido Popular. Se trata de introducir en la Constitución el nombre de las autonomías y de las ciudades autónomas, de reformar el sistema de sucesión en la Corona para igualar los derechos de los futuros hijos e hijas de los príncipes de Asturias, y de recoger una mención a la Constitución Europea como parte de la Carta Magna.

Por lo que se refiere a la reforma del Senado, desde la oposición se exige que se fije, con antelación, el alcance de la misma puesto que una modificación de la estructura del Senado es, a todas luces, un clamor tanto político como académico desde hace años<sup>1</sup>. Aunque si bien, la doctrina constitucionalista ha mantenido siempre la reserva de que los retoques afecten casi en exclusiva al art. 69 de la Constitución, desde las posiciones nacionalistas y federalistas se aboga por una reforma más global que podría actuar sobre el entramado mismo del Estado autonómico lo que conllevaría, posiblemente, modificaciones en el Título preliminar de la CE, además de afectar al Título VIII. Las promesas electorales del Partido Socialista y las exigencias sociopolíticas de mayor autogobierno que mantienen determinadas Comunidades Autónomas provocan que la reforma constitucional sea uno de los asuntos que despierta mayor interés político, jurídico y académico.

Pues bien, recientemente, en un seminario sobre los límites constitucionales del Estado de las Autonomías<sup>2</sup>, el Excmo. Sr. Presidente del Consejo de Estado D. Francisco Rubio Llorente planteaba, como presupuesto del debate, una cuestión que, sin duda, condiciona todo el examen posterior. Se trata de la decisión acerca de si cabe englobar estos cuatro aspectos en un único proceso de reforma o si, por el contrario, cada uno de los elementos debe seguir su propia senda, con

1. Véanse entre otros los trabajos de Arbós, X., "El Senado: marco constitucional y propuestas de reforma", en *RECG*, nº 24, 1991, pp. 7 y ss; Garcí-Escuero, P. y Pendás García, B., "El Senado en el sistema constitucional español: realidades y perspectivas", en *RCG*, nº 2, 1984, pág. 51 y ss; Garrorena Morales, A., "Una propuesta para la reforma constitucional del Senado", en *RCG*, nº 34, 1995, pág. 7 y ss. Visiedo Mazón, F.J., *La reforma del Senado: Territorialización del Senado. Comisión General de las Comunidades Autónomas*, Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid 1997; Gude Fernández, A., "A propósito de la reforma del Senado en España: la composición del Bundesrat alemán", en *Cortes. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 11, 2001, pág. 129 y ss;

2. Organizado por la Fundación Universidad de Verano de Castilla y León, y celebrado en Fuensaldaña el día 11 de junio de 2004.

lo que estaríamos ante cuatro reformas, cada una independiente, que podrían llevar ritmos diferentes y procedimientos de aprobación también distintos. El profesor Rubio expresó en todo momento su parecer favorable a la unificación de los temas objeto de reforma en un único proyecto que, por tanto, debería tramitarse siguiendo el procedimiento agravado previsto en el artículo 168 CE.

De seguirse esta propuesta, la revisión se presenta como una gran cuestión de Estado, la de mayor trascendencia desde la aprobación de la Constitución, que implica una renovación del pacto constituyente sobre nuevos elementos que no estaban presentes, o no con la relevancia actual, en 1978. Dejando al margen la cuestión sucesoria, lo cierto es que la reforma del Senado está trabada con la incorporación de las Comunidades Autónomas al Texto constitucional y despliega también evidentes conexiones con la posición del Estado de las autonomías en la estructura de la Unión Europea.

Por otra parte, y como ha recomendado el Consejo de Estado, probablemente el Gobierno consulte al Tribunal Constitucional sobre la congruencia entre el texto constitucional y el texto del Tratado de Constitución Europea antes de la ratificación de éste lo que implica, en el supuesto de que el Alto intérprete de la Constitución entienda que existe contradicción entre ambas normas, la reforma constitucional (art. 95.1 CE). Así las cosas, no es descabellado pensar que una vez planteada la necesidad de modificar la Constitución en este punto se proceda entonces a abrir el proceso de reforma que afecta a los demás aspectos anunciados.

Abordados pues estos asuntos, desde el entendimiento de su interconexión, como un todo con unidad de significado, se requerirá plantear numerosas modificaciones de otros tantos preceptos constitucionales para evitar incoherencias y lagunas que serían de todo punto inadmisibles en un Carta Magna. Así por ejemplo los artículos 143 y 144, referidos a la iniciativa autonómica, podrían verse afectados por el simple hecho de introducir una modificación en el artículo 2 CE consistente en enunciar las Comunidades y ciudades autónomas existentes. Pero, en clave de reforma sistemática esta modificación tendría repercusiones mucho más hondas derivadas de un cambio en la forma territorial del Estado, puesto que la Constitución originariamente concibe el acceso a la autonomía desde el principio dispositivo y la enumeración y el reconocimiento de las Comunidades autónomas existentes vendría a taponar la posibilidad de creación o refundición de nuevas o distintas comunidades autónomas en el futuro cerrando, de este modo, un modelo cuya característica en 1978 era precisamente la contraria, es

decir, la apertura y ductilidad. Si de lo que se trata es de fijar el modelo de distribución territorial del poder atendiendo a la realidad presente ha de comenzarse por seleccionar previamente los procedimientos y el calendario para llevar a cabo una adaptación tan sustantiva de la Constitución a las actuales demandas sociopolíticas. Pero es que además, el cierre del Estado autonómico no puede llevarse a cabo únicamente modificando la Constitución sino que, paralelamente, habrá de acompañarse esta reforma con aquéllas otras de los Estatutos de autonomía que están conectadas y ya se anuncian. Este gran debate territorial tendría que acometerse en el Senado, pero sin su previa modificación para adaptarlo a las necesidades del Estado Autonómico parece imposible que sirva eficazmente a dicho objetivo, por lo que habrán de buscarse otros ámbitos institucionales, como puede ser la Comisión General de Comunidades Autónomas, órgano de estudio, debate y seguimiento de todas aquéllas materias de naturaleza autonómica<sup>3</sup>, para avanzar en el acercamiento de posiciones sobre los diferentes aspectos de la reforma.

De todo lo expuesto puede deducirse que esta opción de proceder a una reforma constitucional integrada plantea serios problemas. Entre ellos los que tiene relación con su alcance, a simple vista mucho mayor del que en principio podría suscitar el acuerdo de los principales partidos políticos de ámbito nacional, agentes indispensables de la reforma. Además, aquéllas disfunciones que aquejan a las sedes institucionales que deberían estar adaptadas previamente para servir de forma eficaz al proceso de debate, acercamiento y acuerdo para lograr un gran pacto de Estado en materia de distribución territorial del poder. Y, por último, aquéllas dificultades de encajar los tiempos procedimentales para articular convenientemente las modificaciones estatutarias y la revisión constitucional, todo esto sin contar con los evidentes escollos políticos, derivados de la divergente concepción de España que mantienen los partidos nacionalistas y estatelistas, que parecen difícilmente superables al menos *a priori*.

La otra vía, más modesta y de resultados a largo plazo probablemente menos satisfactorios, permitiría atender de forma puntual y diversificada los cuatro aspectos de la reforma que podrían abordarse desde presupuestos metodológicos diferentes. Así, las que afectan a la institución de la Corona, que no suscitan excesivos recelos y parecen contar con un amplio consenso, podrían llevarse a cabo superando el procedimiento agravado previsto en el artículo 168 de la

3. Según rezan los arts. 55 y ss. del Reglamento del Senado. No obstante, hasta la fecha, esta Comisión no ha ejercido el protagonismo que se esperaba y sus funciones se han concretado en el debate anual del Estado de las Autonomías.

Constitución sin excesivos contratiempos, mientras que las demás, abordadas desde una opción de mínima injerencia en el Texto constitucional, podrían acometerse siguiendo el procedimiento ordinario previsto en el artículo 167<sup>4</sup>, a todas luces una tramitación más liviana que, con la suficiente voluntad política, podría superarse en esta misma legislatura.

Situados en este segundo escenario caracterizado por la frugalidad de la intervención del constituyente-constituido, sería posible avanzar en las reformas siguiendo el procedimiento ordinario establecido en el art. 167 CE. Con esta idea de agilizar los procedimientos y, precisamente, porque en cualquiera de las dos opciones que se han apuntado, algunas de las modificaciones que se pretenden abordar deberían, en principio, plantearse siguiendo el procedimiento agravado, F. J. Laporta, defendiendo tesis expuestas de forma más o menos explícita por la doctrina constitucionalista en décadas pasadas<sup>5</sup>, propone utilizar el procedimiento sencillo del artículo 167 de la Constitución para "derogar o retocar el artículo 168"<sup>6</sup>.

4. Esta afirmación ha de hacerse con cautela puesto que cualquier reforma constitucional de las anunciadas puede llevarse a cabo de dos maneras: o bien someramente, con una referencia a la Constitución Europea, por ejemplo, en el cap. III, del Título III y a la denominación de las Comunidades Autónomas que constituyen el Estado en el art. 137 CE, lo que podría acometerse siguiendo el procedimiento ordinario de reforma o bien, en profundidad, definiendo y estableciendo el encaje normativo del Derecho comunitario en el Ordenamiento jurídico nacional, fórmula que afectaría, entre otras materias, a los derechos fundamentales. Y, en relación con las Comunidades autónomas, constitucionalizando lo que no se pudo constitucionalizar en 1978 y cerrando el sistema autonómico, cuestión que indudablemente repercutiría en la distribución competencial y exigiría un retoque en otros preceptos constitucionales concordantes que devendrían obsoletos, como el art. 151 CE o aquéllos que se refieren al ejercicio de iniciativas futuras de creación de nuevas CCAA. Estas reformas sustanciales, es evidente, tendrían que acometerse por el procedimiento agravado.

5. Así, F. Santaolalla López, comentando el art. 168 CE, deja entrever esta posibilidad en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por F. Garrido Falla, Civitas, Madrid 1980, pág. 1.742. También intuye esta posibilidad J. Pérez Royo, tanto en su comentario del art. 168 CE, en *Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por O. Alzaga, 1ª ed., Edersa, Madrid 1988, págs. 392-393, como en su monografía *La reforma de la Constitución*, Monografías-9, Congreso de los Diputados, Madrid 1987, cuando dice "En realidad, el problema práctico que podría presentarse sería el de una revisión formulada como reforma, es decir, intentar proceder por la vía del artículo 167 cuando el camino a seguir fuera el del 168." Para este autor la cuestión no está resuelta en nuestro ordenamiento y sería el Tribunal Constitucional quien debiera pronunciarse al respecto. Más recientemente B. Aláez Corral, *Los límites a la reforma de la constitución española de 1978*, CEC, Madrid, 2000, págs. 332-333. Contrario completamente a esta posibilidad I. De Otto, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona 1987, pág. 65 y ss.

6. En el artículo de opinión titulado "Rigor mortis", publicado en el *Diario El País*, de 19 de mayo de 2004, F. J. Laporta desgrana algunos argumentos a favor de esta idea para concluir que no supone un fraude a la Constitución "ni una argucia de rábula" puesto que "el art. 168 de la Constitución es una disposición excepcional y debe ser interpretada restrictivamente. Si no se menciona a sí misma como objeto de una posible revisión parcial por el procedimiento rígido, ello significa literalmente que no tiene vocación de aplicarse a sí misma".

Una propuesta tan sugestiva, expuesta a través de los medios de comunicación a la valoración de los ciudadanos, merece también una reflexión académica, ya sea para reforzar con argumentos jurídicos el primer sentimiento de rechazo ante una tesis que el autor entiende que no constituye fraude constitucional alguno, ya sea para considerar esta iniciativa una vía accesible para abordar una revisión puntual, por ejemplo, del artículo 57 de la Constitución, sobre la que, como se ha indicado, parece haber suficiente consenso político y doctrinal<sup>7</sup>.

## ***2. Procedimientos de la reforma: ¿puede modificarse el artículo 168 a través del artículo 167 de la Constitución?. Argumentos en contra: ¿fraude de Constitución?***

El primero de los argumentos que puede formularse en contra de la propuesta indicada se haya en la voluntad del Constituyente español de ofrecer dos procedimientos de reforma diversos en los artículos 167 y 168 CE. Un estudio de los debates constitucionales refleja que, desde la discusión del texto del anteproyecto, se debatieron diferentes sistemas de reforma constitucional desde los más flexibles, como el que proponía el grupo mixto, solicitando se suprimiese el trámite de referéndum<sup>8</sup>, hasta los más férreos como la posibilidad de introducir cláusulas de intangibilidad<sup>9</sup>.

7. Como es sabido, el principio de primogenitura tiene su origen histórico y su justificación racional en la indivisibilidad del reino (STC 126/1997), mientras que la preferencia del varón sobre la mujer, en la línea sucesoria, entronca con la tradición histórica española desde las Partidas de Alfonso X, aunque dicha tradición sufrió un paréntesis en la última etapa del reinado de Fernando VII en la que se aprueba la pragmática sanción y se anula la ley sálica para que Isabel pueda reinar. No obstante, la cuestión de la igualdad de sexos como criterio sucesorio fue un argumento de modernidad que se barajó en la Comisión constitucional del Senado y que defendieron, sin éxito, los representantes del Grupo de Progresistas y Socialistas independientes y de Entesa del Catalanes. Vid., *Diario de Sesiones*, Comisión Constitucional del Senado de 31 de agosto de 1978, pág. 2.143. En la doctrina no han faltado voces que hayan manifestado la contradicción entre la igualdad proclamada en el art. 14 CE y la preferencia del varón en la sucesión al trono del art. 57. J. De Esteban y P.J. González Trevijano, *Curso de Derecho Constitucional III*, Universidad Complutense, Madrid 1994, pág. 51. Y Gómez Sánchez, *Lecciones de Derecho Político I*, UNED, Madrid 2000, pág. 356. Por otra parte monarquías europeas de rancio abolengo, como la Sueca, han superado la tradición de la ley sálica, si bien en este país no ha sido necesaria una modificación constitucional puesto que el art. 2º del Título 1º de la Constitución se limita a declarar que la Ley de Sucesión al Trono es una Ley Fundamental del Estado. Con todo, no faltan los argumentos para defender la permanencia del sistema sucesorio tal y como se ha constitucionalizado hasta ahora siguiendo la fundamentación del Tribunal Constitucional en materia de títulos nobiliarios. STC 27/1982 de 24 de mayo (vid. nota 19).

8. Enmienda núm. 581, *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 93, de 20 de junio 1978, pág. 346.

9. En los comentarios al anteproyecto de constitución se recogía, a este respecto, un artículo del profesor P. de Vega en el que abogaba por incorporar a la Constitución ciertas cláusulas de intangibilidad a (...)

El debate no era puramente académico, puesto que la rigidez es la autogarantía de la Constitución, el pilar último sobre el que descansa la estabilidad del orden Constitucional. En este sentido, la voluntad popular que en el momento, llamémosle originario, se expresa como voluntad constituyente o poder constituyente, ejercita posteriormente la democracia como poder constituido, siguiendo los cauces procedimentales que la Constitución establece. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, nuestro constituyente decidió no incorporar cláusulas de intangibilidad con el objeto de evitar amordazar la voluntad democrática de las generaciones futuras sobre cualquier extremo contenido en el texto constitucional<sup>10</sup>, lo que ha propiciado intensos debates académicos acerca de la viabilidad de suprimir la democracia a través de una acción democrática.

Abandonada la alternativa de seguir un modelo a la americana de reforma a través de leyes constitucionales que se incorporan como enmiendas a la Constitución, finalmente se optó por preservar la rigidez normativa<sup>11</sup> mediante un doble mecanismo: el primero, previsto para las reformas ordinarias abordables sin excesiva dislocación del sistema y el segundo, un procedimiento de rigidez reforzada, para la revisión total de la Constitución o una parcial de mayor calado. A pesar de que

(...) los efectos de salvaguardar, del debate político, los principios e instituciones básicas del Estado constitucional. Posteriormente P. de Vega desarrollaría estas tesis en su monografía *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 37 y ss. No obstante, estas propuestas no tuvieron mucha repercusión, conscientes como eran los miembros de la Comisión de las limitaciones y de la falta de eficacia que, en la práctica tienen las cláusulas de intangibilidad. Así lo expresó, por ejemplo, O. Alzaga, "no tiene demasiado sentido la pretensión ingenua de los constituyentes que se ha repetido en muchas ocasiones a lo largo de la historia, de dotar a su obra de eternidad; como se ha dicho, sólo la Biblia se ha escrito por miles de años" y también M. Fraga "Es evidente que las cláusulas irreformables, las famosas *causuli irreformable*, no son normalmente una medida prudente en el Derecho constitucional. El hecho de que en este momento Constituciones tan importantes como la francesa y la italiana tengan dichas cláusulas para proteger la forma de Estado evidentemente debe ser siempre tenido en cuenta, pero en sí mismas no resuelven las cuestiones del cambio político." *DSC*, núm. 93, de 20 de junio 1978, págs. 3.470 y 3.471, respectivamente.

10. C. De Cabo apunta certeramente, que las cláusulas de intangibilidad son propias de las Constituciones liberales, en las que se aprecia una cierta prevención hacia el cambio estructural. Estas cláusulas de intangibilidad son un "freno y control del cambio social", en *Sobre la función histórica del Constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, CEC, Madrid, 1978, pág. 28. También M. Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid 1990, págs. 42 y ss. J. Jiménez Campo, "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", en *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, págs. 89 y ss. I. de Otto, op. cit., págs. 63 y ss.

11. De todos es sabido que la suprallegalidad de la Constitución se erige sobre el control de constitucionalidad de las leyes y a través de los procedimientos agravados de elaboración y modificación de los preceptos constitucionales. De hecho las Constituciones aprobadas tras la primera Guerra Mundial en el contexto del constitucionalismo democrático, han hecho de la rigidez una seña de identidad de la Norma Fundamental en las constituciones escritas.

la rigidez de la norma fundamental quedaba asegurada con el procedimiento ordinario de reforma "el único artículo absolutamente imprescindible y al que podía haber quedado perfectamente reducido el título completo"<sup>12</sup>, el constituyente quiso, una vez más, dar muestras de consenso sobre una norma tan esencial y aceptó el criterio del Grupo Parlamentario de Alianza Popular de incrementar la rigidez de la Norma Fundamental sobre algunas materias. De esta manera se procedió a establecer una jerarquía de las normas constitucionales, aquéllas para cuya reforma se requiere la participación de un "poder constituyente-constituido de primer grado", en la terminología de I. de Otto y el resto de preceptos para cuya modificación sólo se requiere la participación del "poder constituyente-constituido de segundo grado"<sup>13</sup> es decir, aquél que no está legitimado para proceder a la modificación de los contenidos incluidos en el art. 168 de la Constitución.

El segundo argumento, relacionado con el anterior y que justifica la opción del constituyente español, tiene que ver con el hecho de que el procedimiento del artículo 168 protege, de modo más firme, aquéllas materias que forman el entramado básico sobre el que se sostiene toda la organización del Estado constitucional, evitando que se aprueben modificaciones consensuadas puntualmente. Además los tres supuestos para los que se prevé un procedimiento agravado, coinciden con las materias a las que otras tantas constituciones europeas reservan cláusulas de intangibilidad. Así los principios y valores superiores del ordenamiento que se reconocen en el título preliminar, y que constituyen cláusula de intangibilidad en Noruega<sup>14</sup>, el régimen de derechos y libertades fundamentales, irreformable en la Ley Fundamental de Bonn<sup>15</sup> y la forma de gobierno, cláusula intangible tanto en Francia como en Italia<sup>16</sup>.

Pues bien, de nada hubiera servido todo este debate y la positivización de dicho consenso político si pudiera burlarse tan sencillamente la previsión constitucional mediante la modificación del procedimiento más gravoso a través de la

12. J. Pérez Royo, "Comentario al artículo 167", *Comentarios a las leyes políticas*, op. cit., 2ª ed. Madrid 1999, pág. 461.

13. Op. cit., pág. 66.

14. Que en su art. 112 establece "Tal revisión no deberá nunca contradecir los principios contenidos en esta Constitución, sino referirse solamente a la modificación de extremos particulares que no alteren el espíritu de la Constitución, y para que tal enmienda sea acordada se requerirán los dos tercios de los votos del *Storting*".

15. Art. 79.3 Ley Fundamental: "No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20".

16. Art. 89 *in fine* de la Constitución francesa: "No podrá ser objeto de reforma la forma republicana de gobierno" y art. 139 de la Constitución italiana "No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana".

vía más sencilla<sup>17</sup>. En este sentido, la voluntad de los redactores de la Constitución es indubitada, ofrecer máxima protección normativa a los elementos definitorios del modelo constitucional y esta voluntad ha de ser tomada en consideración a la hora de interpretar sistemáticamente los preceptos sobre la reforma.

El tercer argumento tiene que ver con el peligro de utilizar esta vía para una cuestión, llamémosla menor, generando de este modo un precedente peligroso para futuras modificaciones de mayor hondura. En efecto, la reforma constitucional que se pretende abordar con el objeto de equiparar a la mujer con el varón en el orden sucesorio, en principio, no parece ser una cuestión esencial que afecte al núcleo constitucional, al igual que otros asuntos referidos, por ejemplo, a la regencia o a determinadas funciones de la Corona. Sin embargo, todas las modificaciones de cualquiera de los contenidos incluidos en el Título II han de ser guiarse por el procedimiento agravado. Indudablemente no todos los asuntos que se agrupan en el art. 168 tienen la misma relevancia para el modelo constitucional y probablemente fue un error de los redactores de la Constitución introducir referencias concretas a las materias objeto de revisión constitucional, extremo que se evitó en otras Constituciones europeas que introdujeron, no obstante, el modelo de doble procedimiento de reforma<sup>18</sup>. Pero, lo cierto es que, a la postre,

17. Ningún problema suscitaría la opción contraria que sería la adecuada para modificar el art. 167, por aplicación del principio "quien puede lo más puede lo menos".

18. El art. 168 equipara la revisión constitucional, es decir la reforma total de la Constitución con la modificación del Título preliminar, la Sección primera del Título I, y el Título II. Parece un hecho históricamente constatado que la sustitución de una Constitución por otra implica generalmente el cambio de un régimen por otro, lo que no siempre acaece pacíficamente a través de los procedimientos jurídicos establecidos, de ahí que resulte un tanto ingenua la referencia a la revisión total de la Constitución. Tampoco resulta muy adecuada la referencia a materias concretas cuya reforma ha de seguir el cauce extraordinario y ciertamente, no existen fórmulas semejantes en países de nuestro entorno. Aquellos que han optado por el sistema de doble procedimiento para la reforma, han previsto que sean los representantes populares o directamente los ciudadanos quienes decidan qué materias han de modificarse siguiendo un trámite agravado. Así el art. 44.2 de la Constitución austríaca establece que "Cualquier reforma total de la Constitución, o una parcial cuando así lo pida un tercio de los miembros del Consejo Nacional o del Consejo Federal, serán sometidas por el Presidente de la Federación a votación de todo el pueblo de ésta, después de tramitarse con arreglo al artículo 42 y antes de su publicación." Por su parte el art. 138.1 de la Constitución suiza establece "Se necesitarán 100.000 ciudadanos o ciudadanas con derecho de voto para poder proponer la reforma total de la Constitución.", y el art. 139.1 indica que "Se necesitarán 100.000 ciudadanos o ciudadanas con derecho de voto para poder proponer la reforma parcial de la Constitución". Estas normas se coordinan con los arts.193 sobre Reforma total y 194 sobre reforma parcial, sin que en ninguno de estos preceptos se mencionen materias, sino únicamente procedimientos. Art. 194: "1. La reforma parcial podrá tener lugar, bien por vía de la iniciativa popular, bien por decreto de la Asamblea Federal. 2. Toda reforma parcial de la Constitución deberá respetar el principio de unidad de materia y no violar las normas imperativas del Derecho Internacional. 3. Las iniciativas populares tendentes a la reforma parcial de la Constitución tendrán que respetar además el principio de unidad de forma".

todos los contenidos incluidos en el art. 168 disfrutan de idéntica garantía normativa. En este sentido la aplicación del procedimiento agravado para la modificación puntual de un tema sobre el que existe suficiente consenso político y social<sup>19</sup> como es la equiparación de sexos en la sucesión a la Corona, podría parecer desproporcionada pero, por otro lado, una modificación del artículo 168 por la vía ordinaria del artículo 167, en este punto, abriría el camino para que en un futuro, el argumento del consenso parlamentario pudiera utilizarse con el fin de simplificar el procedimiento de reforma referida entonces a cuestiones de mayor calado como puede ser el régimen de derechos fundamentales, desnaturalizándose de este modo, el arquetipo constitucional.

En definitiva, y para concluir con el elenco de argumentos en contra de la propuesta de modificación del artículo 168 CE a través del art. 167, se puede mantener que esta peripecia jurídica ofrece como resultado una auténtica revisión constitucional y no una simple modificación puntual, desnaturalizando el modelo previsto en el texto de 1978 y pervirtiendo la voluntad del constituyente puesto que la Constitución española no articula una democracia procedimental sino sustantiva en la que los procedimientos están en función de la protección de valores y principios, siendo así que el procedimiento agravado de reforma únicamente encuentra justificación en la salvaguardia del orden de valores superiores que constituyen el núcleo material esencial de la Constitución.

No obstante lo dicho, ciertamente pueden esgrimirse argumentos para defender la propuesta inicial que incita esta reflexión. Examinemos los fundamentales.

### ***3. Argumentos a favor de aligerar un procedimiento endiablado.***

El primer razonamiento tiene que ver con la pésima técnica jurídica utilizada en la redacción de los artículos que establecen los procedimientos de reforma, en concreto del art. 168, puesto que la transcripción del art. 167 no planteó prácticamente problema técnico alguno. En efecto, el texto del art. 168 fue discutido ampliamente, y como se ha tenido oportunidad de comprobar, la voluntad polí-

19. A pesar del consenso que parece existir sobre este punto, lo cierto es que avalan la opción constitucional tanto la tradición histórica española y europea como, *a posteriori*, la jurisprudencia del TC en materia de títulos nobiliarios. Así la STC 27/1982 de 24 de mayo, "En el caso que se debate la condición no es contraria, por discriminatoria al art. 14, porque de otorgarse el amparo resultaría la insalvable contradicción lógica de ser la nobleza causa discriminatoria y por ende inconstitucional a la hora de valorar la condición para adquirir el título, pero no a la hora de valorar la existencia misma y la constitucionalidad del título nobiliario en cuestión". FJ 3°.

tica de llegar a un acuerdo se impuso sobre la correcta técnica legislativa. A propuesta del Grupo de Alianza Popular la Comisión de Constitución tomó en consideración los argumentos del voto particular presentado por el Sr. Fraga<sup>20</sup> quien, aprovechando como modelo de referencia la reforma constitucional venezolana<sup>21</sup>, propuso distinguir entre reformas parciales menores y modificaciones que afectan a cuestiones fundamentales. El resultado fue un artículo confuso que impide establecer *a priori* el contenido de una revisión total de la Constitución y que equipara a ésta con la reforma de artículos como el 57 ó el 58 que no tienen una relevancia que justifique un trámite de reforma tan complejo. Es precisamente esta amalgama de materias y, en la actualidad, la falta de fundamentos que justifican la imposición del procedimiento agravado a la modificación de contenidos normativos no sustanciales<sup>22</sup>, el argumento que permite defender la utilización del art. 167 de la Constitución para modificar el 168 en este aspecto, es decir extrayendo de este último precepto todo aquello que no es definitorio del arquetipo constitucional. Sólo a este contenido esencial debe reservarse el procedimiento agravado del art. 168 CE.

El segundo argumento, que en buena medida deriva de la falta de corrección técnica, consiste en asir la posibilidad jurídica que abre el juego interpretativo de los dos artículos. En efecto, una interpretación literal de los preceptos en cuestión permite verificar que el art. 168 no se blinda a sí mismo, ni preserva ninguna otra disposición contenida en el Título X de la Constitución. No es suficiente llevar a cabo una interpretación histórica y basada en los debates constituyentes sino que, es preciso utilizar las posibilidades que el propio Texto constitucional brinda para adaptar la norma a las exigencias de una sociedad que no tiene hoy los mismos problemas que antaño, cuando se elaboró la Norma Fundamental. En este orden de cosas puede mantenerse que el artículo 168 incorpora un procedimiento extraordinario reservado a materias tasadas y por

20. Vid., *Constitución española, Trabajos parlamentarios II, Cortes Generales*, pág. 1.737.

21. Modificada a su vez en 1999, véanse los artículos 342 y ss. en los que se diferencia la Reforma Constitucional que tiene por objeto una revisión parcial que no afecte a la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional y una modificación de los valores y fundamentos del Texto.

22. F.J. Laporta, explica del siguiente modo las razones para seleccionar las materias a incluir en el art. 168: "En el título preliminar se pretendía blindar la tan traída y llevada indisoluble unidad de la Nación española ... dando satisfacción a los militares...Por lo que a los derechos y libertades respecta, se había salido de 40 años de poder arbitrario y sistemática ignorancia gubernativa de los más elementales derechos ciudadanos... Por último, en lo que al principio monárquico y a la institución de la corona toca, no hace falta sino recordar algunas reticencias más o menos formalistas que se exhibieron a lo largo de la transición y, por qué no decirlo, aquella cierta desconfianza de no pocos ciudadanos ante una Monarquía que se veía como avalada y prefigurada de algún modo por el dictador. También estos peligros se quisieron conjurar con la rigidez constitucional". *Diario El País*, de 19 de mayo de 2004.

esta razón ha de interpretarse de forma restringida puesto que si el artículo 168 "no se menciona a sí mismo como objeto de una posible revisión parcial por el procedimiento rígido, ello significa literalmente que no tiene vocación de aplicarse a sí mismo"<sup>23</sup>.

Como tercer argumento, puede aducirse que la extraordinaria complejidad del artículo 168, denunciada por la doctrina en el sentido de que "difícilmente podrá ser transitado en alguna ocasión"<sup>24</sup>, convierte la reforma agravada en, prácticamente, una cláusula de intangibilidad de facto, resultado que en ningún caso fue pretendido por los constituyentes, como demuestra el hecho de que todas las fuerzas políticas rehusaran introducir cláusulas de intangibilidad. A mayor abundamiento, dicho rechazo se sustentó sobre razones de gran calado, la primera, que las cláusulas de intangibilidad contradicen el principio democrático en el sentido de que suponen una mordaza para la voluntad de las generaciones futuras y en segundo lugar, porque expresan una contradicción jurídica puesto que cualquier regla o norma es un producto histórico, ciertamente aprobada y publicada con afán de pervivencia, pero cuya naturaleza encierra también una vocación de eficacia para lo cual han de poder modificarse con el objeto de adaptarse a las circunstancias y cambios sociales. Si esto es así parece lógico celebrar la oportunidad que brinda la Constitución de utilizar aquellos mecanismos que permiten adaptar las reglas de convivencia a exigencias y situaciones no previstas en el momento constituyente.

Finalmente, como argumento favorable a esta imaginativa propuesta, no estaría de más utilizar esta vía, que permite reformar el artículo 168 de forma sencilla, para corregir los defectos técnicos de la norma y cerrar así la polémica de cara al futuro, reservando el procedimiento de rigidez agravada para salvaguardar los valores y principios incorporados en el Título Preliminar además del régimen de derechos fundamentales, auténtico núcleo duro de la Constitución cuya protección justifica la previsión de un procedimiento agravado de reforma, y despejando del resto de contenidos el mencionado artículo.

23. *Ibidem*.

24. P. De Vega, op. cit., pág. 36. También, J. Pérez Royo, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 2ª ed. op. cit., pág. 461.

#### 4. Reflexión final

Como se ha expuesto, razones hay a favor y en contra de la idea de modificar el art. 168 a través del procedimiento de reforma ordinario y en efecto, esta tesis no puede despacharse sin más, con el argumento de que representa un fraude constitucional. No obstante es preciso ponderar los fundamentos en uno y otro sentido para, finalmente decantarse por los de mayor calado. A los ya expuestos quiero añadir una última razón de orden principal y otra de orden práctico que me llevan a optar por el rechazo de la solución que actualiza estos días el profesor F.J. Laporta.

La primera hace referencia a la participación ciudadana, mediante referéndum vinculante, que incorpora el art. 168. Considero que el llamamiento a la ciudadanía siempre tan comedido y, en cierto modo, teñido de desconfianza ha de transformarse en un elemento de normalidad democrática que refuerce y depure el sistema. Sobre todo cuando se convoca al pueblo para que decida acerca de un cambio constitucional. Hurtar a la ciudadanía esta decisión es profundizar un poco más en la distancia que separa al soberano del ejercicio del poder y aleja la realidad política de los grandes principios que incorpora el modelo convivencia establecido en la Constitución. En este sentido se hace imprescindible transitar la reforma agravada si se procede a una reforma integrada de los diferentes aspectos previstos, tal y como plantea el Profesor Rubio Llorente, pero también ha de valorarse la conveniencia de la participación ciudadana para respaldar y favorecer cualquier modificación sustantiva que se lleve a cabo, especialmente si afecta a las materias que integran el art. 168 CE. A este argumento se puede oponer, no sin razón, que nuestra democracia es representativa y que son los parlamentarios quienes deciden en nombre de los ciudadanos. Con todo no está de más que el poder constituyente-constituido se pronuncie en las ocasiones previstas constitucionalmente y deje de ser lo que, fundamentalmente ha sido hasta ahora, esto es, un objeto de estudio en la doctrina del derecho público y se reafirme como sujeto protagonista del momento constitucional. Es preciso vencer la inercia a soslayar que el pueblo se pronuncie directamente sobre los asuntos públicos que tienen la relevancia suficiente y si bien es cierto que la soberanía popular se expresa principalmente a través de las elecciones y en la forma de democracia representativa, no hay que olvidar que esa soberanía se concreta además en los derechos subjetivos reconocidos en el art. 23 de la Constitución que

25. Comparto, con reservas, la calificación de derechos de configuración legal que se atribuye a los reconocidos en el art. 23 CE por la jurisprudencia (por todas la STC 185/1999 de 11 de octubre) y la doctrina (por todos J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales: concepto y garantía*, Trotta, Madrid (...))

reconoce a los ciudadanos el derecho a participar, también de manera directa, en los asuntos públicos<sup>25</sup> y no se me ocurre asunto público de mayor importancia que aquél que implica una modificación sustantiva de las reglas que ordenan la convivencia de una sociedad.

El segundo argumento, más pragmático, tiene que ver con la economía procesal de hacer coincidir la disolución de las Cámaras con el fin de la legislatura para así evitar uno de los trámites más onerosos que incorpora el artículo 168 de la Constitución. En efecto los autores reiteran que el procedimiento agravado petrifica la Constitución y se manifiesta como una cláusula de intangibilidad encubierta, sin embargo también es posible prever con suficiente antelación la manera de reducir los trámites y acomodar las exigencias del procedimiento de reforma a los tiempos electorales. Si el consenso político es suficientemente amplio, bien pueden las actuales Cámaras obrar la aprobación del proyecto de reforma de cualquiera de las materias agrupadas en el artículo 168 para, a continuación, aprovechando el final de la legislatura, proceder a su disolución, como exige el art. 168.1. Posteriormente, las nuevas Asambleas surgidas del proceso electoral aprobarán las modificaciones que serán sometidas a referéndum de ratificación. En definitiva un procedimiento que no difiere, en exceso, del previsto para la reforma ordinaria.

(...) 1999, págs. 95 y ss.) si por esta definición se entiende que su disfrute está condicionado a los términos que establezca la ley, puesto que la garantía del respeto al contenido esencial (art. 53 CE) evidencia el reconocimiento de un contenido constitucional indisponible para el legislador que, en su caso, habrá de ser señalado por el Tribunal constitucional (STC 24/1992 de 15 de febrero). En este orden de cosas la interpretación sistemática de los artículos 23 y 168, lleva a identificar como parte del contenido esencial del derecho reconocido en el art. 23, la facultad de los ciudadanos de participar en el referéndum de ratificación de la reforma constitucional prevista en el art. 168.

**AL HILO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL:  
LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN QUE GENERA  
LA EXPRESIÓN DE LIBERTADES PÚBLICAS EN LA  
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

**María del Camino Vidal Fueyo**  
*Profesora Titular de Derecho Constitucional*  
*Facultad de Derecho. Universidad de Burgos*

**SUMARIO**

- 1. Reflexión preliminar.*
- 2. La confusa utilización del términos libertades públicas en la Constitución Española.*
- 3. Argumentos a favor de la necesidad de reformar la expresión libertades públicas, particularmente en el artículo 13.1 CE.*
  - 3.1. El sentido de la expresión libertades públicas: origen histórico y evolución del concepto.*
  - 3.2. La expresión libertades públicas en otros textos constitucionales y en los principales tratados internacionales.*
  - 3.3. El término libertades públicas en el artículo 13.1 CE.*

### *1. Reflexión preliminar*

A pesar de lo que podría sugerir el actual debate, los veinticinco años de vigencia de nuestro Texto Constitucional no son la historia de un fracaso, sino todo lo contrario. Ello no implica, sin embargo, que como si de un buen inmueble se tratara, nuestra Norma Suprema no necesite una capa de pintura, un remozado, el cambio de alguna que otra cañería y quizá, la demolición de algún tabique que amplíe las estancias y las acomode a las nuevas necesidades familiares. "La Constitución no es un muro ni una cárcel. Su reforma se inscribe dentro de la normalidad, de la fisiología del sistema. Por eso, conviene desdramatizar y no incurrir en fundamentalismos (inmovilistas o reformistas)"<sup>1</sup>.

Toda Constitución nace con cierta vocación de permanencia, pero no deja de ser un instrumento para conseguir unos fines y, en este sentido, resultan significativas las palabras de Hernández Gil, cuando afirma que "la consideración del derecho como valor, norma y hecho es hasta cierto punto un lugar común en el pensamiento jurídico actual. En el valor radica la nota ética; en la norma el poder ordenador de la conducta; en el hecho la efectividad social"<sup>2</sup>. El problema, sin duda, radica en establecer las relaciones entre estos tres órdenes en la estructura global del Derecho. Como dice Recasens Siches, "Donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, etc); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor"<sup>3</sup>. Tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

Todo lo expuesto tiene especial relevancia en el Derecho Constitucional, porque la conexión con la realidad social y política es, si cabe, más intensa y más necesaria. Por ello, plantear una reforma constitucional -cualquiera que sea el contenido de ésta, y cualesquiera que sean los hechos, los factores, los pro-

1. Bilbao Ubillos, J. M., "El Estado de las Autonomías en la encrucijada: cierre, evolución o desintegración", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. extraordinario 25 años de Constitución, Junta de Castilla y León, enero de 2004, pág. 83.

2. *Metodología de las ciencias del Derecho*, Tomo III, Madrid, 1973, pág. 266.

3. Recasens Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, Mejico, 2ª ed., 1973, pág. 71.

blemas que han servido de detonante- no ha de valorarse como algo traumático, ni como un peligro para la estabilidad del Estado, máxime cuando el contenido de los arts.168 y 169 de la Constitución no permiten una reforma que no esté presidida por el consenso.

El Estado de las Autonomías, el modelo de organización territorial vigente es, seguramente, la materia "estrella" de la reforma constitucional que se barrunta desde hace tiempo y la que, *a priori*, plantea más problemas políticos y jurídicos. Pero no es éste el único tema que está sobre el tapete, se están trabajando otros tres importantes bloques de cuestiones: la modificación del orden sucesorio de la corona, pues no resulta razonable la preferencia del varón sobre la mujer; el Senado, en el intento por convertirlo en una verdadera Cámara de representación territorial, superando el modelo vigente de Cámara de segunda lectura y, por último, el encaje de la *-non nata-* Constitución Europea, en la Constitución española.

La presente comunicación, sin embargo, no va a tratar sobre ninguno de los temas expuestos, si no sobre una cuestión terminológica, que puede ser calificada como menor, pero que plantea importantes problemas de interpretación en una cuestión capital como es la titularidad de los derechos fundamentales. Me estoy refiriendo a la confusa y oscura utilización de la expresión libertades públicas en nuestro texto constitucional y, más concretamente, en el art. 13.1 CE, donde se define el régimen de derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros.

De manera que si hablamos de reforma constitucional, quizá no sea descabellado hacer referencia a la confusa utilización que de algunas categorías jurídicas se hace en nuestra Constitución y, aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, plantear la necesidad de unificar la terminología utilizada a lo largo del Título segundo, no por motivos lingüísticos o de estilo, sino por razones de mayor calado que intentaré exponer a lo largo de las siguientes líneas.

## ***2. La confusa utilización del término libertades públicas en la Constitución Española***

Tras una lectura pausada del Capítulo primero de la Constitución, atendiendo no tanto al contenido, como al tenor literal de los preceptos, comprobamos cómo nuestros constituyentes, guiados quizá por el afán de asumir toda la experiencia constitucional europea toman, entre otros, el término alemán *Grundrechte*, el francés *libertés publiques*, y la expresión típicamente italiana de

*diritti inviolabili*<sup>4</sup>, haciendo de nuestro texto constitucional un bello ejemplo de mosaico terminológico, pero dificultando notablemente su interpretación<sup>5</sup>.

Parece que, sin intencionalidad alguna, se toman del derecho histórico y del derecho comparado términos que posteriormente se utilizan de manera acumulativa, sin verdadera voluntad clasificatoria, ni dogmática.

Una de las expresiones que quizá más problemas de interpretación ha causado es la de libertades públicas, que no sale muy bien parada cuando la doctrina ha intentado dotarla de contenido. Así, Rubio Llorente la define como "sintagma de origen desgraciado y de muy dudosa corrección e incluso utilidad"<sup>6</sup>, y Luis María Díez-Picazo, tras afirmar que en España carece de un significado técnico consolidado, añade: "nadie le ha atribuído jamás una sustantividad propia"<sup>7</sup>.

Ahora bien, aunque confuso y problemático, lo cierto es que se trata de un vocablo utilizado por nuestro texto constitucional en diversas ocasiones, por lo que es importante determinar si estamos ante un término sinónimo al de derechos fundamentales o si, por el contrario, cuenta con una sustantividad propia. Hay que señalar, por otra parte, que en ninguna de nuestras Constituciones históricas, ni siquiera en la más reciente Constitución de 1931, se utiliza esta expresión, de manera que fue introducida en nuestro actual Texto constitucional sin que hubiera ningún tipo de tradición histórica al respecto, y sin que apareciera en la mayor parte de las Constituciones vigentes en Europa, con excepción de Francia, en el sentido que más adelante se señalará.

Pero bajemos al terreno de lo concreto. Nuestra Constitución encabeza la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero con el rótulo: "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", pero a lo largo de dicha Sección no encontramos ningún criterio o dato que nos indique cuáles son unos y otras. A su vez, el art. 13.1 CE se refiere a las "libertades públicas" de las que

4. Ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, se refiere a la propiedad como un derecho inviolable. También encontramos esta expresión en la cuarta Enmienda de la Declaración de Derechos de Estados Unidos, de 1791, para calificar determinados derechos como la libertad personal. Sin embargo, va a ser la Constitución italiana de 1947 la que adopta de forma genérica este vocablo, utilizándolo a lo largo de todo su articulado de forma similar a como los alemanes utilizan el término "*Grundrechte*".

5. Más ampliamente, sobre esta cuestión, véase mi trabajo: *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

6. Rubio Llorente, F., *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 90.

7. *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 34.

gozarán los extranjeros en España y, como se verá, este vocablo dificulta notablemente la concreción del elenco de derechos fundamentales de los que gozan los extranjeros en nuestro país. Solamente volvemos a encontrar este enunciado en el art. 81.1 CE cuando, al enumerar las materias objeto de las leyes orgánicas, la Constitución señala entre las mismas "las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas".

No parece muy arriesgado aventurar, sin embargo, que en muchas de las ocasiones en que nuestra Norma Fundamental utiliza de forma genérica y en plural el término libertades, está utilizando también, aunque de manera implícita, el adjetivo públicas. Así, aunque el Capítulo segundo aparece encabezado con el título "Derechos y libertades", nada parece indicar que el término libertades tenga una acepción distinta al de libertades públicas utilizado en el encabezamiento de la Sección primera del Capítulo segundo ni, por lo mismo, podemos pensar que cuando el Capítulo cuarto se refiere a "las garantías de las libertades y derechos fundamentales" esté protegiendo algo distinto de lo que anteriormente calificó como "libertades públicas".

Probablemente la interpretación más segura, o al menos la que más se aleja de resultados absurdos, es entender que el constituyente ha utilizado la terminología sin mayor preocupación por el rigor científico y sin ninguna intencionalidad dogmática, de suerte que los términos con que se rotulan los diversos capítulos y secciones del Título I resultan escasamente esclarecedores desde un punto de vista interpretativo. Prueba última de la falta de rigor con que el constituyente ha manejado los términos y, por tanto, de la imposibilidad de hacer descansar la interpretación en ellos, es el rótulo de la Sección segunda del Capítulo primero: "De los derechos y deberes de los ciudadanos". La incongruencia del rótulo respecto de los contenidos es evidente, pues si hay derechos paradigmáticos del ciudadano son los del art. 23 CE, que no están recogidos en la Sección segunda, sino en la primera, y con toda evidencia el derecho de propiedad o el derecho a contraer matrimonio, que sí están en la Sección segunda, son derechos de la persona y no del ciudadano. Por otro lado, si en la Sección primera se recogían las libertades públicas, no alcanzamos a entender por qué en la Sección segunda se reconocen derechos de libertad como la libertad de empresa o la libre elección de profesión y oficio.

Este somero repaso nos ilustra la idea que apuntábamos al comienzo de este trabajo: existen algunos términos utilizados en nuestro Texto Constitucional que aportan más confusión que luz, por lo que quizá debería aprovecharse esta pri-

mera e importante reforma constitucional que, desde muy diversos foros, se está estudiando, para pulir esta terminología que, como se intentará argumentar, provoca problemas de interpretación que van mucho más allá de plano meramente lingüístico.

No obstante, si sostenemos que es necesario sustituir el término libertades públicas por el de derechos fundamentales, habrá que argumentar que el constituyente no ha querido introducir un concepto identificable, con un contenido autónomo, de libertades públicas.

### ***3. Argumentos a favor de la necesidad de reformar la expresión libertades públicas, particularmente en el artículo 13.1 CE***

#### **3.1. El sentido de la expresión libertades públicas: origen histórico y evolución del concepto**

No existe ninguna duda en relación con el lugar y el momento del nacimiento de las libertades públicas: el lugar es Francia y el momento, el último tercio del siglo XVIII. Corren los tiempos del liberalismo burgués y las *libertés publiques* surgen como una categoría jurídica que garantiza la protección de determinados ámbitos de libertad del individuo frente al Gobierno y la Administración, pero no frente al legislador.

De hecho, en Europa y durante todo el siglo XIX, el principio de legalidad es "el alfa y el omega de los derechos individuales: los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad. Ello es tanto como decir que los derechos valen lo que vale el principio de legalidad"<sup>8</sup>. Estamos, por tanto, en un momento histórico en el que el legislador no es un potencial enemigo de las libertades individuales sino, al contrario, su principal garante. Es más, en este contexto, la ley va a convertirse en el origen mismo de los derechos, pues para el ejercicio de los mismos por parte de los ciudadanos se va a necesitar una *interpositio legislatoris* o, en no pocas ocasiones, una *creatio legislatoris*.

Por otro lado, como es bien sabido, no existe un control judicial sobre el legislativo, de modo que, aunque algunas de las Constituciones francesas, como la de 1791 y la de 1795, proclaman formalmente que el poder legislativo no podrá obstaculizar el ejercicio de los derechos individuales, lo cierto es que no

8. Cruz Villalón, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *REDC*, núm 25, pág. 49.

encontramos ningún mecanismo jurídico que controle y restaure una eventual violación de los mismos por parte del legislador<sup>9</sup>.

Esta es, en resumen, la concepción originaria de las libertades públicas, cuya primera consagración constitucional aparece en el artículo 9 de la Constitución francesa de 1793, según el cual, "*la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent*", pasando a convertirse en una de las categorías jurídicas más representativas de lo que ha venido a llamarse "la tradición republicana francesa".

Para Colliard, es durante la IV República cuando esta expresión se convierte en una verdadera categoría jurídica constitucional, lo que se mantiene bajo la V República. La delimitación conceptual del término se irá perfilando progresivamente y así, por ejemplo, el Consejo de Estado, en su Interpretación de 13 de agosto de 1947, en relación con el art. 72 de la Constitución de 1946, considera que el término libertades públicas comprende las grandes libertades que "*n'étant pas limités à l'individu seul, se manifestent au dehors et comportent l'action de co-participants ou l'appel au public*", de manera que se incluirían en esta categoría las libertades públicas de reunión y de asociación, la libertad de sindicación, la libertad de prensa, la libertad ideológica, de conciencia, de culto, y la libertad de enseñanza, entre otras<sup>10</sup>.

Ahora bien, un breve repaso de las distintas posiciones de la doctrina francesa contemporánea en relación con la expresión que nos ocupa, nos conduce a la conclusión de que ni siquiera en el país vecino, cuna de este vocablo y sede de la doctrina que de modo más intenso ha estudiado la materia, se tiene claro qué son las libertades públicas y por dónde ha de trazarse la frontera que las distinga de los "derechos fundamentales"<sup>11</sup>. En cualquier caso, lo que no parece discutible es que, como tantas otras categorías jurídicas, ha sufrido con el paso del tiempo una transformación o, mejor dicho, una "readaptación conceptual", por utilizar la expresión con la que tradicionalmente se designa la evolución que sufre el término en su paso del liberalismo individualista, que le dio vida, al momento histórico en el que se inicia la conceptualización de los derechos fundamentales y su correlativa positivización.

9. Véase en este sentido el interesante estudio que se hace en *ibidem*, pág. 51 y ss.

10. Colliard, A., *Libertés publiques*, París, Dalloz, 1989, pág. 16.

11. Así, determinados autores, como Pelloux, sostienen que las libertades públicas y los derechos fundamentales son una misma cosa, y no tiene sentido proceder a su distinción, en: "*Introduction à l'étude des droits de l'homme et des libertés fondamentales en Europe*", *Essais sur les droits de l'homme en Europe*, Ed. de l'Institut Universitaire d'Etudes Européennes, Turín, 1959, pág. 177. De la misma opi-

En este sentido, resultan significativas las palabras de Favoreu cuando afirma: "En Francia, la propia expresión de derechos fundamentales es reciente. Se solía utilizar comúnmente la de libertades públicas y, sin embargo, ambas expresiones no son idénticas: mientras que las libertades públicas eran libertades protegidas exclusivamente frente a la Administración (...), los derechos fundamentales son, por contra, derechos protegidos asimismo frente al legislador, siendo el Juez constitucional quien ejerce el control en virtud de la Constitución"<sup>12</sup>. Sin embargo, como el propio autor explica, estamos asistiendo a un cambio de mentalidad, pues la necesidad de proteger las libertades públicas también frente al legislador va a conducir a la búsqueda de otros mecanismos de protección y para ello se optará por una protección constitucional de las mismas, de manera que las diferencias entre unas y otros tienden a desaparecer.

No podemos olvidar que en Francia la protección en sede constitucional de las libertades es un fenómeno relativamente reciente. Es en la década de los setenta cuando el Consejo Constitucional incorpora al Texto Constitucional la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1949<sup>13</sup>, y es a partir de este momento cuando "asistimos a un

nión es J. Morange, para quien las libertades públicas son aquellos derechos humanos que en cada país aparecen positivizados en un texto constitucional (*Libertés publiques*, PUF, París, 1984, pág. 14). Para Rivero se trata de poderes de autodeterminación reconocidos por el derecho positivo: "*Les libertés publiques sont des droits de l'homme que leur consécration par l'Etat a fait passer du droit naturel au droit positif*" (*Les Libertés publiques*, 1. *Les droits de l'homme*, PUF, París, 1973, pág. 17) pero matiza que los derechos sociales, por ejemplo, no son libertades públicas y sí derechos humanos positivizados (*ibidem*, págs. 17 y 18). Para Torelli, M. y Baudouin, R.: "*il nous apparaît qu'il n'y a pas une identité parfaite entre un droit et une liberté ; le droit n'implique pas la liberté complète et celle-ci est vide l'individu n'a pas un droit pour en profiter*" (*Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes*, *Les Presses de l' Université du Québec*, 1972, pág. XV, núm. 1), pero como indica Pérez Luño, este último criterio no es avalado por ninguno de los textos normativos que aparecen recogidos en dicha recopilación, en los que ambas categorías aparecen empleadas indistintamente (cfr.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 1984, pág. 37). La imposibilidad práctica de establecer una diferencia entre los derechos humanos recogidos en los textos constitucionales -que doctrinalmente se identifican con los derechos fundamentales-, y las libertades públicas, es también puesta de manifiesto por Duchacek, (*Derechos y libertades en el mundo actual*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, págs. 82 y ss.). Véase también en relación con esta materia: Sánchez Ferriz, R., "Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales", *Revista de Derecho Político*, núm 30, 1989, págs. 60 y ss.

12. Favoreu, L., "El legislador de los derechos fundamentales", AA.VV., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 43.

13. Decisión del Consejo Constitucional francés 75-51, DC del 27 de diciembre de 1973. Existe en la doctrina francesa cierta polémica en torno a la hipotética relación jerárquica entre los derechos reconocidos en la Declaración de derechos de 1789, y el Preámbulo de la Constitución de 1946, pero es una cuestión que simplemente dejamos apuntada, pues no existe unanimidad en la doctrina. Se puede consultar, en este sentido, Genevois, B., *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, 1988, págs. 197 y ss.

movimiento, al hilo del cual la ley pierde progresivamente el lugar primordial que ocupaba en la definición de las libertades, en beneficio de las normas constitucionales. (...) hoy la ley no puede, en materia de libertades, sino desarrollar las normas constitucionales"<sup>14</sup>. De donde se deduce que actualmente en Francia las libertades públicas vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislador, con lo que la mayor parte de las notas que se predicán de los derechos fundamentales se van a predicar también de las libertades públicas.

### **3.2. La expresión libertades públicas en otros textos constitucionales y en los principales tratados internacionales**

La tardía constitucionalización de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que se da en Francia no es común al resto de los países europeos de tradición democrática. Se puede afirmar que tras la Segunda Guerra Mundial el constitucionalismo europeo pierde la confianza que a lo largo del siglo XIX había depositado en el legislador y, por consiguiente, los derechos y libertades fundamentales pasan, progresivamente, a ser constitucionalizados, que es lo mismo que decir que pasan a vincular directamente a todos los poderes públicos.

En Italia, el concepto de "libertades públicas" no plantea ningún problema, pues en ningún momento aparece dicha expresión en el texto constitucional. El debate -estamos hablando, evidentemente, desde un punto de vista terminológico- se centra en la utilización de los términos "derechos fundamentales", "derechos inviolables", "derechos constitucionales", así como en la determinación del exacto valor que ha de darse a los "principios fundamentales", cuya formulación precede a la de los "derechos y deberes de los ciudadanos", pero no en torno al término libertades públicas.

No ha de perderse de vista que en la Constitución italiana ni siquiera se utiliza el vocablo derechos fundamentales, salvo en el art 32.1 donde se otorga el calificativo de "fundamental" al derecho a la salud. Sin embargo, no se confiere en este caso al adjetivo fundamental una tutela reforzada o unas consecuencias jurídicas particulares, sino que, por el contrario, el derecho a la salud es de los considerados derechos "débiles"<sup>15</sup>.

Tampoco en Alemania la expresión que nos ocupa añade un problema más a los estudiosos del Derecho Constitucional. Fue en este país donde nació la

14. Favoreu, L., *Ibidem*, pág. 46.

15. Cfr.: Pace, A., "El legislador de los derechos fundamentales", AA.VV., *La garantía constitucional de los Paces fundamentales*, op. cit., pág. 76.

expresión derechos fundamentales -*Grundrechte*- y ya desde los albores del constitucionalismo germánico se acuñó, con carácter general, el término "derechos públicos subjetivos" para englobar al conjunto de derechos, bienes e intereses que el individuo podía hacer valer jurídicamente frente al Estado. De manera que la expresión libertades públicas no es utilizada ni por la doctrina alemana, ni por la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Sólo parte de la doctrina se sirve del término libertades jurídicas, que no "públicas", para referirse a una de las tres "posiciones" en que se pueden clasificar los derechos fundamentales<sup>16</sup>.

La Constitución portuguesa no emplea este vocablo, sino que se refiere con carácter global a "los derechos y libertades fundamentales" (art. 9.b), o a "los derechos, libertades y garantías personales", tal y como encabeza el Título segundo del Capítulo primero. Y lo mismo ocurre en el resto de las constituciones de la Unión europea: la Constitución belga habla de "derechos y libertades", la griega de "derechos individuales y derechos sociales", la irlandesa de "derechos personales", "derechos de la familia", etc, pero en ninguna de ellas encontramos el vocablo libertades públicas.

Tampoco los principales textos internacionales que recogen y garantizan derechos humanos se sirven de este enunciado. Así, La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, se refiere exclusivamente a "derechos" y "libertades", y tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha, hablan de "libertades civiles y políticas", pero no de libertades públicas. Por último, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, utiliza la voz "libertades fundamentales", como el propio título con el que se enuncia el Convenio indica, pero a lo largo de su articulado todo parece indicar que estamos ante una expresión sinónima a la de derechos humanos.

En suma, el problema que surge al intentar dotar de contenido a este vocablo sólo preocupa a la doctrina francesa y española.

### **3.3. El término libertades públicas en el artículo 13.1 CE**

Sin duda carecemos de una definición constitucional de las libertades públicas, incluso de una mera precisión indirecta que pueda permitir una deducción a

16. Las otras dos serían: "los derechos a algo" y "las competencias". Cfr.: Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 187 y ss.

partir de criterios tácitos suministrados por el texto. Esto ya comporta un riesgo, pero éste se agudiza a la hora de determinar el exacto significado que en el art. 13.1 CE pueda tener la expresión "libertades públicas"<sup>17</sup>, precepto especialmente importante, pues configura el régimen de derechos fundamentales de los que gozan los extranjeros en nuestro país. ¿Se trata de un término sinónimo al de derechos fundamentales o, por el contrario, el constituyente ha utilizado este enunciado con la intención de indicar algo distinto? En el primero de los casos: ¿estamos ante un vocablo que engloba todos los derechos subjetivos recogidos a lo largo del Título I, o sólo se refiere a un determinado grupo de derechos?, en el segundo de los casos: ¿qué son y cuáles son en nuestro ordenamiento jurídico las libertades Públicas? No es necesario subrayar que el régimen de derechos del que gozarán, *ex constitutione*, los extranjeros, variará sustancialmente según se opte por una u otra alternativa.

En un intento por encontrar un significado coherente, podemos acudir a construcciones dogmáticas pre y meta constitucionales, lo que no es, seguramente, el mejor método para una interpretación no arbitraria de un texto de derecho positivo, pero podemos intentarlo. A nuestro juicio, caben las siguientes interpretaciones:

Primera hipótesis: supongamos que el constituyente entendiera el concepto de libertades públicas de acuerdo con la utilización que de esta expresión se hizo en Francia en el siglo XIX, y que se caracterizaba, como hemos apuntado, por considerar que las libertades públicas protegían ámbitos de libertad del individuo frente al Gobierno y la Administración Pública pero, y esto es lo más significativo, no frente al legislador, el resultado sería que en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero, coexistirían derechos indisponibles frente al legislador junto con (como indicaría la conjunción copulativa "y") derechos exclusivamente vinculantes para el Gobierno y la Administración, pero perfectamente disponibles para el legislador.

De esta manera, el legislador, en su tarea configuradora de las libertades públicas de los extranjeros (de acuerdo con lo previsto en el art. 13.1 CE), no encontrará ningún límite que proceda de los enunciados constitucionales que consagran los derechos fundamentales de los españoles. Los únicos límites procederían de los tratados internacionales ratificados por España.

17. El art. 13.1 CE, reza: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los tratados y la ley".

Desde estas líneas, sin embargo, creemos que la Constitución rompe radicalmente con la utilización que de la expresión libertades públicas se hizo en el siglo XIX, en la medida en que el art. 53.1 CE establece la vinculación negativa del legislador no sólo respecto a los derechos fundamentales, sino también respecto a las libertades públicas, pues el primer apartado de este precepto se refiere, sin más especificaciones, a todos los derechos y libertades recogidos en el Capítulo segundo del Título primero.

Segunda hipótesis: Si nos separamos de su significado histórico, sólo nos queda aproximarnos a este concepto desde alguno de los siguientes planteamientos dogmáticos:

a) Se trata de un concepto ambiguo y científicamente inutilizable, por lo que hay que abandonar la terminología francesa clásica y hablar, sin ambages, sólo de derechos fundamentales.

b) En segundo lugar, podemos hacer una construcción clásica a partir de los fundamentos del derecho liberal. Así, si la libertad es, en esencia, autodisposición y autodeterminación, las libertades públicas serían todos aquellos derechos fundamentales con contenido de libertad que reclaman una no injerencia del Estado para su pleno ejercicio.

c) Una tercera posibilidad, similar a la anterior aunque con ciertos matices, sería la de, sin anclar el concepto en una acabada construcción dogmática, situarlo el plano deductivo a partir de sus propios términos. Así, se podría aislar el término "libertad", que no se refiere al objeto ni al sujeto del derecho, sino a su contenido. Ello nos permitiría establecer una distinción clara entre los derechos de libertad, que garantizan una esfera de autonomía personal, y los derechos de prestación, que requieren una intervención de los poderes públicos. Por otro lado, la expresión "pública" calificaría a estas libertades conectándolas con la realización del principio democrático a través de la formación de la opinión pública. En este sentido, los derechos de reunión, de asociación, la libertad de información, el derecho de petición, entre otros, con independencia de la dimensión privada que puedan tener, tienen una vertiente estrechamente relacionada con la formación de la voluntad de la sociedad y, en último término, con la formación de la voluntad del Estado.

Esta última dimensión de las libertades públicas, esto es, su conexión con la esfera de lo público, sería lo que caracterizaría a este tipo de derechos. Ahora bien, si se acepta esta posición -ciertamente complicada, porque no deja de ser

artificiosa esa distinción entre lo puramente individual y lo que tiene trascendencia pública-, nos encontraríamos también con resultados profundamente insatisfactorios, porque formarían parte del grupo "libertades públicas" y, por tanto, estarían desconstitucionalizados para los extranjeros, el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la libertad de expresión, entre otros. Negación que resulta absolutamente inconciliable con la dignidad de la persona humana -que fundamenta nuestro orden jurídico (art. 10.1 CE)- y con las propias reglas constitucionales interpretadas a la luz de los tratados internacionales (art. 10.2 CE). De manera que esta última interpretación tampoco es satisfactoria.

Como se ve, no hemos avanzado nada en el esfuerzo, seguramente vano, de hacer del concepto un instrumento jurídicamente útil. Pero hagamos un último intento, de carácter no ya dogmático, sino empírico. Acudamos al país que ha acuñado el término, Francia. Acudamos a los planes de estudio que han consagrado como disciplina académica las libertades públicas, y acudamos a los libros de texto que se ocupan del estudio de este confuso objeto de conocimiento. El resultado obtenido no da pie a equívocos: todo son libertades públicas. Ahí se estudia el derecho a la vida, a la intimidad, al honor, a la libertad religiosa..., esto es, la totalidad de derechos fundamentales -salvo los socioeconómicos-.

La jurisprudencia constitucional española, por su parte, parece inclinarse por una interpretación amplia del término libertades públicas utilizado en el primer apartado del art. 13.1 CE<sup>18</sup>. Desgraciadamente, el Tribunal Constitucional no aporta ningún argumento que avale tal interpretación, ni específica todos y cada uno de los derechos fundamentales de los que son titulares los extranjeros, ni si su regulación ha de ser igual, en todos los casos, a la de los españoles. Junto a la posición mayoritaria, la STC 115/87 cuenta con un voto particular en el que se acoge una interpretación restrictiva del término. Para los Magistrados disidentes las libertades públicas van a constituir una categoría distinta a la de derechos fundamentales y su contenido va a depender, exclusivamente, de lo que la ley y los tratados internacionales determinen.

Como venimos apuntando, creemos que la expresión libertades públicas recogida en el art. 13.1 CE ha de entenderse en sentido amplio. Somos conscientes de que una lectura amplia del vocablo trae consigo la pérdida de densidad del concepto, pero ello es inevitable dado el impreciso uso que el propio Texto Constitucional hace del mismo. Además, no podemos olvidar que de los

18. Véanse, entre otras, las SSTC 107/84, 99/85 y 115/87.

debates constituyentes no se desprende la voluntad de querer otorgar a este enunciado un carácter restrictivo. Es más, una lectura detallada de dichos debates nos lleva a la conclusión de que la mayoría de las veces se utiliza este vocablo como sinónimo del de derechos fundamentales, hasta el punto de que, como ya se ha indicado, el Capítulo segundo del Proyecto de Constitución -del que formaban parte todos los derechos fundamentales que actualmente están recogidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero-, aparecía encabezado con el único título de: "Las libertades públicas"<sup>19</sup>.

En caso de inclinarse por una interpretación restrictiva del término, el art. 13.1 CE plantearía un importante problema hermenéutico: o bien los extranjeros gozan, *ex constitutione*, de las libertades públicas, pero no del resto de derechos fundamentales, lo que llevaría al absurdo de que cuando se predicasen de los extranjeros derechos como la vida, el honor o la tutela judicial efectiva, no gozarían de las garantías constitucionalmente previstas, garantías que sí operarían para proteger una libertad pública como el derecho de asociación. O bien la Constitución hace nacer a favor de los extranjeros solamente derechos fundamentales, siendo las leyes y los tratados quienes extenderían, en su caso, el goce de las libertades públicas. Pero tanto en uno como en otro supuesto nos encontramos con la dificultad que plantea el encontrar un criterio adecuado para trazar la línea divisoria que distinga las libertades públicas del resto de derechos fundamentales.

En suma, la falta de tradición histórica en España en lo que a la utilización de esta expresión se refiere, así como la falta de unanimidad doctrinal a la hora de establecer los criterios de delimitación de este concepto, el uso confuso que el propio texto constitucional hace del mismo, y la dificultad de llevar a cabo una construcción dogmática, nos inclinan a pensar que una interpretación restrictiva del término libertades públicas cuenta con más inconvenientes que ventajas. Por

19. No obstante, a lo largo de los debates parlamentarios hubo diversos intentos de concretar el significado de tan controvertido término. Así, por ejemplo, el diputado Manuel Fraga consideró necesario aclarar, siguiendo a Jellinek, la existencia de tres niveles de libertades: "Uno es el status negatorio, es decir, cuando se prohíbe al Estado hacer ciertas cosas, o privarme a mí de mi libertad o de mi propiedad. Otro el status de petición positiva, cuando el Estado se obliga a darnos una Seguridad Social u otro tipo de prestaciones. Y, finalmente, coronando esto, el *status activae civitatis*, el status de participación activa, que es justamente donde aparece la ciudadanía y los derechos políticos", (*Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 17 de mayo de 1978, núm. 68, págs. 2.415-2.416). Por su parte, Virgilio Zapatero sostuvo que "los derechos políticos no son más que una parte de las libertades públicas (...). Y decimos que nada más porque pudiera utilizarse la argumentación, dado el indudable trasfondo político que tiene toda libertad pública, para excluir a los extranjeros del ejercicio de las libertades públicas que el capítulo siguiente reconoce a todos y no solamente a los españoles" (*Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 105, 6 de julio de 1978, págs. 3.928-3.929)

el contrario, siendo extensibles a las libertades públicas todas las notas que caracterizan a los derechos fundamentales: su directa vinculación, la existencia de un contenido esencial indisponible frente al legislador (art. 53.2 CE), la reserva de ley orgánica para su desarrollo (art. 81.1 CE), etc, notas que las convierten en elementos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, no tenemos más alternativa que optar por una interpretación amplia de esta expresión.

Llegados a este punto, creemos haber aportado algunos argumentos para avallar la necesidad de unificar la terminología utilizada a lo largo del Título primero de la Constitución, sustituyendo la expresión libertades públicas por la de derechos fundamentales.

De éstos hay que excluir como no problemáticos los "derechos" del Capítulo III, dada su naturaleza, pues de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.3 CE no cabe hablar en estos casos, con rigor, de derechos fundamentales, de suerte que aquí la libertad de constitución del legislador o del Estado a través de los acuerdos internacionales es prácticamente absoluta con el único límite, mínimo en extremo, de no vaciar absolutamente la formulación constitucional. En cualquier caso, estos derechos nacerán siempre del tratado o de la ley.

Con respecto a los derechos fundamentales recogidos en el Capítulo II, ya hemos dicho anteriormente que, una vez excluidos los derechos recogidos en el art. 23 CE -con las salvedades que el art. 13.2 indica-, de una interpretación sistemática del Título I, de acuerdo con los valores y principios constitucionales y con los tratados internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE, podemos deducir una serie de derechos fundamentales que nacen de la Constitución en favor de los extranjeros, mientras que otros podrán ser extendidos a los no nacionales de acuerdo con lo que dispongan los tratados y las leyes, tal y como prevé el art. 13.1 CE.

En resumen, puesto que el término introduce muchos problemas y ninguna ventaja, y puesto que el régimen de derechos fundamentales de los extranjeros hay que deducirlo de todos y cada uno de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos a lo largo del Título primero, desde estas líneas se pretende sugerir -al hilo del estudio de una hipotética reforma constitucional- una depuración de aquellos vocablos que, utilizados en nuestro Texto Constitucional, han provocado por su imprecisión y ambigüedad, problemas de interpretación con repercusiones de hondo calado, tal y como creemos haber expuesto a lo largo de estas breves líneas.



**REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE OBJECCIÓN  
DE CONCIENCIA: UNA APROXIMACIÓN DE LA  
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA A LA CARTA DE  
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA**

*Sara Sieira Mucientes*

*Profesora Propia Adjunta de Derecho Constitucional  
Universidad Pontificia de Comillas de Madrid*

Dentro del proceso de construcción de la Constitución Europea es oportuno reflexionar en torno a las eventuales reformas constitucionales en cada uno de los Estados miembros, para que el proceso de construcción de Europa sea posible, y para que además se aporte, desde nuestra disciplina, una mayor precisión en la construcción del Derecho Constitucional Común Europeo<sup>1</sup>.

En esta órbita quiere inscribirse esta reflexión sobre conveniencia de una reforma de la Constitución Española en materia de libertad ideológica y religiosa y en materia de objeción de conciencia, en el sentido de incluir los conceptos de libertad de conciencia y la objeción de conciencia dentro del art. 16.1 y suprimir el art. 30.2.

Precisamente porque la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión ha superado una serie de problemas de orden interpretativo y práctico que se han suscitado entre nosotros debido a la no muy feliz redacción de nuestro art. 16.1, y la menos aún feliz inclusión de la objeción de conciencia al servicio militar dentro del art. 30.2, fuera de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, y por tanto, desposeída de parte de la protección constitucional reforzada que se dispensa a los derechos de la Sección Primera, aunque le sea extensible la garantía del Recurso de Amparo por disposición expresa del art. 53 de nuestro Texto Constitucional.

Quizá este carácter tan "excepcional" dispensado a la objeción de conciencia al servicio militar (de "derecho autónomo" pero no fundamental, se la ha llegado a calificar por nuestro TC<sup>2</sup>, categoría criticadísima por la doctrina<sup>3</sup>, por inexistente en la dogmática de los derechos) le convierta en la excepción de la excepción: se le protege excepcionalmente, porque no es un derecho de la Sección Primera, con el recurso de amparo; su regulación se halla "conectada" con las libertades del 16, pero fuera del mismo, excepcionalmente, cuando las demás modalidades de objeción se consideran parte del contenido de las libertades ideológica y religiosa<sup>4</sup>; excepcionalmente puede regularse mediante ley ordinaria<sup>5</sup>, aunque se trate de una "concreción" de la libertad ideológica y religiosa del art. 16<sup>6</sup>.

1. Se construye este Derecho Constitucional Común a partir de los principios constitucionales particulares de los diferentes Estados miembros que resultan comunes a todos ellos, y en este sentido, Häberle, P., "Derecho constitucional común europeo", *Revista de estudios políticos*, núm. 79 (1993), pág. 11.

2. STC 160/1987, FJ 3.

3. Vgr. Soriano, R., *Las libertades públicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 52-57.

4. Objeción de conciencia al aborto, STC 53/1985; objeción de conciencia al trabajo en sábado, STC 19/85; objeción de conciencia al tratamiento médico, STC 154/2002.

5. Es muy expresivo en este sentido el FJ 2 de la STC 160/1987, que se ocupó de responder al Defensor del Pueblo, quien, al recurrir la ley, mostró su perplejidad de que lo sustantivo de la regulación de la objeción de conciencia al servicio militar estuviese contenido en una ley ordinaria: el derecho

Pues bien, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión dispone, en su art. II-10, bajo la rúbrica: "Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", prescribe:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

Las ventajas de esta redacción son en primer lugar de orden hermenéutico, en el sentido de que al incluir la libertad de conciencia y la objeción de conciencia, expresamente, dentro del precepto dedicado a la protección de la dimensión espiritual del ser humano se salvan cuestiones interpretativas de no poca envergadura, como enseguida se pondrá de manifiesto. Los inconvenientes de esta redacción pueden derivarse de la confusión entre libertad de pensamiento y libertad ideológica, y de la excesiva profusión, en razón de la deseable brevedad de un texto constitucional, aunque se trate de una Constitución tan especial como la europea, en la descripción del contenido de estas libertades junto con la posible conversión del derecho a la objeción de conciencia en un derecho de configuración legal en todos los Estados Miembros, según la interpretación que se le dé al citado precepto, y que no es deseable, al menos, para todas las modalidades de objeción, como también se expondrá en las páginas siguientes.

La objeción de conciencia es uno de los fenómenos socio-jurídicos más llamativos que existen en la actualidad. Desde su prototipo más emblemático, la objeción de conciencia al servicio militar<sup>7</sup>, este instituto se ha ido extendiendo en las últimas décadas en una suerte de "big-bang" jurídico<sup>8</sup>. Así, se han dado las

de objeción de conciencia, aun en la hipótesis de considerarlo fundamental, no está incluido en la reserva de Ley Orgánica, por no estar incluido en los arts. 15 a 29 de la Constitución.

6. FJ 3 STC 161/1987

7. Hoy desaparecido de nuestro ordenamiento al desaparecer su causa, el servicio militar obligatorio, aunque sea en régimen de "suspensión indefinida"

8. Esta gráfica expresión para aludir a la rápida multiplicación de los comportamientos motivados en conciencia y contrarios a diversos imperativos legales puede encontrarse en el libro de Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón, J., *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, ed. McGraw Hill, Madrid, 1997, págs. 1 y 2.

objeciones de conciencia más variadas: la objeción sanitaria a la práctica de abortos<sup>9</sup>, que puede extenderse a cualesquiera otras intervenciones éticamente sensibles<sup>10</sup> o a la producción de fármacos con idénticas finalidades<sup>11</sup>, o incluso las objeciones de los jueces a completar el consentimiento de la menor que desea abortar<sup>12</sup>. Objeciones de conciencia a la prestación de la actividad profesional en días festivos según la confesión religiosa del objeto<sup>13</sup>, a producir ingenios bélicos<sup>14</sup>, la objeción fiscal a los gastos en defensa armada<sup>15</sup>, la objeción a formar parte de las mesas electorales<sup>16</sup> o de jurados<sup>17</sup>, a las ceremonias de saludo a la bandera<sup>18</sup>, a los juramentos en actos oficiales, a campañas de vacunación obligatoria<sup>19</sup>, a las transfusiones de sangre<sup>20</sup>; objeciones a sistemas de aseguración obligatoria<sup>21</sup>, incluso hasta respecto de normas de seguridad vial, como llevar el casco preceptivo para conducir motocicletas<sup>22</sup>, o la inserción de fotografías en el carnet de conducir<sup>23</sup>.

La objeción de conciencia puede definirse como la negativa a obedecer a un imperativo jurídico, motivado en la presencia de otro imperativo en el foro de la conciencia, contrario al comportamiento pretendido por la norma<sup>24</sup>. Se trata,

9. STC 53/1985, de 11 de abril.

10. García Cantero, G. "Reflexiones sobre la objeción de conciencia en la procreación asistida" y Briones Martínez, I.M., "La objeción de conciencia a la fecundación in vitro" en *Formació 92. La objeción de conciencia*. Ed. Generalitat valenciana y Consejo General del Poder Judicial, Valencia, 1993. Piénsese en los avances científicos en materia de clonación, y manipulación genética, que darán lugar a numerosas objeciones en esta materia.

11. López Guzmán, J., *Objeción de conciencia farmacéutica*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.

12. Lolito, G., *Aborto di minorene. Intervento del giudice tutelare ex art. 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194. Obiezione di coscienza del giudice? Rev. Il nuovo diritto*, 1985.

13. STC 19/1985, de 13 de febrero.

14. STS 3 de mayo de 1978, RJA. 1881.

15. Dalmau Lliso, J.C., *La objeción fiscal a los gastos militares*, Madrid, Tecnos, 1996.

16. Ruiz Miguel, A., "La objeción de conciencia a deberes cívicos", *REDC*, núm 47, 1996, págs. 101 y ss.

17. Ríos Martín, J.C., "La objeción de conciencia a la participación en la institución del jurado", *Anuario jurídico-económico escorialense*, vol. 30, 1997, págs. 209 y ss.

18. Martínez-Torrón, J., "La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano", *ADEE*, vol. II, 1986, pág. 453.

19. Navarro-Valls, R., Martínez-Torrón, J., y Jurdado, M.A., "La objeción de conciencia a los tratamientos médicos: Derecho comparado y derecho español" en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Prof. Pedro Lombardía*. Edersa, Madrid, 1994, págs. 244 y ss.

20. STC 154/2002 de 18 de julio.

21. Martínez-Torrón, J., op. cit., "La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano", pág. 446

22. Martínez-Torrón, J., "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *ADEE*, vol. II, 1986, pág. 453

23. Palomino Lozano, R., *Las objeciones de conciencia*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1994, págs. 244 y ss.

24. Bertolino, R., *L'obiezioni di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Torino, 1967, págs. 8-9.

pues, de un "conflicto impropio de normas: de una parte, la norma jurídica que impone un deber, fundamentalmente un *facere*; de otra parte, la norma moral, que se opone al cumplimiento del mismo. Es rehusar obedecer un mandato de la autoridad legítima que se entiende radicalmente injusto o delictuoso por entrar en colisión con la norma moral"<sup>25</sup>. Esta definición no es técnicamente una definición jurídica, puesto que las dos normatividades que maneja no son homogéneas: una es jurídica, la otra es moral. Por ello es necesaria una juridificación de esa normatividad moral para que pueda oponerse a la obligación jurídica<sup>26</sup>. El problema es ver, pues, cuál es la juridificación que nuestra Constitución ofrece para la objeción de conciencia: ¿se trata del ejercicio de la libertad ideológica y religiosa, o es algo distinto, aunque conectado con él? ¿Se necesita una regulación legal para que pueda excepcionarse el cumplimiento de deberes jurídicos siempre y en todo caso?

La objeción de conciencia recibe una única mención en la Constitución Española, en su art. 30.2, que se refiere únicamente a una de sus modalidades, la objeción de conciencia al servicio militar:

"La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria".

A falta de mención constitucional expresa salvo la indicada, la jurisprudencia constitucional se inclina a considerar que la objeción de conciencia, cuando no se trata de la objeción al servicio militar, y como ejercicio de la libertad de conciencia (que tampoco recibe una expresa mención constitucional) se encuentra comprendida en el art. 16.1:

"Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley".

Así, la STC 19/85 de 13 de febrero, que trata el problema de una objeto-ra al trabajo en sábado, señala:

25. Navarro-Valls, R., "La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, pág. 261.

26. Peces-Barba, G., "Desobediencia civil y objeción de conciencia", *Anuario de Derechos humanos*, núm. 5, 1988-1989, pág. 16.

"El derecho fundamental recogido en el art. 16 de la Constitución comprende, junto con las modalidades de libertad de conciencia y de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción"<sup>27</sup>.

Por su parte, la STC 53/85 de 11 de abril, señala, de forma muy contundente:

"La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1 de la Constitución, y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales"<sup>28</sup>.

El resto de las objeciones que han llegado a tratarse en la jurisprudencia constitucional eran objeciones al servicio militar, o incluso a la realización de la prestación social sustitutoria<sup>29</sup>. En todas ellas se admite una conexión entre la objeción al servicio militar del 30.2 y la libertad de conciencia, ideológica o religiosa, del 16.1, pero se concluye que esta conexión no es suficiente para "eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos", de modo que no puede considerarse a la objeción de conciencia como parte del contenido de las libertades del 16, de modo que no se trata de un derecho fundamental.

La razón por la que el TC, en su última jurisprudencia, toda en relación con la modalidad de objeción al servicio militar, llega a definir a la objeción de conciencia como la negación misma de la idea de Estado<sup>30</sup>, son los mismos temores que embargaron a las Cortes Constituyentes cuando se trató de la redacción del art. 16. En el pleno del Senado de 26 de septiembre de 1978 el senador Xirinacs Damian propone la redacción de un nuevo apartado del art. 16 que disponga "Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia", por entender que sin tal alusión expresa no queda garantizado por el art. 16.1.

27. FJ 2 en el FJ 1 esta misma sentencia reconoce que la objeción, como parte del contenido de la libertad religiosa, debe recibir el tratamiento de derecho fundamental, sin que esto suponga que pueda invocarse por una de las partes contratantes para imponer de modo incondicionado cualquier modificación en la relación contractual.

28. FJ 14.

29. SSTC 321/1994 de 28 de nov; 55/1996 de 28 de marzo.

30. "La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar dicho cumplimiento contrario a las propias convicciones no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho o en derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto" FJ 3 STC 161/1987.

"Aquí no se habla de objeción de conciencia al servicio militar, al servicio de las armas, sino que se habla de objeción de conciencia a secas. Hay muchas personas que entienden la objeción de conciencia sólo en este sentido, pensando en que no puede haber objeción de conciencia en otros muchísimos sentidos. Por ejemplo, un profesional puede tener objeción de conciencia a declarar ciertas cosas. La objeción de conciencia tiene un sentido amplísimo y me parecería un colofón precioso puesto al final de este artículo tan interesante sobre la libertad de creencias, de religión, de ideología, etc., pues el respeto a la libertad de conciencia es fundamental"<sup>31</sup>.

El senador Casals Parral, representante del entonces partido mayoritario, UCD, se manifestó contrario a tal inclusión:

"No puede confundirse la libertad de conciencia con la objeción de conciencia, y no puede entenderse ésta incluida en aquella libertad. Objeción es precisamente objeción a algo, y ese algo es necesario que sea concreto, por lo que no podemos aceptar que tenga un sentido general. (...)Objeción, en sentido general, es objeción por principio al orden establecido, es la contestación generalizada al Estado de Derecho. Es, en definitiva, una conducta antisocial y anticonstitucional, porque sería una conducta que atentaría a lo que disponen los arts. 1 y 10 que hemos aprobado en esta Constitución. Una objeción a todo sería siempre, y en definitiva, una anarquía"<sup>32</sup>.

Utilizando los argumentos del derecho comparado, sistemático y de no redundancia, distinguiendo entre objeción de conciencia y secreto profesional, que ciertamente se confundían en la intervención de Xirinacs Damian, Casals Parral termina identificando objeción de conciencia con objeción de conciencia al servicio militar.

Esta misma confusión en el momento de elaborarse nuestro texto constitucional, vuelve a repetirse en el año 1987 en que se registra el cambio en la jurisprudencia constitucional, de considerar la objeción de conciencia como un derecho fundamental, y como parte del contenido del art. 16, a considerarlo como no fundamental, y como "excepcional" su reconocimiento respecto de cierto deber concreto. Se trata de la confusión entre el todo y la parte, de la confusión del concepto de objeción de conciencia con una de sus modalidades, por numerosa y emblemática que ésta pueda ser, la objeción de conciencia al servicio militar.

31. Constitución Española. *Trabajos parlamentarios*. Cortes Generales, Madrid, 1980, vol. IV, págs. 4.414-4.415.

32. Constitución Española. *Trabajos parlamentarios*, op. cit., págs. 4.421-4.422.

Los tratadistas de la objeción de conciencia desde la óptica del Derecho Constitucional, del derecho Eclesiástico y de la Filosofía del Derecho se inclinan a incluir la objeción dentro de la libertad ideológica y religiosa, y más propiamente, dentro de la libertad de conciencia, que es parte integrante de las otras dos (la primera, basada en la razón, la segunda, basada en la fe, que no puede racionalizarse completamente, pero ambas constituyen el sistema de convicciones que ayudan al hombre a enfrentar los problemas fundamentales de su existencia y de su relación con los demás), que es precisamente comportarse de acuerdo con el dictamen, surgido en el seno de la conciencia, de lo que puede hacerse u omitirse en una situación concreta. Es la inmediatez lo que distingue la libertad de conciencia de las libertades ideológica y religiosa, y es precisamente cuando la convicción moral, sea religiosa o ideológica entra en juego en una situación concreta.

En el mismo sentido, concluyen los tratadistas de la objeción, el derecho a la objeción de conciencia es el derecho a comportarse de acuerdo con el dictamen de la conciencia, cuando este dictamen entra en conflicto con un deber jurídico<sup>33</sup>. Marina Gascón Abellán señala:

"El reconocimiento de que la objeción de conciencia descansa y se explica desde la libertad de conciencia, parece que debe llevar a la conclusión de que en un sistema desarrollado de libertades públicas existe un derecho general a la objeción de conciencia; esto es, existe una presunción favorable de que quien incumple un deber por motivos de conciencia se halla amparado por un derecho fundamental, sin perjuicio naturalmente de que ese derecho fundamental haya de ceder luego ante otros derechos o valores más atendibles"<sup>34</sup>.

Por su parte, Guillermo Escobar Roca ha defendido también la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia:

"En conclusión, la Constitución exige un equilibrio entre sus componentes liberal y democrático-formal. La referencia del art. 10.1 a la dignidad de la persona sirve como criterio interpretativo a favor de una concepción amplia (tesis extensiva) de la libertad ideológica y religiosa, en cuyo contenido se incluye así la objeción de conciencia, entendida como derecho a la excepción de los deberes jurídicos incompatibles con la conciencia personal"<sup>35</sup>.

33. Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ed. Debate, Madrid, 1990, pág. 153.

34. En *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, CEC, Madrid, 1990, pág. 201.

35. En *La objeción de conciencia y la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1993, pág. 201.

La diferencia entre estos dos tratadistas de la objeción, la primera desde la disciplina de la Filosofía del Derecho, el segundo como constitucionalista, es la configuración de la objeción como derecho procedimental o no. Marina Gascón considera que el derecho de objeción consiste en que el Estado dicte una norma particular de reconocimiento de la misma, que dispense al sujeto obligado del deber jurídico o le exima de responsabilidad por el incumplimiento<sup>36</sup>, de modo que el procedimiento conducente a la declaración de objetor de conciencia sería el modo para la satisfacción del derecho, pero no el derecho mismo<sup>37</sup>; Guillermo Escobar considera que "El derecho no consiste sólo en solicitar la exención; consiste también en obtenerla"<sup>38</sup>. En otro lugar ya hemos puesto de manifiesto nuestra coincidencia con Gascón, en el sentido de que el derecho a la objeción existe desde que se manifiesta el conflicto de conciencia, ya que desde ese momento nace en el operador jurídico la obligación de ponderar, de tener en cuenta la libertad de conciencia, aunque después resulte que a la vista de las circunstancias concurrentes deba limitarse su ejercicio<sup>39</sup>.

Al considerar la objeción de conciencia como derecho fundamental vendrá el operador jurídico obligado a una suerte de "inversión de la carga de la prueba", pasando de considerarla una ilegalidad más o menos consentida, a tratarla como un derecho cuyo ejercicio es legítimo *a priori*, salvo que deba limitarse este ejercicio a resultas de la ponderación, caso a caso, de los bienes subyacentes en conflicto.

Es cierto que es muy importante una comprobación de la sinceridad de las convicciones de conciencia, que debe arbitrarse por el legislador o por el juez en el caso concreto. No se trata de valorar la razonabilidad o sensatez de las convicciones de conciencia, ya provengan de opciones estrictamente individuales o de un credo religioso más o menos institucionalizado, ni siquiera su verdad objetiva, sino tan sólo su sinceridad, esto es, la coherencia del comportamiento en conciencia en que se funda la objeción con otras actitudes de la persona en otros ámbitos de su vida. Los principios de neutralidad e igualdad impiden cualquier juicio de valor por parte de los poderes públicos, ya se basen en criterios prácticos o estadísticos. Admitir lo contrario sería tanto como abrir la puerta peligrosamente a descalificaciones de actitudes de conciencia no tan irrazonables, quizá, por meras razones de conveniencia política<sup>40</sup>.

36. Op. cit., *Obediencia al Derecho...*, pág. 245

37. Op.cit., *Obediencia al Derecho...*, pág. 253

38. Op.cit., *La objeción de conciencia...*, pág. 221

39. Sieira Mucientes, S., *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 50.

40. Martínez-Torrón, J., "Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 79, 1992, pág. 208.

Por supuesto, puede criticarse que esto supone la posibilidad de que surjan falsas objeciones con intención fraudulenta. Es innegable que esta posibilidad existe, y que de hecho se ha dado con mucha frecuencia en España, precisamente por la actitud permisiva de la ley reguladora de la objeción de conciencia al servicio militar, que admitía las objeciones no sólo de conciencia sino también de conveniencia, pero en cambio no admitía las objeciones de conciencia verdaderas aunque sobrevenidas, en lo que era un auténtico desconocimiento del derecho a la libertad de conciencia<sup>41</sup>. En cualquier caso, ante este problema, deben buscarse otros medios de luchar contra el fraude que permitan no prescindir de raíz del respeto a la libertad de conciencia, por ejemplo, sanciones civiles, penales o disciplinarias para castigar la conducta fraudulenta.

Es realmente, cuando menos, discutible, que el régimen jurídico de la objeción de conciencia al servicio militar, que tiene un tratamiento peculiar en la Constitución, y cuya ley reguladora no ha sido en puridad una ley reguladora de la objeción de conciencia, sino de otro fenómeno distinto, tenga vocación de imponerse a todo tipo de objeción, tal y como parece desprenderse de la última jurisprudencia constitucional en esta materia.

Todas estas reflexiones sirven para poner de manifiesto cuán grandes esfuerzos se han realizado por la doctrina y la jurisprudencia españolas de cara a esclarecer la naturaleza y posición constitucional de la objeción, que en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea están mucho más claras gracias a la inclusión de la libertad de conciencia y la objeción de conciencia en el mismo precepto en que se garantizan las libertades de "pensamiento" y de religión.

Decíamos no estar de acuerdo, no obstante, con la redacción del precepto en cuanto a la confusión entre libertad de pensamiento y libertad ideológica. Es una confusión que también se detecta en nuestra jurisprudencia constitucional<sup>42</sup>.

41. Así lo puso de manifiesto, en su voto particular a la STC 161/1987 tantas veces citada por el magistrado Carlos de la Vega: "El legislador podría, en cualquier caso, haber garantizado el interés colectivo de la defensa de España y del propio objetor con la exigencia de requisitos más estrictos de comprobación referidos, tanto a la convicción motivadora del derecho de objeción, como al tiempo de surgimiento de la misma. Lo que no debió hacer -y por eso entiendo que el precepto cuestionado es inconstitucional- es obligar al objetor a obrar contra su conciencia, cuando la propia CE le reconoce el derecho a no realizar acciones que la contradigan de plano, y cuando el otro bien constitucional de la defensa de España no está realmente en peligro y puede ser garantizado de otro modo más compatible con la garantía que también merece el derecho del objetor".

42. Por ejemplo, la STC 101/1983, de 18 de noviembre.

Ciertamente la distinción es complicada, como lo pone de manifiesto la STC 20/1990 que sostiene que a la libertad ideológica del art. 16.1 le corresponde el correlativo derecho a expresarla del art. 20.1.a) "aun cuando ello no signifique que toda expresión de la ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede quedar simplemente absorbido" por las libertades del art. 20. Siguiendo al TEDH puede evitarse más fácilmente la confusión entre las libertades ideológica y de pensamiento, cuando sostiene que "la palabra "convicciones" (del art. 9 del CEDH) no es sinónima de "opinión" e "ideas" tal como las emplea el art. 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión", sino que únicamente "se aplica a la opinión que alcanza determinado nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia"<sup>43</sup>.

Otra de las cuestiones de la redacción de la Carta de la que puede discreparse, es la profusión al describir el contenido de las libertades que comentamos. Primero, por la brevedad que debe exigirse de cualquier texto constitucional, incluso del Europeo, que sintetiza los Tratados que vertebran la Unión. Pero es que además, en la enumeración, puede pecarse por defecto, como a nuestro juicio ocurre. La ley española que desarrolla el art. 16, Ley Orgánica de Libertad Religiosa<sup>44</sup> es más correcta al hablar, como opción dentro de este derecho, a no profesar religión alguna, y a manifestar libremente la ausencia de convicciones religiosas. El agnosticismo y el ateísmo también deben considerarse como opciones dentro del contenido de estas libertades, y esto es algo que se echa en falta en la redacción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por otra parte, y ésta sea quizás la crítica de mayor envergadura, es posible que se interprete la redacción de la Carta en el sentido de considerar la objeción como un derecho de configuración legal de modo obligatorio en los Estados Miembros.

La redacción de la del art. II-10.2 señala: "Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio". Si se entiende aquí "de acuerdo con los ordenamientos nacionales", no habría problemas en este sentido, pues podría entenderse que aquellas objeciones que no estén reguladas por ley, en virtud de la aplicabilidad directa de la

43. Sentencia Campbell y Cosans, 25 de febrero de 1982, núm. 36, cit. por Martínez-Torrón, J., "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derecho Humanos" *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, pág. 423.

44. LO 5/1980, de 5 de julio.

Constitución en materia de derechos fundamentales, podrían estar amparadas por la Constitución (un problema posterior sería señalar los límites al derecho de objeción tras el oportuno proceso de ponderación). El problema es exigir la regulación legal de todo tipo de objeciones de conciencia. Recordemos que en España se viene ejerciendo pacíficamente el derecho de objeción de conciencia en el ámbito sanitario, sin más cobertura jurídica que la que dispensa el art. 16.1 de la Constitución, y el reconocimiento de la STC 53/85. Es posible que existan objeciones que tomen carta de naturaleza en los distintos ordenamientos por vías diferentes a su consagración legal.

En conclusión de todo lo expuesto, la redacción del art. 16.1 que se propone en esta reflexión quedaría de la siguiente forma:

se reconoce la libertad ideológica, religiosa, de conciencia y de culto, para los individuos y las comunidades, y el derecho a la objeción de conciencia, sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

Por otra parte, se propone la supresión del art. 30.2 en su totalidad. Tanto porque la referencia al servicio militar obligatorio no está en consonancia con la nueva realidad social imperante en España, sino porque la situación de "suspensión indefinida" del mismo no es conforme a la Constitución, en una interpretación que no fuerce los términos del texto constitucional en su art. 30. A continuación se trata de justificar brevemente esta supresión, en cuya raíz se encuentra el profundo cambio que está experimentando el concepto y la misión misma de las fuerzas armadas en nuestro mundo actual, de la globalización y de la tecnología.

El fin de la guerra fría, la desmembración de la Unión Soviética y Yugoslavia, la reunificación de Alemania, la ausencia de un enemigo claro para las democracias occidentales, han suscitado una profunda crisis en la forma de entenderse la misión de las Fuerzas Armadas: desde las misiones organizativas tradicionales a un progresivo aumento de misiones más difusas como son el mantenimiento de la paz y de la asistencia humanitaria en operaciones multilaterales. El auge de las tensiones internas o regionales, en ocasiones asociadas a acciones terroristas, parecen orientar la función de las Fuerzas Armadas hacia objetivos que no pueden considerarse militares en el sentido estricto del término<sup>45</sup>. También puede hablarse de un profundo cambio en el concepto mismo de las fuerzas armadas y su lógica

45. Olmeda Gómez, J.A., "La privatización del deber militar", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 97, julio-septiembre, 1997, pág. 127.

de funcionamiento por la aplicación de las nuevas tecnologías al mundo militar, el ascenso del capitalismo y la liberalización de los mercados de bienes y servicios militares. Por otra parte, la crisis del Estado-Nación, el eclipse del patriotismo y el nacionalismo cívico y patriótico debido a la difusión de lealtades étnicas, religiosas o regionales, y el fenómeno del multiculturalismo, los fenómenos migratorios masivos, y debido también a la necesidad de apertura para un mayor desarrollo económico, lo que hace imposible la "autosuficiencia" nacional. Todo ello está alterando las condiciones bajo las cuales los Estados-Nación pueden ejercer su poder, mantener la lealtad de sus ciudadanos o desplegar su poderío militar.

Por todo ello, la nueva organización militar muy posiblemente va a descansar fundamentalmente en el servicio voluntario de larga duración, con un énfasis en la calidad más que en la cantidad<sup>46</sup>. En concreto, dentro de la OTAN, se está observando un paulatino abandono del servicio militar obligatorio, en algunos países emblemáticos, especialmente obsérvese el caso de Francia, cuna de este modelo, que lo ha "suspendido indefinidamente" a favor del reclutamiento voluntario.

El actual diseño legislativo de profesionalización de las fuerzas armadas y su reclutamiento voluntario abogan a favor de la supresión del art. 30.2, especialmente por la referencia de este precepto, desconocida en el constitucionalismo español hasta 1978, a un "servicio militar obligatorio". Según la dicción literal del art. 30.2, "La ley regulará...la objeción de conciencia...así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio", parece no haber demasiadas opciones, e incluso parece arrojar serias dudas sobre la constitucionalidad del modelo legal vigente, pese a su conveniencia sociopolítica no sólo mirando la realidad española, sino el contexto internacional.

Efectivamente, ningún texto constitucional hasta el del 78 mencionaba textualmente la noción del servicio militar obligatorio, aunque sí se aludía, como es obvio, a la obligación para los españoles de la defensa de la patria con las armas cuando fuesen llamados por la ley<sup>47</sup>.

Aplicando los criterios para la interpretación de las normas establecidos en el art.3 del Código Civil<sup>48</sup> habría que concluir que la Constitución Española, en su

46. Olmeda Gómez, J.A., op. cit., *La privatización...*, pág. 135.

47. Arts. 9, 356, 358-365 de la Constitución de 1812; 6, 76 y 77 de la de 1837; 6 y 79 de la de 1845, 28, 106 y 107 de la de 1869; 3 y 88 de la de 1876; 37 de la de 1931. El art. 7 del Fuero de los Españoles de 1945, modificado por la Ley Orgánica del Estado de 1967, aludía al servicio como "título de honor".

48. "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas para averiguar el espíritu y la finalidad en ellas".

art. 30, consagra indubitadamente la defensa nacional como derecho y deber de todos los españoles, y el servicio militar obligatorio como forma de participación en ella y fórmula de cumplimiento de la citada obligación<sup>49</sup>. También es ésta la posición de nuestro Tribunal Constitucional hasta la fecha: "La Norma Fundamental ha constitucionalizado el servicio militar obligatorio"<sup>50</sup>.

Hubiera sido más correcto, a nuestro juicio, la reforma constitucional en el sentido de suprimir el art. 30.2 antes de acometer la revisión del modelo de fuerzas armadas actualmente vigente. La ley 17/1999 de 18 de marzo, Ley sobre el Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, no deroga el servicio militar, puesto que no deroga la ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar que lo regula, sino que "suspende indefinidamente" la obligación de prestarlo a partir del 31 de diciembre de 2002 (DA 13<sup>a</sup>), aunque el Gobierno, haciendo uso de la habilitación contenida en la DT 18<sup>a</sup> de la propia ley, adelantó un año, al 31 de diciembre de 2001 esta suspensión indefinida. Esta DT 18<sup>a</sup>, por cierto, suspende también el alistamiento de los nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1983, lo que convierte en la práctica imposible su eventual llamamiento a filas. Por esta vía de calificar de suspensión indefinida la supresión de la obligatoriedad del servicio militar se ha querido evitar la tacha de inconstitucionalidad<sup>51</sup>.

Eliminar de nuestra Constitución la referencia a la objeción de conciencia al servicio militar, y al servicio militar obligatorio, del art. 30.2 e incluir un apartado relativo a la objeción de conciencia (sin especificar modalidad) dentro del art. 16.1, además de resolver los problemas interpretativos sobre la naturaleza constitucional de la objeción de conciencia, no supondría por otra parte la imposibilidad de vuelta atrás en el modelo de ejército profesional por el que se ha optado. No olvidemos que queda en pie lo dicho por el art. 30.1<sup>52</sup>, que en conjunción con el art. 8<sup>53</sup>, constituyen fundamento constitucional suficiente para uno

49. En este sentido, Olmeda Gómez, J.A., op. cit., *La privatización...*, pág. 153.

50. STC 161/1987, FJ 5.

51. Rubio Llorente, F., en "Los deberes constitucionales" *REDC*, núm. 62, 2001, pág. 44 sin embargo considera que el deber de defender España (y el derecho de hacerlo) son un marco desde el que pueden derivarse los dos modelos, el de conscripción obligatoria y el actualmente vigente. Y que, por tanto, el deber de defender España no exige el mantenimiento de la conscripción. Según este autor, que mantiene esta interpretación del art. 30, no dejan de ser sorprendentes la cautela y la necesidad de justificar que embargan al legislador en la exposición de motivos de la Ley 17/1999. A nuestro juicio, la necesidad de justificarse, en cuanto que es posible que no haya techo constitucional para lo que el legislador está haciendo, está sobradamente justificada.

52. "Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España"

53. " 1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire,

u otro modelo de reclutamiento de las Fuerzas Armadas, y por tanto para que pueda "resucitar" en el futuro, si el legislador lo considera conveniente, la figura de la objeción de conciencia al servicio militar, y el modelo de reclutamiento universal, en orden a garantizar, que es lo importante, unas Fuerzas Armadas adecuadas y bien dotadas.

Sin embargo, no creemos que ésta sea la tendencia más probable. Ya hemos hablado de los factores que inciden, en el momento histórico que vivimos, y en nuestro mundo globalizado, en la profunda transformación del concepto de la defensa y la seguridad nacionales. Y también, dentro de nuestras fronteras, es manifiesto cómo las insuficiencias del modelo de objeción de conciencia al servicio militar diseñado con gran impericia, política y administrativa<sup>54</sup> han sido una de las causas que han conducido, probablemente con una gran fuerza, a la profesionalización del ejército<sup>55</sup>.

tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. 2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución".

54. Olmeda Gómez, J.A., op. cit., *La privatización...*, pág. 156.

55. Oliver Araujo, J., "La incidencia de la objeción de conciencia en la profesionalización de las fuerzas armadas", *Revista Teoría y realidad constitucional*, 1<sup>er</sup>. Sem. 2000, págs. 367-378.



# MATERIALES DOCTRINALES PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

*Enrique Belda Pérez-Pedrero*

*Titular de Derecho Constitucional*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

## SUMARIO

1. *La reforma constitucional. Introducción para el momento actual.*  
*Debate social y político.*  
*Debate doctrinal.*
2. *Algunas obras y aportaciones de referencia (cita bibliográfica).*  
*Reforma constitucional: cuestiones generales.*  
*Reforma del modelo territorial y del Senado.*  
*Sobre la reforma en otros temas.*

### *1. La reforma constitucional. Introducción para el momento actual*

La situación de España en los últimos meses viene marcada por una crisis política derivada de los acontecimientos producidos por el atentado terrorista de Madrid, el día 11 de marzo de 2004, y el resultado de las elecciones generales de cuatro días después, que dan lugar a un cambio de mayoría parlamentaria, retornando los socialistas al Gobierno de la nación.

Con independencia de estos hechos, durante los meses anteriores se consolidan diversas opiniones científicas y políticas que solicitan modificaciones institucionales para adecuar el correcto funcionamiento del sistema a la realidad española, tras varios lustros de vigencia del texto constitucional de 1978. Los temas que sirven de ejemplo para el debate social y doctrinal, de una posible reforma constitucional son de diferente calado y, asimismo, concitan distinto nivel de acuerdo.

#### **Debate social y político**

a) Primero destaca el debate sobre la organización del modelo territorial español, consagrado en el art. 2 y en el Título VIII de la CE, así como en varias disposiciones adicionales y transitorias de la Carta Magna. Por una parte, los que persiguen desde nacionalidades históricas mayor nivel de autogobierno, encuentran como única salida al incremento competencial la transformación de España en un Estado Federal. Dentro de este grupo se observan dos tipos de argumentos: los que dulcifican la propuesta estirando las posibilidades del Estado de las Autonomías, hasta hacerlo irreconocible; y los que, en el extremo contrario, hablan a sus partidarios de la autodeterminación mientras que el fondo de sus propuestas persiguen un cambio más aparente y semántico que una ruptura con el Estado del que son parte.

Por otro lado, un considerable sector de la población, observa con recelo las propuestas de cambio territorial, desde un fondo nacional e ideológico (mantenimiento de la unidad del Estado), y desde un perfil económico (dudas sobre la solidaridad efectiva interterritorial y la gestión de la riqueza).

Como una rama de este árbol territorial, se habla también del cambio del Senado, como si en ello se guardasen todas las claves decisivas para la futura convivencia autonómica. Con matices, todos parecen pronunciarse por una necesaria reforma, aunque los escépticos de su utilidad abundan.

b) Segundo, tras el anuncio en el otoño del 2003 del matrimonio del Príncipe

de Asturias, se traslada a la calle la alerta doctrinal acerca de la impertinente preferencia del varón a la mujer en el orden de sucesión a la Corona, a la luz de la cláusula y el valor Igualdad. Incluso se percibe cierta urgencia para cambiar las estipulaciones del art. 57 CE por la posibilidad de un cercano nacimiento del primer hijo del Príncipe, que pudiera ser hembra. Dada la necesidad de un procedimiento de reforma constitucional agravado, si se dilata en el tiempo el fin de la discriminación, un segundo nacimiento, de varón, generaría la sospecha de menoscabo en los derechos (¿dinásticos?) constitucionales de éste.

Algunos otros asuntos se sugieren para la reforma, pero casi siempre por su conexión con el Título VIII. Por ejemplo, modificación del art. 69 CE, relativo al Senado, o del Título IX, para dar entrada en el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas.

La llamada apertura del melón que supone alterar artículos que demandan el procedimiento de reforma agravado, levanta variadas voces de cautela que alertan sobre el peligro del planteamiento de nuevos temas y reivindicaciones (especialmente desde ciertas Comunidades Autónomas) y su consiguiente influencia sobre un sistema estable y aceptable que ha generado bienestar social en los últimos veinticinco años.

### **Debate doctrinal**

En el ámbito del derecho constitucional, se presenta como pacífica la opinión de reformar el texto constitucional para adaptarlo a las necesidades sociales, e incluso es difícil encontrar una discordancia ante la posible reforma del orden de sucesión a la Corona, que permita al primogénito (varón o mujer), reinar. Se observan, no obstante, diferencias, en la reforma del sistema territorial español en cuanto a las dimensiones y naturaleza de los cambios, con opiniones a favor y en contra del modelo federal, su conveniencia institucional y política, y sobre todo, las figuras jurídico-constitucionales de conexión estatal.

Mayor acuerdo existe en escoger el procedimiento para la reforma, ya que el exigido por los temas objeto de posibles cambios no es otro que el agravado del art. 168 CE, para lo que se sugiere aprovechar la convocatoria de elecciones generales tras la VIII Legislatura Constitucional, cuando proceda por el transcurso del tiempo o por la disolución de las Cámaras, dentro de los límites constitucionales, por el Presidente del Gobierno. De esa forma se aminora la situación de cambio y se puede transformar la reforma en uno de los protagonistas del debate electoral, además de procurar el ahorro para el erario público.

Es éste el momento histórico que exige el debate, y foros como el presente se encargan de ello. A continuación, paso a aportar una serie de recursos bibliográficos escogidos de los últimos veinticinco años, que pueden ofrecer pautas generales y soluciones concretas al fondo de la posible reforma.

## ***2. Algunas obras y aportaciones de referencia (cita bibliográfica)***

### **Reforma constitucional: cuestiones generales**

Acosta Sánchez, José, "Poder constituyente y problemática de la reforma en la Constitución española", en *Estudios penales y jurídicos*, Juan José González (coord.), págs. 19 a 32, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996.

Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, BOE-CEPC, Madrid, 2000.

Aguilera de Prat, Cesareo R., "El uso del referéndum en la España democrática (1976-1986)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 75, págs. 131-163, 1992.

Aragón Reyes, Manuel, "La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, págs. 9-26, 1994.

Balaguer Callejón, Francisco, "Fuentes del Derecho y reforma de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 407-418, 1992.

Balaguer Callejón, Francisco, "El "status" constitucional de la reforma y la "fragmentación" del poder constituyente", en *La democracia constitucional, Estudios Homenaje a Francisco Rubio Llorente*, CEPC, vol. I, págs. 99 a 130, Madrid, 2002.

Calzada Conde, Rogelia, *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1987.

Calzada Conde, Rogelia, "La garantía normativa de la rigidez", en *Introducción a los Derechos Fundamentales: X Jornadas de estudio*, Ministerio de Justicia, págs. 385-406, Madrid, 1988.

Calzada Conde, Rogelia, "Reflexiones en torno a la reforma constitucional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, págs. 49-67.

Cardona Llorens, Jorge, "Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 10, págs. 27-36, 1994.

Contreras, Manuel, "La reforma de la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, dir. Manuel Ramírez Jiménez Pórtico, Zaragoza, 1979.

Contreras, Manuel, "Sobre las transformaciones constitucionales y sus límites", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 16, págs. 165-184, 1980.

Contreras, Manuel, "Sobre el Título X de la Constitución Española: de la reforma constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 303-318, 1992.

Díez Moreno, Fernando, "España: la ratificación de Maastricht", *Política Exterior*, núm. 6, págs. 89-103, 1992-1993.

Elvira Perales, Ascensión, "Las convenciones constitucionales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 53, págs. 125-150, 1986.

Farias, P., "Consideraciones sobre la reforma constitucional", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo 1979.

Fraga Iribarne, Manuel, "Reforma política y reforma constitucional", en *Fenómenos de crisis y futuro de España*, págs. 115 a 134, Unión Editorial, Madrid, 1981.

García Atance y García de Mora, María Victoria, "La reforma constitucional", en *Lecturas sobre la CE*, T. R. Fernández (dir.), págs. 305 a 322, UNED, vol. II, Madrid, 1978.

García Atance y García de Mora, María Victoria, "Perfil ambivalente de la fórmula de reforma constitucional en la dialéctica permanencia-cambio", *Revista de Derecho Político*, núm. 31, 1990.

García Atance y García de Mora, María Victoria, "La reforma constitucional y las causas de intangibilidad", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 319-330, 1992.

González Encinar, Juan José, "La Constitución y su reforma", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986.

González-Trevijano Sánchez, Pedro José, *La costumbre en Derecho Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.

Hernández Valle, Rubén, "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37 (enero-abril), págs. 143-155, 1993.

Jiménez Campo, Javier, "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980.

López Aguilar, Juan Fernando, "Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, págs. 57-93, 1992.

López Aguilar, Juan Fernando, "La reforma de la Constitución: opciones constitucionales ante la ratificación de los Acuerdos de Maastricht", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 439-462, 1992.

Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, "La reforma constitucional", en *Introducción al sistema político español*, comp. A. de Blas, Teide, Barcelona, 1983.

Lucas Verdú, Pablo, *Estudio preliminar a Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, de J. Bryce, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Lucas Verdú, Pablo, *Estudio preliminar a Reforma y mutación de la Constitución*, de G. Jellinek, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Lucas Verdú, Pablo, "Una propuesta arriesgada que exige una seria meditación: la reforma de la Constitución", en *Impresiones sobre la Constitución de 1978*, Sabino Fernández Campo (dir.), Universidad Rey Juan Carlos-Fundación ICO, págs. 301 a 304, Madrid, 2004.

Mangas Martín, Araceli, "La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución: una reforma constitucional innecesaria", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 44, págs. 381-393, 1992.

Martínez Cuadrado, Miguel, "El espíritu de la reforma constitucional y el método filisteo de Contrarreforma", *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, núm. 98, págs. 21-34, 1996.

Oliver Araujo, Joan, "El referéndum en el sistema constitucional español", *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Les Illes Balears*, núm. 15, págs. 95-148, 1986.

Pérez Royo, Javier, "La reforma de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 22, págs. 7-60, 1986.

Pérez Royo, Javier, "Algunas reflexiones sobre el Título X de la Constitución", *Revista de Política Comparada*, núm. 10-11, 1994.

Pérez Royo, Javier, *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

Pérez Royo, Javier, "Comentario al Título X de la Constitución", en *Comentarios a las leyes políticas*, dir. Óscar Alzaga, Edersa, tomo XII, Madrid, 1988.

Pérez Royo, Javier, "La reforma imposible", *Claves de razón práctica*, núm. 20, págs. 9-14, 1992.

Pérez-Serrano Jáuregui, Nicolás, "Reforma y Constitución", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 217-226, Madrid, 1996.

Pérez Tremps, Pablo, "El alcance jurídico y político de la primera reforma constitucional en España", en *V congreso iberoamericano de derecho constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, págs. 735 a 749, México, 1997.

Prada Fernández de Sanmaned, José Luis, "Examen de urgencia de la alternativa entre reforma y mutación constitucional ante la integración europea", en *Estudios de derecho público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, págs. 299 a 330 Madrid, 1997.

Rubio Llorente, Francisco, "Sobre la conveniencia de terminar la Constitución", *Claves de razón práctica*, núm. 25, págs. 10-14, 1992.

Ruipérez Alamillo, Javier, "Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 75, págs. 233-258, 1992.

Sánchez Ferriz, Remedio, "El Título X de la Constitución de 1978. La reforma constitucional", en *Estudios sobre la Constitución española*, D. Sevilla Andrés (ed.), págs. 487 a 513, Universidad de Valencia, Valencia, 1980.

Torres del Moral, Antonio, "Valores y principios constitucionales", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 17-27, 1992.

Torres Fernández, Juan José, "Los derechos fundamentales como límite a la reforma constitucional", en *Introducción a los Derechos Fundamentales: X Jornadas de estudio*, Ministerio de Justicia, págs. 1273-1301, Madrid, 1988.

Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991.

Velarde Fuertes, Juan, "Maastricht, nuestra reforma constitucional", *Revista del Círculo de Empresarios*, Madrid, 1995.

VVAA, "Los españoles ante la Constitución y las Instituciones Democráticas: 11 años de Constitución (1978-1989) (opinión sobre una reforma constitucional)", *Revista del Centro de Investigaciones Sociológicas*, núm. 23, págs. 3-114, 1990.

VVAA, "Datos de opinión (sobre una reforma constitucional)", *Revista del Centro de Investigaciones Sociológicas*, núm. 56, págs. 372 ss., 1991.

VVAA, "La reforma constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (primer número monográfico), 1992.

VVAA, "La reforma constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo número monográfico), 1992.

VVAA, *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Fundación BBV / Civitas, Madrid, 1997.

### **Reforma del modelo territorial y del Senado**

Alba Navarro, Manuel, "Diversos modelos para la reforma del Senado", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 227-238, Madrid, 1996.

Álvarez Conde, Enrique, et aliii, "El Estado Autonómico (Título VIII)", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 191-262, 1992.

Arbós, Xavier, "El Senado. Marco constitucional y propuestas de reforma", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 24, págs. 7-33, 1992.

Barceló Barceló, Adolf, "Una propuesta de reforma del Senado que refleje la pluralidad del Estado", en *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, págs. 479 a 491, Barcelona, 2003.

Bilbao Arrese, J. Mario, "La reforma constitucional de la composición del Senado", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 33, págs. 185-197, 1994.

Burgo Tajadura, Jaime Ignacio del, *Jaque a la Constitución: de la propuesta soberanista de CIU al federalismo asimétrico de Maragall*, Ediciones Académicas, Madrid, 2003.

Caminal Badía, Miguel, "Representación, territorio y plurinacionalidad. Una propuesta asimétrica por un Estado de las nacionalidades y regiones", en *El Senado, cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 381-385, Madrid, 1996.

Collado Yurrita, Miguel Ángel, "El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas en la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 263-272, 1992.

Fernández Allés, José Joaquín, "Un Senado territorial de perfección competencial", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 327-338, Madrid, 1996.

Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, "Las Cortes Generales (Título III, capítulo I)", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 335-346, 1992.

Fernández Segado, Francisco, "Reflexiones en torno a la reforma constitucional del Senado", *Revista de Derecho Político*, núm. 42, págs. 35-53, 1996.

Ferri Dura, Jaime, "La actitud de los partidos ante la reforma del Senado", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 305-316, Madrid, 1996.

Garrorena Morales, Ángel, "Una propuesta para la reforma constitucional del Senado", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, págs. 7-49, 1995.

Hernando García, Pedro J., "Algunas interrogantes ante la futura reforma del Senado", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 281-304, Madrid, 1996.

López Garrido, Diego, "Hacia un nuevo Senado: propuesta de reforma constitucional", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 33, págs. 7-25, 1994.

Martínez Sospedra, Manuel, "Los obstáculos a la reforma del Senado: falsos y verdaderos", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 377-398, 1992.

Pau i Vall, Francesc, "El Senado y el Estado plurinacional. Una reflexión desde Cataluña", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 387-393, Madrid, 1996.

Pendás García, Benigno y Martínez Santamaría, Paloma, "El Senado como cámara de representación territorial: la reforma del Senado", en *Curso de derecho público de las Comunidades Autónomas*, INAP-Montecorvo, págs 809-843, Madrid, 2003.

Portero Molina, Jose A., "Contribución al debate sobre la reforma del Senado", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87 (enero-marzo), págs. 81-105, 1995.

Portero Molina, José Antonio, "Sobre la reforma constitucional del Senado", en *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant Lo Blanch, págs. 65-95, Valencia, 1997.

Punset Blanco, Ramón, "La territorialización del Senado y la reforma de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, págs. 81-90, 1993.

Punset Blanco, Ramón, "El Senado como Cámara de las Comunidades Autónomas. Bases de una propuesta", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 165-182, Madrid, 1996.

Ripollés Serrano, María Rosa, "La funcionalidad del Senado en el Estado de las Autonomías", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, págs. 91-126, 1993.

Ruiz Ruiz, Juan José, "La reforma constitucional del Senado en España y la asimetría del Estado autonómico", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 395-409, Madrid, 1996.

Ruiz Ruiz, Juan José, "La reforma constitucional del Senado en España. Adecuación a los principios de forma de gobierno parlamentaria bicameral", en *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*, Universidad de Jaén / Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

Sánchez Manzano, María de la Paz, "Perspectivas para la reforma constitucional del Senado", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 339-352, Madrid, 1996.

Santaolalla López, Fernando, "Nacionalidades y Regiones, y Senado", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 375-380, Madrid, 1996.

Tomás y Valiente, Francisco, "La posible configuración del Senado", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 367-374, Madrid, 1996.

Torres del Moral, Antonio, "El Senado", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 357-376, 1992.

Vintró Castells, Joan, "Una propuesta sobre la composición y las funciones del Senado", en *El Senado, Cámara de representación territorial*, Tecnos, págs. 183-189, Madrid, 1996.

VVAA, "La reforma del Senado", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 3, págs. 177-232, 1991.

VVAA, *La reforma del Senado, Centro de Estudios Constitucionales/ Senado*, Madrid, 1994.

VVAA, *Ante el futuro del Senado (Ponencias e intervenciones del Seminario sobre Reforma constitucional del Senado celebrado en Barcelona en 1995)*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1996.

### **Sobre la reforma en otros temas**

Aparicio Pérez, Miguel Ángel, "El Poder Judicial", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 161-176, 1992.

Balaguer Callejón, M.<sup>a</sup> Luisa, "La reforma constitucional en el derecho de sindicación y de huelga", en *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 193-206, 1992.

Bar Cendón, Antonio, "Sobre una hipotética reforma del Título IV (Del Gobierno y la Administración) de la Constitución de 1978", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 11-34, 1992.

Bar Cendón, Antonio, "Sobre una hipotética reforma de la potestad de disolución de las Cámaras legislativas prevista en el art. 115 de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 149-158, 1992.

Bassols Coma, Martín, "La Constitución económica", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 277-290, 1992.

Cámara Villar, Gregorio, y Ruiz Robledo, Agustín, "Reflexiones sobre una hipotética reforma constitucional del capítulo II del Título I de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 129-164, 1992.

Crespo Hellín, Félix, "El artículo 104 de la Constitución y la nueva regulación de la institución policial: sus disfuncionalidades", *Revista de Derecho*

*Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 109-138, 1992.

García Atance y García de Mora, María Victoria, "La indelegabilidad del voto y la Junta de Portavoces", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 225-234, 1992.

García Cuadrado, Antonio M., "Las disposiciones del Gobierno y la Administración", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 93-108, 1992.

Gerpe Landín, Miguel, "El Consejo General del Poder Judicial", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 177-188, 1992.

Gómez Sánchez, Yolanda, "La pena de muerte (art. 15)", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 165-192, 1992.

Gómez Sánchez, Yolanda, "Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 207-224, 1992.

Gómez Sánchez, Yolanda, "El Tribunal de Cuentas (art. 136)", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 291-300, 1992.

Hernando García, Pedro J., "El estatuto jurídico de los miembros del Gobierno (arts. 98.3 y 4)", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 36-50, 1992.

Lafuente Valle, José María, "Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el art. 8 de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 65-72, 1992.

Lafuente Valle, José María, "De cómo opera en la práctica el mando militar del Rey", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 321-332, 1992.

Mangas Martín, Araceli, "Los Tratados internacionales (artículos 93 a 96 de la CE). Especial referencia a la ciudadanía europea", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 419-438, 1992.

Martín Rebollo, Luis, "La Administración en la Constitución (art. 103 a 107)", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 51-82, 1992.

Mellado Prado, Pilar, "La responsabilidad política del Gobierno", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 139-148, 1992.

Montero, J. Ramón, y Valles, Josep María, "El debate sobre la reforma electoral", *Claves de razón práctica*, núm. 22 (mayo), págs. 2-12, 1992.

Muñoz Arnau, Juan Andrés, "Colegios y organizaciones profesionales", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 225-234, 1992.

Pérez Tremps, Pablo, "¿Reforma del Título IX de la Constitución? El Tribunal Constitucional. Organización y funcionamiento", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 275-288, 1992.

Pérez Vera, Elisa, "De los españoles y los extranjeros", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 73-88, 1992.

Rallo Lombarte, Artemi, "El Tratado de Maastricht y el Derecho de sufragio de los extranjeros en España", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 89-128, 1992.

Ramírez Jiménez, Manuel, "El reforzamiento de la participación política", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 27-47, 1992.

Rodríguez, Ángel, "El art. 6 de la Constitución: los Partidos Políticos", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 47-64, 1992.

Sánchez Ferriz, Remedio, "Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos y las libertades", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 235-244, 1992.

Sánchez González, Santiago, y Pereira Menaut, Antonio Carlos, "Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 257-278, 1992.

Suay Rincón, José, "Reflexiones sobre la posición de la Administración Pública en la Constitución Española de 1978. En particular, comentarios a los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 83-92, 1992.

Tenorio Sánchez, Pedro J., "El Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 37 (segundo especial sobre La reforma constitucional), págs. 289-300, 1992.

Torres del Moral, Antonio, "La Corona", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 303-320, 1992.

Torres del Moral, Antonio, "Reflexión sobre algunos preceptos del Título III, Capítulo I", *Revista de Derecho Político*, núm. 36 (especial La reforma constitucional), págs. 347-356, 1992.



**LAS CLÁUSULAS DE IRREFORMABILIDAD EN LAS  
CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS DE LA  
EUROPA DE LOS 25**

*Diego Boza Martínez*

*Becario de FPDI  
Universidad de Cádiz*

**SUMARIO**

- 1. Introducción justificativa del estudio: los últimos pasos del proceso de integración europea, el nuevo enfoque europeísta y la reforma constitucional.*
- 2. Descripción de los límites expresos al poder de reforma en las Constituciones de los distintos Estados miembros de la UE.*
- 3. A modo de conclusión.*

### ***1. Introducción justificativa del estudio: los últimos pasos del proceso de integración europea, el nuevo enfoque europeísta y la reforma constitucional***

El proceso de integración europea se encuentra en la actualidad en uno de sus puntos más álgidos. En los últimos meses dos grandes acontecimientos han llevado, de nuevo, este proceso a las primeras páginas de la actualidad.

Por un lado, la Constitución Europea. El Consejo Europeo disponía ya desde el 20 de junio de 2003 de un proyecto firme emanado de la Convención Europea. En esa fecha, en el Consejo Europeo de Salónica, se ponía punto y seguido a un proceso que se había iniciado año y medio antes, los días 14 y 15 de diciembre de 2001, en el Consejo Europeo de Laeken, el cual convocó la mencionada Convención Europea para el futuro de Europa.

La Convención aprobó el 13 de junio de 2003 un texto de "Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa". El proyecto, estancado a causa de las reticencias de algunos de los Estados miembros, parece experimentar una aceleración importante en el proceso de su aprobación gracias a la voluntad política expresada en los últimos meses por algunos destacados gobernantes nacionales europeos. En este sentido, en marzo de 2004 se lograron desbloquear las negociaciones entre los Ministros de Asuntos Exteriores para la ratificación de este Tratado. Por tanto, es posible que antes de concluir el presente año tenga lugar la firma definitiva de la Constitución Europea lo que supondrá, sin lugar a dudas, uno de los hitos fundamentales en la construcción de Europa.

A la fase constituyente de ámbito europeo en la que nos encontramos, debemos añadir otro hecho de trascendental importancia acontecido en los últimos meses. Nos referimos a la mayor ampliación experimentada por la Unión en su historia. El pasado 1 de Mayo entraron a formar parte de la UE diez nuevos Estados. Este gigantesco ensanchamiento de la Unión, que agrupa desde entonces a 455 millones de ciudadanos, aún presentando bastantes dificultades, no cabe duda de que obliga a redimensionar todas las visiones efectuadas sobre el fenómeno europeo.

La combinación de los dos eventos a los que acabamos de hacer referencia nos da las claves fundamentales del estudio en el que nos adentramos. Para que los ordenamientos de los Estados miembros asumieran el fenómeno de integración europea ha sido necesaria, en la mayoría de los casos, la realización de reformas constitucionales. La relación entre integración europea y reforma constitucional no es sólo un hecho pasado. Debemos considerarla también un hecho futuro puesto que la entrada en vigor de la Constitución Europea habrá de pro-

vocar, casi con total seguridad, un reconocimiento a nivel constitucional en los ordenamientos estatales. Por ello, este vínculo entre reforma e integración alcanza especial interés en unas circunstancias como las actuales.

Del mismo modo, el momento actual también propicia, como indicábamos, revisar la mayoría de los enfoques que sobre el conjunto de los Estados miembros de la Unión se habían venido realizando. La razón, más que ideológica o filosófica, es simplemente numérica. La Europa de los Quince ha pasado a ser, desde el 1 de Mayo, la Europa de los Veinticinco y cualquier estudio sobre ordenamientos constitucionales de Estados miembros debe referirse al conjunto de los veinticinco Estados.

Sería tal vez muy interesante -quizá alguien se esté encargando o se encargue en el futuro- realizar un análisis conjunto de los procesos de reforma constitucional en los veinticinco Estados miembros, para ver de qué forma podrán ser asumidas por las veinticinco Constituciones las innovaciones que introduzca el desarrollo del todavía inacabado proceso de construcción europea, especialmente con la entrada en vigor de la Constitución Europea.

Sin embargo, no creemos que sea este el lugar para realizar un análisis de tal envergadura, inasumible para un investigador individualmente y menos aún en un espacio limitado como el de una comunicación a un Seminario sobre la Reforma Constitucional. Nosotros nos vamos a centrar exclusivamente en un elemento de la institución de la reforma constitucional, el de los límites a la reforma.

No nos parece baladí afrontar en esta sede la cuestión de los límites a la reforma constitucional en los distintos ordenamientos estatales. Se trata de uno de los aspectos de los ordenamientos constitucionales internos con mayor proyección hacia el exterior, hacia el conjunto de Estados miembros. Hablar de límites es hablar de lo intocable en una Constitución, del núcleo que la propia Constitución consagra como inaccesible para el poder de reforma, aunque de facto pueda ser superado por un poder constituyente que suponga la ruptura de la continuidad constitucional<sup>1</sup>.

1. Esta posibilidad no deslegitima la existencia y vigencia de las cláusulas de intangibilidad puesto que, como indica Jiménez Campo siguiendo a Lucatello, su función es impedir la alteración de la Constitución en Derecho porque es imposible que una norma impida los cambios revolucionarios. Vid. Jiménez Campo, J. J., "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pág. 81 y ss y Lucatello, G., "Sull'immutabilità della forma repubblicana", en *Scritti Giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, CEDAM, 1957, vol. II, pág. 25 y ss.

Es cierto que el tema de los límites constitucionales no es, ni mucho menos, un tema cerrado<sup>2</sup>. Mucho se ha escrito en la doctrina, española e internacional, acerca de esta cuestión quizá porque cualquier aproximación al tema de la reforma constitucional conduce, inexorablemente a los autores, al punto de sus límites<sup>3</sup>. Se ha discutido acerca de su eficacia, su vigencia, su efectividad, etc. Para ello se suelen distinguir entre distintos tipos de límites para referirse así a los límites heterónomos y autónomos, explícitos e implícitos, tácitos, lógicos, de tiempo y de contenido, absolutos y relativos<sup>4</sup>, entre otros. A partir de estas distinciones algunos autores aceptan determinados límites y niegan la existencia o la validez de otros y viceversa<sup>5</sup>.

Nosotros no pretendemos entrar en esta línea de debate. Como afirma De Cabo, aceptar la existencia de límites a la reforma es meramente una cuestión política<sup>6</sup>. Sin embargo, en lo referente a uno de los tipos de límites no existe discusión acerca de su existencia: los límites expresos, es decir, las cláusulas constitucionales que excluyen la posibilidad de que determinados preceptos del Texto Constitucional sean reformados a través de los procedimientos de reforma establecidos por la propia Constitución<sup>7</sup>.

2. Compartimos la opinión de García Atance, M. V., *Reforma y permanencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pág. 174 y ss., frente a Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pág. 190 y ss., que sí da por cerrada esta cuestión considerándola arcaica.

3. Señala Pérez Royo que la discusión sobre los límites arranca de la distinción de Schmitt entre "Constitución" y "Leyes Constitucionales" que desarrolló el autor alemán en su *Teoría de la Constitución*. Pérez Royo, J., cit., pág. 187.

4. Tomamos las clasificaciones de De Vega, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 240 y ss., de Piazza, M., *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Padova, CEDAM, 2002, pág. 2 y de García Atance, M. V., cit., pág. 174 y ss.

5. Especialmente intenso e interesante es el debate acerca de la existencia de límites implícitos o tácitos a la reforma. Autores como De Vega, P., cit., pág. 274 y ss., García Atance, cit., pág. 207 y ss., o Morbidelli, G., *Lezioni di Diritto Pubblico Comparato*, Bologna, Monduzzi, 2000, pág. 150, se muestran convencidos de la existencia y vigencia de estos límites. Grossi, P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana*, Padova, CEDAM, 1972, pág. 89 y ss.; De Otto Pardo, I., *Defensa de la Constitución*, Madrid, CEC, 1985, pág. 29 y ss., o Cicconetti, S. M., *La revisione della Costituzione*, Padova, CEDAM, 1972, pág. 235 y ss., se oponen a tal posibilidad.

6. De Cabo Martín, C., "La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones" en Carbonell, M., (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa - UNAM, 2000, pág. 45 y ss., en concreto, págs. 54 y 55. En el mismo sentido, Grossi, P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana*, cit., pág. 90.

7. Algunos autores italianos rebaten la validez de estos límites, su efectividad, recurriendo para ello a la imposibilidad de limitar al pueblo en función constituyente. Vid. Crosa, E., "*Variazioni su un tema di V. E. Orlando. (Funzione costituyente, legge costituzionale, garanzia, revisione della Costituzione)*" en *Scritti Giuridici in memoria di V. E. Orlando*, cit., vol. I, pág. 465 y ss., y Miglio, G., (dir.), *Verso una*

Estas cláusulas existen en distintos ordenamientos constitucionales y, aunque algunos autores señalen su ineficacia jurídica práctica mediante el recurso a la doble reforma -muy discutido por otra parte-, nadie puede negar su presencia y normatividad<sup>8</sup>.

El análisis que acometemos nos va a determinar qué es seguro que no se puede reformar en las Constituciones de los Estados miembros de la UE. ¿Supone esto definir los límites a los que la propia UE no puede llegar? La respuesta afirmativa a esta pregunta es, cuanto menos, aventurada.

En primer lugar, porque estos límites no son los únicos con los que puede encontrarse la UE. Son estos límites expresos los que debe tener en cuenta desde un primer momento, pero nada obsta a que, tal y como propugnan determinados autores, en algunos ordenamientos constitucionales se reconozca la existencia de límites a la reforma tácitos o implícitos, si bien la defensa de la eficacia de estos límites y su definición resulta, como decíamos anteriormente, mucho más complicada<sup>9</sup>. Como afirma Silvestri, cada autor hace un elenco diferente de los prin-

*nuova Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1983, pág. 98 y ss. En este caso no estamos hablando de la misma cosa, puesto que estos autores expresan una posibilidad real, la de que la revolución altere el contenido de la norma constitucional sin respetar ningún límite, pero esta no es una cuestión jurídica sino política. Vid. Jiménez Campo, J. J., "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", op. cit., pág. 95 y Burdeau, G., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, Editora Nacional, 1981, pág. 116.

8. Es esta la línea de rechazo que sigue Biscaretti di Ruffia, P., "*Sui limiti della revisione costituzionale*", en *Anali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. III, 1949, pág. 125 y ss. De Vega, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, cit., pág. 262 y ss., analiza y refuta la visión de Biscaretti y la de otros autores que se oponen a la eficacia de las cláusulas de intangibilidad. Una visión igualmente contraria a la posibilidad de la doble reforma en Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1999, pág. 997 y ss.

9. Un ejemplo claro lo tenemos en la Constitución española donde, pese a la inexistencia de límites expresos, algunos autores, como Jiménez Campo, J. J., "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", op. cit., pág. 95, han afirmado la eficacia de límites implícitos, incluidos para este autor, siguiendo a Cicconetti, S. M., *La revisione della Costituzione*, cit., pág. 214 y ss., en la categoría de límites textuales. La concreción de estos límites implícitos alcanza desde el núcleo del Estado social y democrático de Derecho de Calzada Conde, R., *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1987, pág. 21 y ss., o la fórmula política y los principios preconstituyentes de García Atance, M. V., *Reforma y permanencia constitucional*, cit., pág. 287 y ss., hasta el desarrolladísimo conjunto que expone Alaez Corral, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, CEC, 2000, en especial, pág. 303 y ss. Frente a estos, otros autores rechazan la existencia de estos límites implícitos o tácitos como Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, cit., pág. 210, Torres del Moral, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1992, pág. 200 y ss., Alzaga Villaamil, O., "Artículo 168" en *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978, pág. 966 y ss., o De Otto Pardo, I., *Defensa de la Constitución*, cit., pág. 35.

cipios supremos inmutables lo que confirma la debilidad de este criterio material como límite a la reforma constitucional<sup>10</sup>.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que el desarrollo máximo de la UE pueda suponer un cambio en las condiciones sociales, políticas y jurídicas del entorno europeo y lleve, por su fuerza, a la apertura de nuevos procesos constituyentes en los Estados miembros en los que se superen los límites expresos definidos actualmente. Este horizonte deseado por los europeístas no es más que una hipótesis bastante irreal en la actualidad; se trata únicamente de una elucubración que nos conduciría, llegado el caso, a una decisión externa al mundo jurídico, puramente política.

Como hemos venido avanzando, nuestro objetivo en las siguientes páginas es el de describir las cláusulas de irreformabilidad que aparecen en los textos de las Constituciones de los países que con la última ampliación forman parte de la UE. Tal y como definíamos supra las cláusulas de irreformabilidad, no entraremos en procedimientos agravados o "muy agravados" de reforma. No analizaremos caminos tortuosos sino, simplemente, caminos imposibles de recorrer<sup>11</sup>.

## ***2. Descripción de los límites expresos al poder de reforma en las Constituciones de los distintos Estados miembros de la UE***

Lo primero que cabe señalar en un análisis conjunto de las disposiciones relativas a la reforma constitucional en las Constituciones de los veinticinco Estados miembros de la UE<sup>12</sup> es el predominio de Constituciones sin cláusulas de irreformabilidad absolutas, frente a las Constituciones en las que estas cláusulas

10. Silvestri, G., "*Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*", en *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Giuffrè, Milano, 1987, pág. 1.185 y ss. Igualmente crítico con la falta de concreción de estos límites es De Cabo Martín, C., *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 48 y ss.

11. Aunque algunos autores consideren que estos procedimientos son auténticas cláusulas de intangibilidad, (por todos, en relación al procedimiento español, Pérez Royo, J., cit., pág. 190) los acontecimientos posteriores parecen quitarles la razón. Excluimos, por tanto, de nuestro análisis las cuestiones sometidas a referéndum para ser reformadas que recoge el artículo 77 de la Constitución de Letonia, el artículo 162 de la Constitución de Estonia o el apartado 3 del artículo 44 de la Constitución austriaca, el procedimiento agravado de reforma total de la Constitución española, el procedimiento especial de los párrafos 5 y 6 del artículo 235 de la Constitución polaca, etc.

12. Con la última anexión y por orden de incorporación: Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia, Suecia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa.

están presentes. Así, descartando las peculiaridades constitucionales del Reino Unido, de las otras veinticuatro Constituciones sólo en siete, menos de la tercera parte, encontramos cláusulas de irreformabilidad absolutas. Las Constituciones que limitan expresamente de forma incondicional el poder de reforma son las Constituciones de Alemania, Francia, Italia, Grecia, Portugal, Chipre y la República Checa.

A estas cláusulas de irreformabilidad absolutas debemos añadir otras cláusulas de irreformabilidad relativas, es decir, sometidas a condición, de acuerdo a las cuales las Constituciones prohíben la iniciación, el desarrollo o la conclusión del proceso de reforma constitucional en determinadas circunstancias. Estas cláusulas no son absolutas, puesto que no operan siempre y en todo caso, sino que tienen una vigencia limitada al cumplimiento de la condición a la que se someten. En general se trata de cláusulas prácticamente excepcionales que detienen o prohíben la reforma constitucional en circunstancias, igualmente, excepcionales<sup>13</sup>. Aún así, consideramos interesante hacer referencia a ellas.

### **Límites explícitos relativos.**

Las cláusulas de irreformabilidad relativas podemos agruparlas en dos grandes tipos. En primer lugar, en algunos Estados monárquicos, se excluye la posibilidad de llevar a cabo ciertas reformas constitucionales durante una regencia. Así se expresan el artículo 115 de la Constitución luxemburguesa, que imposibilita, durante la regencia, proceder a cualquier reforma constitucional que afecte a los poderes del Gran Duque así como al orden sucesorio<sup>14</sup>, o el artículo 197 de la Constitución belga, que, igualmente, prohíbe reformar la Constitución durante la regencia en cuestiones relativas a la institución monárquica -dinastía, reglas de sucesión, compatibilidad con otro trono, responsabilidad real, refrendo ministerial, minoría de edad, regencia y tutoría del rey,...<sup>15</sup>.

En paralelo con estas dos cláusulas de Constituciones monárquicas, se encuentra el artículo 7 de la Constitución francesa que impide la aplicación del artículo 89, que regula el procedimiento de revisión constitucional, "mientras la Presidencia de la República estuviere vacante o durante el período que transcurra entre la declaración del carácter definitivo de la imposibilidad del Presidente de la República y la elección de su sucesor."

13. Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pág. 993.

14. Este artículo fue reformado en enero de 1998. Con anterioridad prohibía cualquier tipo de reforma constitucional en período de regencia.

15. Para la definición concreta de las normas no modificables, vid., Alen, A., (ed.), *Treatise on Belgian Constitutional Law*, Deventer, Boston Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, pág. 34 y ss.

El otro grupo de cláusulas de irreformabilidad temporal es el formado por aquellas cláusulas en las que se elimina la posibilidad de acometer una reforma debido a la situación de peligro en la que se encuentra el Estado<sup>16</sup>.

En general, la prohibición se extiende tanto a la iniciación del proceso de reforma como al desarrollo de un proceso ya iniciado. Así se hace constar en la Constitución belga (artículo 196), la Constitución francesa (artículo 89), la Constitución portuguesa (artículo 289)<sup>17</sup> o la Constitución de Estonia (artículo 161.2). La Constitución española resulta particular en este aspecto puesto que el artículo 169 de nuestra Carta Magna limita exclusivamente la iniciación del procedimiento de reforma pero no la continuación del mismo.

Las condiciones bajo las que entran en juego estas limitaciones temporales hacen referencia, como indicábamos con anterioridad, a determinadas situaciones de riesgo, peligro o conflicto para el Estado, esto es, tiempo de guerra (Constitución belga, Constitución española y Constitución estonia), imposibilidad de reunirse las Cámaras en territorio nacional (Constitución belga)<sup>18</sup>, menoscabo de la integridad territorial del Estado (Constitución francesa), vigencia de estados de excepción (estado de emergencia en la Constitución estonia, estados de alarma, excepción y sitio en las Constituciones portuguesa y española).

### **Los límites expresos absolutos.**

Una vez descritos los límites relativos que aparecen en seis de las Constituciones de los Estados miembros de la UE, debemos adentrarnos en lo que es el núcleo de nuestra comunicación, las cláusulas de irreformabilidad absolutas, es decir, no sometidas a término ni condición. Decíamos que este tipo de cláusulas se presentan en siete Constituciones pero el contenido en unas y otras es muy diferente.

En primer lugar, distinguimos algunas cláusulas que podemos considerar especialmente sintéticas. Sería el caso de las Constituciones francesa e italiana en las que, prácticamente con la misma dicción, se declara la irreformabilidad de la forma republicana de gobierno. Se trataría, en principio, de una limitación de carácter formal en cuanto restringe la posibilidad de introducir reformas en la

16. Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, cit., pág. 150, considera que estas cláusulas son superfluas puesto que, incluso en las Constituciones en las que no se recoge este supuesto sería impensable desarrollar una reforma en tales circunstancias.

17. En la Constitución portuguesa estos límites se denominan "límites circunstanciales", Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pág. 991 y ss.

18. Precepto incorporado a la Constitución mediante reforma en 1968. vid., Alen, A., (ed.), cit. pág. 264.

forma de gobierno, esto es, por decirlo en pocas palabras, establecería la imposibilidad de reestablecer la institución monárquica en estos países. Sin embargo, la interpretación de estos preceptos se ha visto ampliada de forma notable, incluyendo en su seno no sólo la interpretación textual sino el contenido material de lo que la doctrina entiende por forma republicana de gobierno<sup>19</sup>.

Las dudas sobre el contenido material de la cláusula de intangibilidad no aparecen en la Constitución de la República Checa que, también de una forma sintética aunque bastante más explícita, establece la inadmisibilidad de cualquier cambio en los atributos fundamentales de Chequia como un Estado democrático y de Derecho. El contenido material de la cláusula es claro: la irreformabilidad del núcleo fundamental de su Constitución concretizado éste en los conceptos de Estado democrático y Estado de Derecho. Abandona la Constitución checa cri-

19. Especial interés tiene la posición de la doctrina italiana en el asunto que no es, ni mucho menos, unánime. Así, algunos autores interpretan el artículo 139 de la Constitución italiana desde un punto de vista meramente literal entendiendo que cuando se hace referencia a la forma republicana de gobierno se está excluyendo la posibilidad de restaurar la monarquía. Vid., Volpe, G., "Comentario dell' articolo 139", en *Comentario della Costituzione*, vol. *Garanzie Costituzionali*, Bologna-Roma, Zanichelli - *Il Foro Italiano*, 1981, pág. 729 y ss., especialmente, pág. 745 y ss. Otro grupo de autores dan cabida en el concepto de forma republicana de gobierno a contenidos materiales que van desde el principio de soberanía popular y el carácter democrático de la República italiana (vid., Bin, R. e Pitruzzella, G., *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002, pág. 307) o la serie de principios supremos que pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la república italiana (vid. Grottanelli de' Santi, G., "I principi supremi come limite alla revisione costituzionale", en Ripepe, E., e Romboli, R., (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione*, Torino, Giappichelli, 1995, pág. 19) al complejo grupo enumerado por Piazza, M., *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, cit., pág. 29 y ss., que comprende el sistema democrático representativo, la forma de gobierno, la forma de Estado, los derechos de libertad civiles, el principio de igualdad, la Constitución económica y el Poder Judicial. La doctrina francesa también ha afrontado esta cuestión, en especial tras la Decisión del Consejo Constitucional francés núm. 2003-469, DC de 26 de marzo de 2003, en la que el Consejo se declaró incompetente para pronunciarse acerca de una ley constitucional relativa a la organización descentralizada de la República. Vid. Robert, J., "La forme républicaine du Gouvernement", *Revue du Droit Public*, núm. 2-2003, pág. 359 y ss. Este autor pone en relación el último párrafo del artículo 89 de la Constitución francesa con el artículo 1º para considerar inmodificables el carácter laico, indivisible, democrático y social de la República francesa junto con el principio del Gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo, compartiendo la interpretación extensiva de los recurrentes ante el Consejo Constitucional. El Gobierno francés, por su parte, defendía una interpretación restrictiva o textual compartida también por Schoettel, J. E., "Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle?", *Les petites affiches*, 8 avril 2003 (70), pág. 17 y ss, que considera que una interpretación extensiva conduce a petrificar prácticamente todo el bloque de constitucionalidad. Cfr. Favoreau, L., "L'injusticiabilité des lois constitutionnelles", *Revue française de droit administratif*, 2003 (4), pág. 792 y ss. y Canedo, M., "L'histoire d'une double occasion manquée", *Revue du Droit Public*, núm. 3-2003, pág. 767 y ss. Vid. también en referencia a esta decisión el especial que la *Revue du Droit Public* núm. 3-2003, en el apartado "Chroniques Constitutionnelles" dedica a esta cuestión y en el que se encuentra el artículo citado de Canedo, así como, Neframi, E., "Quelques réflexions sur les limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle en France", *Revue belge de droit constitutionnel*, 2003 (3), pág. 349 y ss.

terios esencialmente formales para definir su núcleo irreformable desde un punto de vista sustancial: la República Checa es (y será) un Estado democrático y de Derecho.

También tiene un contenido sustancial claro la cláusula de intangibilidad presente en la Ley Fundamental de Bonn, si bien esta cláusula es bastante más amplia e incluye igualmente algunos aspectos de organización estatal. Es el apartado tercero del artículo 79 de la Ley Fundamental alemana el que restringe las posibles modificaciones a su texto, distinguiendo esencialmente dos grupos de cuestiones.

Por un lado, desde el punto de vista orgánico, considera inadmisibles las modificaciones al articulado de la Ley Fundamental que afecten a la organización de la Federación en *Länder* y al principio de participación de los *Länder* en la legislación. Se excluye, de esta forma, la federalidad del Estado alemán de los posibles vaivenes constitucionales que pudieran acaecer.

Pero no es sólo el eje de la distribución territorial del poder lo que queda fuera de la posibilidad de ser reformado. En el mismo apartado se hace referencia a la imposibilidad de modificar los principios enunciados en los artículo 1 a 20 de la Ley Fundamental. Dos apreciaciones debemos hacer sobre esta mención.

En primer lugar, hemos de señalar que esta imposibilidad de modificar los principios no ha sido entendida como la inalterabilidad de la letra de estos artículos sino, únicamente, como la intangibilidad de los fundamentos últimos, del contenido esencial de estos preceptos<sup>20</sup>.

Los artículos del 1 al 20 recogen, por un lado -artículos 1 a 19- los derechos fundamentales y, por otro, -el artículo 20- los principios de Estado federal, democrático y social, de Estado de derecho y de soberanía popular, así como, el derecho de resistencia de los alemanes.

20. Denninger reproduce la línea argumentativa del Tribunal Constitucional alemán para concluir que estos principios proclamados entre los artículos 1 a 20 de la Constitución coincide con el orden fundamental libre y democrático, núcleo irreformable a proteger mediante la defensa de la Constitución que se configura como "la preservación de la apertura y libertad del proceso democrático de formación de opinión y voluntad, desde la formación de la voluntad popular en el seno de los partidos -y fuera de ellos- hasta la formación de la voluntad estatal en los tres poderes." Así pues, no se realiza una interpretación leguleya que impida cualquier modificación de estos artículos sino que se traza un núcleo básico y común a los mismos. De hecho, se han introducido ciertas reformas de algunos de los artículos pertenecientes a este grupo. Se han modificado los artículos 1.3, 3.2 y 3.3, 6, 9.3, 10, 11.2, 12, 12a, 13.3,

En resumen, el núcleo intangible de la Ley Fundamental alemana se identifica, por un lado, con la organización del Estado en Länder y el papel de éstos en el ejercicio del poder legislativo estatal y, por otro con la consideración de la República Federal de Alemania como un Estado federal, democrático, social y de Derecho, el principio de soberanía popular y el reconocimiento de la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos fundamentales, consagrados en el Título I de la Ley Fundamental alemana.

El contenido de las cláusulas de intangibilidad que nos quedan por analizar abandona cualquier atisbo de condensación para entrar en el carácter de enumeración exhaustiva y, más o menos extensa, de todos y cada uno de los artículos o apartados irreformables.

El primer ejemplo de ello lo tenemos en la Constitución griega. El artículo 110 de este Texto Fundamental<sup>21</sup> exceptúa de la revisión constitucional a las "disposiciones que determinen el fundamento y la forma del Régimen, como República Parlamentaria, así como las disposiciones del artículo 2, párrafo 1, artículo 4, párrafos 1, 4 y 7, artículo 5, párrafos 1 y 3, artículo 13, párrafo 1 y artículo 26."

La primera referencia del artículo 110 alude a una cuestión de organización política, pero dándole, a su vez, un contenido material. Esta norma impide la modificación del carácter de República Parlamentaria de Grecia, pero no sólo desde un punto de vista formal -como resultaría de la textualidad de otras cláusulas similares que ya hemos indicado (la de la Constitución francesa y la de la Constitución italiana)- sino que también, y para evitar cualquier tipo de interpretación limitativa, al fundamento material de este régimen político que, de acuerdo con el artículo 1.2 de la Constitución griega, se identificaría con la soberanía popular.

Junto con esta referencia conceptual, el artículo 110 enumera una serie de preceptos que resultan irreformables. Estos preceptos son el artículo 2.1, que eleva la protección de la dignidad humana a la categoría de obligación primordial del Estado; el artículo 4 en sus párrafos primero, que consagra la igualdad

16, 18 y 20a, mientras que se han añadido los artículos 13.4-7, 16a, 17a, 19.4, 20.4 y 20a. Vid. Denninger, E., "Democracia militante y defensa de la Constitución", en Benda, E., Maihofer, W., Vogel, J. J., Hesse, C., y Heyde, W., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP - Marcial Pons, 1996, pág. 445 y ss.

21. Sobre el contenido e interpretación de esta norma, cfr. *in extenso*, Pantelis, A. M., *Les grandes problèmes de la nouvelle Constitution Hellénique*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1979, pág. 205 y ss.

de los griegos ante la ley, cuarto, que determina la exclusividad en el acceso a las funciones públicas de los ciudadanos griegos, y séptimo, que prohíbe los títulos de nobleza o de distinción; el artículo 5 en sus párrafos primero, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y tercero, que declara la inviolabilidad de la libertad individual así como el principio de legalidad penal; el artículo 13.1, derecho a la libertad de creencias y a la igualdad de derechos entre individuos de distintas creencias; y el artículo 26, en el que se enumera el reparto de poderes según la trilogía clásica, legislativo, ejecutivo y judicial.

En síntesis, la Constitución griega en su artículo 110 enuncia una serie de cuestiones que considera inmodificables. La enumeración es bastante casuística, recogiendo tanto aspectos formales -división de poderes y forma de gobierno como República parlamentaria-, como aspectos materiales entre los que encontramos algunos relativos al fundamento del Estado -dignidad del individuo y soberanía popular-, a derechos fundamentales -igualdad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de creencias, principio de legalidad penal-, y prohibiciones -de títulos nobiliarios y de acceso a los no griegos a los cargos públicos-. Esta última prohibición, que podría ser especialmente trascendente a la hora de afrontar el proceso de integración europea se encuentra matizada en el propio artículo 4.4 al permitir la introducción por leyes especiales de excepciones a este artículo<sup>22</sup>.

El carácter casuístico también está presente en la cláusula de intangibilidad consagrada en el artículo 288 de la Constitución portuguesa<sup>23</sup>. En este artículo se reúnen catorce límites materiales a la revisión constitucional que podemos agrupar en:

- Límites relativos a la organización política del Estado: la independencia nacional y la unidad del Estado, la forma republicana de Gobierno, la separación de las Iglesias del Estado, la separación e interdependencia de los órganos de soberanía, el sistema de representación proporcional, el control de la constitucionalidad por acción o por omisión de las normas jurídicas y la independencia de los Tribunales.

22. Resulta especialmente curioso este apartado puesto que la Constitución griega imposibilita la revisión constitucional del mismo pero permite que sea vaciado de contenido mediante excepciones a través de leyes especiales. Sería un ejemplo nítido de cláusula de intangibilidad existente pero prácticamente ineficaz.

23. Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pág. 996 y ss., Sobre el proceso de redacción, el contenido y las críticas a este precepto -que antes de la reforma de 1989 era el 290-, vid. Miranda, J., *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, Tomo II, pág. 157 y ss.

- Límites relativos a la organización económica del Estado: la coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social en la propiedad de los medios de producción y la existencia de planes económicos en el ámbito de una economía mixta.

- Límites relativos a los derechos de los individuos y grupos en sus distintas manifestaciones: los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; el sufragio universal directo, secreto y periódico; y el pluralismo de expresión y organización política, incluyendo partidos políticos y el derecho de oposición democrática.

- Límites relativos a la organización territorial del Estado: la elección mediante sufragio universal de las regiones autónomas y del poder local, la autonomía de las entidades locales y la autonomía político-administrativa de los archipiélagos de las Azores y de Madeira.

Como podemos comprobar con la sola mención de los límites materiales consagrados en esta cláusula de intangibilidad, el artículo 288 crea un enorme núcleo de la Constitución en la que entran desde cuestiones fundamentales y comunes a otras cláusulas de intangibilidad -como la forma republicana de Gobierno y los derechos de los ciudadanos-, hasta cuestiones meramente políticas -como la coexistencia de sectores, la existencia de planes económicos o el sistema de representación proporcional-. El artículo 288 se convierte así en un cajón de sastre en el que cabe desde la unidad del Estado hasta el control de constitucionalidad por omisión.

Pero no es esta la cláusula de intangibilidad más extensa dentro del ámbito de los veinticinco Estados miembros de la UE. Ese honor lo tiene para sí la Constitución de Chipre. Bien es cierto que las circunstancias más que especiales de este Estado y de su proceso constituyente pueden explicar, en gran medida, la complejidad y particularidad de su artículo 182<sup>24</sup>. Este artículo, para definir los preceptos constitucionales irreformables, reenvía a aquellos definidos como básicos por el Anexo III a la Constitución. Este anexo blindo frente a la reforma un total de cuarenta y nueve artículos tanto total como parcialmente.

24. Debemos tener en cuenta la particular situación en la que se encuentra el proceso de reunificación de Chipre cerrado, de momento, con el "no" grecochipriota al Plan Annan el 21 de Abril de 2004. Nosotros hacemos referencia a la Constitución chipriota de 1960 que es la que permanece vigente -aunque de eficacia limitada por la vía fáctica- tras el mencionado rechazo. El texto lo tomamos de la versión inglesa que aparece en <http://www.kypros.org/Constitution/English/>.

No creemos que tenga mucho sentido mencionar los cuarenta y nueve artículos que se relacionan en el citado anexo, si bien cabe señalar, a modo de resumen, que la práctica totalidad se refiere a cuestiones relacionadas con la difícil organización del Estado, desde el reparto de los cargos de Presidente y Vicepresidente entre grecochipriotas y turcochipriotas -y su aplicación práctica- hasta la bandera y las lenguas oficiales. Resulta curioso que el único derecho individual que se considera inmodificable es el de obtener una indemnización ante la expropiación de un bien privado<sup>25</sup>.

Las cláusulas de intangibilidad se utilizaron, en este caso, como medio para asegurar un acuerdo precario entre las dos comunidades y este acuerdo saltó por los aires con el golpe de estado de 1974 y la consiguiente invasión turca.

### *3. A modo de conclusión*

Lo más adecuado que podemos afirmar como conclusión a este somero estudio es que del mismo derivamos pocas certezas. Es decir, el análisis de las cláusulas de intangibilidad en los Estados de la UE no nos sirve para deducir una lógica histórica, una tendencia a lo largo del tiempo a favor -o en contra- de la presencia de estas cláusulas en las Constituciones.

La opción por las cláusulas de intangibilidad es una opción político-constituyente. Esta opción ha sido ejercida -en lo que se refiere a cláusulas absolutas- por siete de los veinticinco estados que forman parte actualmente de la UE. Si observamos las fechas de promulgación de estas Constituciones no se sigue un criterio lógico claro, aunque si interpretamos estas fechas con una visión de conjunto podemos apuntar algunas corrientes.

La utilización de cláusulas de intangibilidad alcanzó un cierto auge tras el final de la Segunda Guerra Mundial. De hecho, las dos Constituciones promulgadas, en el ámbito territorial de estudio en el bienio 1948-1949 cuentan con cláusulas de intangibilidad.

Algo parecido ocurrió con el movimiento constitucional de los años setenta. Tanto Grecia (1975) como Portugal (1976) optaron por incluir en sus Constituciones cláusulas de intangibilidad, siendo además límites bastante amplios y detallados. La Constitución española de 1978 rompió con esta tendencia.

25. Artículo 23.4.

En sentido contrario, podemos indicar que la última gran ola de constitucionalización estatal en Europa que se hizo sentir en el final de los años ochenta y principios de los noventa entre los Estados de Europa oriental no tenía como uno de sus fundamentos la idea de los límites materiales expresos a la reforma constitucional. Así, de este período, sólo la Constitución checa (1993) cuenta con una cláusula de intangibilidad mientras que las Constituciones húngara (1989), lituana (1992), polaca (1997), eslovaca (1992) o estonia (1992), prescinden de este tipo de cláusulas.

Desde el punto de vista material, la conclusión es bastante más clara. Las cláusulas de intangibilidad se dirigen, en su mayoría, a la defensa de la soberanía popular, la democracia y el Estado de derecho. Incluso en aquellas Constituciones, como la italiana o la francesa, en la que la cláusula de intangibilidad no recoge estos conceptos la interpretación dominante lleva a incluirlos en el ámbito de la forma republicana de Gobierno.

Junto a estos conceptos fundamentales se añaden otros aspectos considerados especialmente importantes por los respectivos constituyentes que hacen referencia a cuestiones de organización territorial del poder -Estado federal en Alemania, autonomía local y regional en Portugal, organización intercomunitaria en Chipre-, de derechos fundamentales -Alemania, Portugal y, en menor medida, Grecia-, o a otras materias muy diversas en las amplias cláusulas de intangibilidad de las Constituciones griega, portuguesa y la chipriota.



# ¿REFORMAR PARA PETRIFICAR? LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 1976 EN JUNIO DE 2002<sup>1</sup>

*Antonio-Filiu Franco Pérez*  
*Profesor Asociado de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Oviedo*

## SUMARIO

- 1. Introducción.*
- 2. La concepción material que impregna la Constitución cubana de 1976.*
- 3. Las reformas de la Constitución cubana de 1976.*
- 4. El momento petrificante: la reforma constitucional de junio de 2002.*

1. Este artículo tiene su origen en una comunicación inicialmente presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Sevilla en diciembre de 2003, y que, con algunas modificaciones, fue también presentada al Seminario de Profesores de Derecho Constitucional: La Reforma Constitucional, celebrado en Toledo en junio de 2004. Agradezco a los profesores Joaquín Varela y Benito Aláez las agudas observaciones que tuvieron la amabilidad de hacerme a raíz de leer estas líneas, que he tratado de reflejar en las siguientes páginas. Asimismo debo agradecer al profesor Leonardo Álvarez el impulso moral y las múltiples ideas sugeridas en el proceso de elaboración de este trabajo.

## 1. Introducción

Hoy por hoy, el régimen dictatorial que rige en Cuba condiciona de manera ineluctable que el tema de la reforma constitucional sea un problema singularmente escabroso para ser estudiado desde una perspectiva estrictamente jurídica por los constitucionalistas que viven y profesan en la Isla, bien por comprensibles razones de supervivencia política en no pocos casos, o bien por convicción ideológica en otros. En cualquier caso, sea por una u otra razón, es ésta, a nuestro juicio, la causa fundamental de que dicho tema se haya enfocado desde una perspectiva especialmente política, y no jurídica, en el contexto académico insular<sup>2</sup>, amén de condicionar la escasez de trabajos que aborden tan espinoso tema en dicho contexto<sup>3</sup>.

Así las cosas, no resulta baladí intentar diseccionar el proceso de reforma de la Constitución cubana de 1976 en junio de 2002 utilizando el instrumental de análisis que nos ofrece la ciencia del Derecho, esto es, enfocando el problema a través de un prisma esencialmente jurídico y, consecuentemente, tomando como referencia para este estudio el ordenamiento jurídico cubano, entendido como un sistema jurídico. De ahí que el objeto de nuestro estudio únicamente pueda enfocarse desde una perspectiva jurídica si ello se hace a través del análisis normativo de la estructura del ordenamiento jurídico configurado en Cuba a raíz del triunfo de la Revolución de 1959<sup>4</sup>. De este modo, pues, el presente estudio se

2. Botón de muestra de este enfoque es el modo que se indica a los estudiantes de la asignatura "Derecho Constitucional cubano" (del Plan de Estudios actualmente vigente para la Licenciatura en Derecho que se cursa en la Universidad de La Habana) para el estudio de la Reforma constitucional de 2002, a cuyo respecto dichos alumnos deben "tener en cuenta la Reforma de 2002 en cuanto petición de las organizaciones de masas, apoyo popular plebiscitario de la solicitud (no Referendo, tampoco Plebiscito, tampoco fue votación: fue legitimación a las organizaciones para realizar esa petición a nombre del pueblo). La Asamblea Nacional aceptó dicha petición, se redactó el Proyecto de Ley, se le hizo Dictamen de constitucionalidad, y la aprobó la Asamblea Nacional en votación nominal de más de las dos terceras partes de los Diputados. Fue una modificación para reafirmar contenidos ya existentes, no para suprimir." Cfr. Prieto Valdés, Martha, "Indicaciones metodológicas para el estudio del Derecho Constitucional cubano. Curso regular", pág. 3; en *Artículos*, <http://lex.uh.cu/Dptos/jb/constCubano/default.htm>. Como puede observarse, los alumnos que cursan la asignatura en cuestión deben apreciar la reforma constitucional que nos ocupa haciendo abstracción del cauce jurídico-constitucional previsto por el Poder constituyente-constituido regulado por la Constitución cubana de 1976, esto es, la Norma constitucional que fundamenta la validez jurídica de cualquier reforma (total o parcial) que hasta ese momento hubiera podido hacerse al texto de 1976.

3. A pesar de haber realizado una búsqueda bastante exhaustiva sobre este particular, lamentablemente sólo hemos podido tener conocimiento de la existencia de los siguientes trabajos de constitucionalistas cubanos que viven y profesan en Cuba: Prieto Valdés, Martha, *La reforma a la Constitución cubana de 1976*; y, *Defensa de la Constitución y reforma*, (trabajos pendientes de publicación, por referencia de la autora).

4. Decisión que nos conduce a distanciarnos de la postura -sólidamente argumentada por demás- del

centrará en el análisis de normas jurídicas en cuanto tales, si bien para la mejor comprensión del problema que nos ocupa se pueda hacer referencia a elementos fáctico-políticos condicionantes de la voluntad normativa positivizada.

La reforma constitucional que aquí nos ocupa ha sido el resultado (nunca reconocido por el Gobierno cubano) del desafío político y constitucional que en su día significó la presentación formal ante el Parlamento de la Isla de una iniciativa legislativa popular -respaldada por más de 11.000 firmas de electores cubanos- solicitando la realización de un referendo consultivo sobre cinco cuestiones consideradas clave por los autores del denominado Proyecto Varela<sup>5</sup>. Así, por más que salta a la vista la relación causa-efecto entre la presentación formal del Proyecto Varela ante la Asamblea Nacional del Poder Popular y la reforma constitucional de 2002, causa perplejidad que la Ley de reforma constitucional de 26 de junio de 2002 fundamente -como más adelante se verá- el motivo principal para realizar dicha reforma en un discurso pronunciado por el presidente George W. Bush con motivo de la celebración del centenario de la República de Cuba, pretendiendo ignorar con este proceder la voluntad de cambio político de una parte, no precisamente insignificante, del electorado cubano.

De esta manera insólita, pues, el actual régimen cubano ha dado una respuesta totalmente desproporcionada a una iniciativa popular que hizo chirriar los goznes del sistema constitucional de la Gran Antilla, poniendo de manifiesto su incontestable debilidad (más que su declarada solidez), a causa precisamente de su extrema rigidez, cuando llega a alcanzar el poco práctico -y peligroso- punto de no retorno de la petrificación constitucional. Sobre las particularidades observadas en tan discutible proceso versará este trabajo.

## ***2. La concepción material que impregna la Constitución cubana de 1976***

Un rasgo destacable de las concepciones materiales de Constitución es el de tratar a dicho concepto considerándolo de forma no autónoma respecto de otros

profesor Javier Pérez Royo cuando afirma que la perspectiva jurídica "no es la única y ni siquiera la más importante de las que tienen que ser tomadas en consideración a la hora de estudiar la reforma de la Constitución. A diferencia de lo que ocurre con la justicia constitucional, en la que la perspectiva jurídica es la dominante y la política la secundaria, en la reforma ocurre lo contrario: la perspectiva política es más importante que la jurídica." Cfr. de este autor "Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, págs. 215-235 (la cita en pág. 216).

5. Sobre el contenido de este Proyecto, elaborado por el disidente cubano Oswaldo Payá y otros miembros del Movimiento Cristiano de Liberación (no reconocido legalmente en Cuba), se volverá más adelante.

ámbitos sociales diferentes al jurídico (verbigracia, el político, el moral, etc.), de modo que esa falta de autonomía funcional y estructural se convierte en un postulado científico-jurídico básico de dichas concepciones, al punto de que, como acertadamente apunta el profesor Aláez Corral, "la estabilidad social se hace dependiente de una interrelación no sólo material sino también estructural entre Realidad y Derecho/Moral y Derecho, que predetermina causalmente el contenido de las normas constitucionales en general, y de las normas sobre reforma constitucional en particular"<sup>6</sup>. Así, pues, dichas concepciones fundamentan la existencia de limitaciones materiales a la dinámica normativa constitucional a partir de la incidencia en el ordenamiento jurídico de elementos fáctico-políticos, o bien morales, que, de no estar expresamente positivizados por la Constitución, tácitamente habría que suponerlos como parte de la voluntad de dicha norma, en tanto y en cuanto resultan ínsitos al concepto de Constitución.

Esto es, quienes asumen estas concepciones pueden llegar al extremo de convertir a la realidad política en el contenido de la norma constitucional, con lo que fácilmente pueden perder de vista en lo que consiste el punto de partida de la ciencia del Derecho: la distinción entre el ser y el deber ser como dos campos diferentes de la realidad, y que dicha ciencia se ocupa específicamente del deber ser, siendo su objeto las normas jurídicas y las realidades cualificadas como jurídicas por dichas normas<sup>7</sup>. O dicho de otra forma, la ciencia del Derecho es, en general, contraria a la concepción teleológica que concibe a la Constitución como norma jurídica de contenido político, *sensu* contrario a la postura que propugnan las teorías materiales de Constitución, que pretenden incorporar fines, externos al sistema jurídico, como elementos determinantes del concepto de Constitución, lo que en cualquier caso desvirtúa la juridicidad del concepto en cuestión<sup>8</sup>.

Las concepciones materiales antes referidas hunden sus raíces en los mismos orígenes del concepto de Constitución, en tanto instrumento del sistema político que tenía la finalidad de poner límites al poder absoluto del monarca y, a través de la escisión de dicho poder, garantizar un espacio de libertad para la incipiente clase burguesa<sup>9</sup>. Así, pues, el concepto de Constitución, en tanto cristalización

6. Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, CEPC/BOE, Madrid, 2000, ág. XXIX.

7. Sobre esta distinción esencial para la ciencia del Derecho vid., por todos, Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, (Trad. del alemán por Luis Legaz Lacambra), Editora Nacional, México DF, 1979, págs. 23-24.

8. En este sentido vid., Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, op. cit., pág. 13.

9. Grimm, D., citado en *Ibidem*, pág. 59.

conceptual del constitucionalismo como movimiento político-jurídico, eclosiona sobre unos fundamentos materiales en el marco de la teoría política del Estado, adoleciendo de la falta de un tratamiento metodológico estrictamente jurídico, lo que ponía de relieve, a su vez, la falta de diferenciación entre el Derecho y la Política, problema éste que se intentó resolver de dos maneras bien distintas: la primera, a través de la construcción de los conceptos de Derecho y Constitución desde la estricta perspectiva de la ciencia jurídica, dejando al margen los enfoques políticos de dichos fenómenos; y, la segunda, a través de la introducción de elementos políticos y axiológicos en la definición científico-jurídica del Derecho y de la Constitución, postura doctrinal ésta con la que se mantiene la confusión de los ámbitos político y jurídico, condicionando, a su vez, la materialización del concepto de Constitución, al reconducir su normatividad a unos determinados contenidos materiales<sup>10</sup>.

De esta manera, pues, cristalizan dentro de la Ciencia del Derecho Público las teorías materiales de Constitución, cuyo enfoque metodológico se apoya en el contenido material del Derecho, de modo que, como bien destaca el profesor Aláez Corral, "la Constitución deja de ser válida por ser la positivación jurídica del poder del Estado, y pasará a serlo por ser la positivación de determinados principios valorativos que se consideran inherentes a la misma"<sup>11</sup>. Así las cosas, ven la luz diferentes concepciones materiales de Constitución que tienen como rasgo común la politización de su función a partir de su objeto político, entre las que sin dudas destacan las elaboradas por C. Schmitt, R. Smend, H. Heller, M. Hauriou, S. Romano; y, C. Mortati. La referida materialización del objeto y función de la Constitución que resulta común en estas teorías ineluctablemente conduce a que las mismas se desarrollen desde posiciones metodológicas diversas, que impiden enfocarlas analíticamente como una unidad, de ahí que en el presente trabajo nos limitemos únicamente a dar cuenta de su existencia<sup>12</sup>, destacando sólo la que, a nuestro juicio, ha podido tener un mayor influjo sobre el objeto de este estudio.

10. Sobre este particular resulta especialmente ilustrativa la citada obra del profesor Aláez Corral, *Ibidem*, págs. 59-61.

11. *Ibidem*, pág. 61.

12. Análisis de las citadas posturas teóricas pueden consultarse, no obstante, en García-Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1991, pág. 81 y ss.; y en Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, op. cit., pág. 61 y ss. Esta última obra citada tiene el mérito añadido de diseccionar las concepciones materiales de Constitución desde la propia lógica interna de cada una de ellas, lo que pone al descubierto sus puntos débiles con mayor evidencia, en tanto y en cuanto el autor pone de relieve que pretenden dotar a sus respectivas construcciones teóricas de un valor jurídico del que carecen.

Aunque hoy por hoy no puede asegurarse categóricamente el influjo directo de una u otra de las anteriormente mencionadas teorías materiales de Constitución sobre los fundamentos doctrinales que impregnan la Constitución cubana de 1976, no es menos cierto que dicho influjo doctrinal pudo tener lugar de forma indirecta a través de la teoría soviética del Estado que hasta el momento prevalece en Cuba<sup>13</sup>. Es característica de la concepción de Constitución que en dicha teoría se articula asumir que la estructura política real de un pueblo no es el resultado de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, de manera que si la normatividad en cuestión pretende tener eficacia ha de expresar, y sistematizar, la realidad social subyacente. Dicha concepción lleva implícita la escisión del concepto de Constitución en dos partes, toda vez que distingue entre una Constitución real (material), y una Constitución jurídica (formal), que tendrá mayor eficacia cuanto más congruencia tenga con la primera<sup>14</sup>. Esta concepción se afirma como reacción contra el Estado liberal-burgués, habida cuenta de que ataca a las teorías racional-normativas de Constitución que considera son su fundamento doctrinal, de ahí que frente a la libertad y la igualdad propugnadas por las Constituciones liberales burguesas opongan una realidad social de naturaleza diferente y antagónica, pretendiendo denunciar con ello el carácter ideológico-clasista del constitucionalismo liberal-burgués<sup>15</sup>.

No obstante, a nuestro juicio, detrás de este andamiaje teórico soviético asimilado en Cuba parece que subyace la construcción teórica de Costantino

13. Botón de muestra del grado de recepción de la teoría soviética del Estado en Cuba es la obra de Fernández Bulté, Julio et al., *Manual de Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989, *passim*.

14. Ejemplo fehaciente de la recepción de la referida concepción de Constitución en Cuba es la postura teórica que asume la profesora Martha Prieto Valdés (Universidad de La Habana), cuando escribe: "(...), es atinado tener presente que una Constitución, sus contenidos básicos, así como los caracteres de sus normas, son el resultado de la voluntad constituyente, no como noción filosófica, no como abstracción, sino como expresión de las fuerzas políticas prevalecientes en una sociedad en un momento histórico determinado, en circunstancias concretas políticas, socioeconómicas y culturales. Una Constitución es resultado también de una tradición jurídica y política, de las doctrinas e ideas políticas de las fuerzas prevalecientes acerca de lo necesario o no para reafirmarse en el poder, cómo hacerlo y contra quién hacerlo; lo es también de nociones iusfilosóficas acerca de lo justo o lo injusto, de la equidad, la igualdad y del valor y la utilidad que se le reconozcan al Derecho en general. (...) Una Constitución no tiene que ser valorada sólo desde el ámbito normativo, sino también ha de tenerse conciencia de que ella expresa el resultado de cosas hasta el momento en que se dicta, lo que supone ser un programa con pautas de acción y, además, el punto de partida para el desarrollo". Cfr. de la referida autora, "Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución" pág. 3; en *Artículos*, <http://lex.uh.cu/Dptos/jb/constCubano/default.htm>.

15. Así puede apreciarse en Duharte Díaz, Emilio, "El Sistema político cubano", pág. 2; en *Artículos*, <http://lex.uh.cu/Dptos/jb/constCubano/default.htm>.

Mortati<sup>16</sup>, aunque dicho influjo no se reconoce expresamente en obra alguna de las que para la elaboración del presente estudio se han podido consultar. Así, para Mortati la Constitución material resulta la fuente de validez de la Constitución formal, de ahí que del contenido de la primera emanen los límites materiales que, sin necesidad de ser positivizados, condicionan la validez de las modificaciones en la Constitución formal. Y esto es así en tanto que Mortati parte de la consideración de que un grupo social se convierte en una entidad jurídica (la institución del Estado moderno) cuando en él tiene lugar una unidad consciente en el comportamiento de sus miembros para la consecución de un fin considerado necesario por el grupo. De ahí que el Derecho y la Constitución consistan tanto en el fin en torno al cual se constituye el grupo en cuestión, como en el conjunto de actividades sucesivas dirigidas a alcanzarlo<sup>17</sup>.

Desde esta perspectiva, pues, como bien destaca el profesor Aláez Corral, la Constitución material tiene por contenido tanto el fin político concreto que opera como elemento unificador del grupo social, como las situaciones y relaciones fácticas dirigidas a realizar dicho fin<sup>18</sup>, de ahí que para que una Constitución pueda dotar de la necesaria estabilidad al sistema social, deba tener un contenido determinado<sup>19</sup>, no pudiendo, en consecuencia, quedar reducida a una mera Constitución formal. De esta manera, el fin y las acciones que conducen a su realización se convierten en la fuente de toda la normatividad del Ordenamiento, en tanto y en cuanto resultan el rasero para medir los actos de los órganos constituidos por la Constitución formal.

Es ésta la razón por la que Mortati considera que, "*questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzî dagli altri, in quanto riesca, trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della*

16. Cfr. Mortati, Costantino, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940. Un excelente análisis de la concepción material de Constitución de Mortati puede consultarse en Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, op. cit., pág. 87 y ss.

17. Al respecto expresa Mortati: "*In via generale, può dirsi solo che un gruppo sociale diviene entità giuridica quando si attui in esso un'unità nei comportamenti dei singoli partecipanti pel consapevole raggiungimento di un fine, posto come necessario al gruppo stesso. Diritto, come principio regolativo di rapporti sociali, è tanto il costituirsi del gruppo intorno al fine, quanto il complesso delle attività successive dirette a realizzarlo*". Cfr. Mortati, Costantino, *La Costituzione in senso materiale*, op. cit., pág. 65, núm. 1.

18. Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, op. cit., pág. 89.

19. Cfr. Mortati, Costantino, *La Costituzione in senso materiale*, op. cit., pág. 65 y ss.

20. *Ibidem*, pág. 76.

*costituzione originaria, fondamentale*<sup>20</sup>; o lo que es lo mismo, la fuerza política dominante en una sociedad determinada, en tanto directora del proceso político-jurídico que permite la precisión y realización del fin en que consiste la Constitución es, por dicha razón, la portadora del poder constituyente en su sentido originario. No obstante, dicho poder no debe entenderse como un poder fáctico, sino como un poder que, por su objeto (la Constitución material), es jurídico, fundiéndose en dicha norma desde que la misma es establecida. Desde este momento, el fin político concreto con carácter normativo en que consiste la Constitución material resulta vinculante de cara a cualquier actuación posterior, lo que excluye que pueda ser sustituida por otra de diferente contenido<sup>21</sup>.

Así las cosas, desde esta perspectiva la Constitución formal cumple una función meramente instrumental en relación con la Constitución material, en tanto que la primera es un medio que utiliza la fuerza política dominante para realizar el fin en que parcialmente consiste la segunda; de este modo, pues, la Constitución formal dota de estabilidad, y ofrece garantías, a los intereses y valores plasmados en cada momento por la fuerza política dominante en el fin político concreto que constituye el núcleo unificador del Estado, de ahí que entre una y otra norma se establezca una interdependencia sobre la base de una relación de jerarquía, lo que a su vez supone que la validez del Ordenamiento no puede deducirse de la mera legalidad formal, sino que en todo caso dicha legalidad está indisolublemente ligada al orden social que le ofrece legitimidad (la Constitución material). Dicho orden será el que permita otorgarle la necesaria positividad para su validez<sup>22</sup>. Es ésta, pues, en apretada síntesis, la concepción teórica propugnada por Costantino Mortati que, como se ha adelantado, a nuestro juicio impregna la Constitución cubana de 1976. Veámoslo.

Durante los primeros diecisiete años de la instauración del autodenominado "Gobierno revolucionario" en Cuba, la norma jurídica que articuló el ejercicio del poder "revolucionario" fue la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959<sup>23</sup>, en

21. Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, op. cit., pág. 90.

22. *Ibidem*, págs. 91-92.

23. Resulta significativo el breve preámbulo de esta norma, toda vez que en él puede apreciarse cómo el denominado "Gobierno revolucionario" se arroga la función de supremo intérprete de la voluntad popular, y en esa virtud asume el poder constituyente en un sentido originario del término. Así, expresaba el referido preámbulo de la Ley Fundamental de 1959: "El Gobierno Revolucionario, cumpliendo sus deberes con el pueblo de Cuba, interpretando la voluntad y el sentir del mismo y ante la necesidad inaplazable de acordar y viabilizar la legislación adecuada para hacer posible la realización de los hechos que impone la Revolución, haciendo uso de los plenos poderes de que está investido, acuerda por unanimidad aprobar, sancionar y promulgar la siguiente Ley Fundamental de la República".

cuya virtud el Poder Legislativo y el de reforma constitucional se concentraban en un órgano que formaba parte del Ejecutivo: el Consejo de Ministros<sup>24</sup>. Así, pues, la referida norma fundamental -que no era otra cosa que una apresurada adecuación del texto de la Constitución de 1940 a los intereses específicos de la fuerza político-militar triunfante en la Revolución de enero de 1959 (el Ejército Rebelde), liderada por Fidel Castro- no significó en la práctica otra cosa que el medio utilizado por el Alto Mando del Ejército Rebelde para otorgarle forma de normas estatales a las que había dictado durante la etapa insurreccional<sup>25</sup>, a la vez que ajustaba a la medida de sus intereses los órganos e instituciones constituidos por la Constitución de 1940, si bien con esta operación desvirtuaba el equilibrio de poderes articulado en dicha norma constitucional.

Y no está de más significar que esta pretendida restauración de la Constitución de 1940 (que no pasó de ser una maniobra político-jurídica para

24. Así, el Art. 135 de la referida Ley Fundamental de 1959 disponía que "para el ejercicio del Poder Ejecutivo el Presidente de la República estará asistido de un Consejo de Ministros, integrado por el número de miembros que determine la ley. Uno de estos Ministros tendrá la categoría de primer Ministro por designación del Presidente de la República y podrá desempeñar el cargo con o sin cartera". Por su parte, el art. 119 de la misma norma disponía que el Poder Legislativo sería ejercido por el Consejo de Ministros, órgano que tenía entre sus facultades no delegables (art. 121) las propias de un Parlamento moderno, entre las que destacaban las siguientes: "a) Formar los códigos y las leyes de carácter general; determinar el régimen de las elecciones; dictar las disposiciones relativas a la administración general, la provincial y la municipal, y acordar las demás leyes y resoluciones que estimaren convenientes sobre cualesquiera otros asuntos de interés público o que sean necesarios para la efectividad de esta Ley Fundamental; b) Establecer las contribuciones e impuestos de carácter nacional que sean necesarios para las atenciones del Estado; c) Discutir y aprobar los presupuestos de gastos, inversiones e ingresos del Estado; k) Conceder amnistías de acuerdo con esta Ley Fundamental; l) Fijar el cuerpo de las fuerzas armadas y acordar su organización; m) Declarar la guerra y aprobar los tratados de paz que el Presidente de la República haya negociado; y, n) Acordar todas las leyes que dispone esta Ley Fundamental y las que desenvuelven los principios contenidos en sus normas". Por último, no debe pasarse por alto que en virtud de lo que disponía el art. 232 el Consejo de Ministros también era titular del Poder constituyente constituido, en tanto y en cuanto dicho artículo preceptuaba que la referida Ley Fundamental podría reformarse "por el Consejo de Ministros, en votación nominal, con la conformidad de las dos terceras partes de sus componentes, ratificadas en igual votación en tres sesiones sucesivas, y con la aprobación del Presidente de la República."

25. En este sentido la disposición transitoria adicional primera de la citada Ley Fundamental de 1959 disponía que "todas las disposiciones legales y reglamentarias penales, civiles y administrativas, promulgadas por el Alto Mando del Ejército Rebelde durante el desarrollo de la lucha armada contra la tiranía derrocada el 31 de diciembre de 1958, continuarán en vigor en todo el territorio de la Nación hasta que se instaure el Gobierno de elección popular, salvo modificación o derogación posteriores". Por otra parte la fuerza político-militar triunfante se aseguraba de la incorporación al ordenamiento jurídico cubano de las normas que había dictado en la etapa insurgente, al disponer su publicación oficial en virtud de la disposición transitoria adicional segunda de la Ley Fundamental que nos ocupa; así, disponía el referido precepto: "Para su más amplio conocimiento se dispone la publicación en la Gaceta Oficial de la República de todas las disposiciones legales y reglamentarias promulgadas en el territorio libre por el Alto Mando del Ejército Rebelde durante el desarrollo de la lucha armada."

intentar dotar de legitimidad constitucional a un régimen de facto) tuvo lugar a pesar de que en 1953 el núcleo germinal de la ahora fuerza política dominante proclamase "ante el honor y la vergüenza del pueblo" que la Revolución declaraba "su respeto absoluto y reverente por la Constitución que se dio al pueblo en 1940", y en consecuencia la restablecería como "código oficial"<sup>26</sup>. Tanto era el "respeto reverencial" a dicha norma que la ajustaron en el lecho de Procusto de la "Revolución", adaptando su texto a sus intereses como fuerza política dominante, ignorando absolutamente su "núcleo constitucional": las normas reguladoras de los procedimientos de reforma, con lo cual se producía una auténtica ruptura constitucional, aunque se declarase pretender su restablecimiento. O dicho sin ironía, la pretendida restauración de la Constitución de 1940 constituyó un acto de "ruptura constitucional" por infracción del procedimiento de reforma constitucional previsto en la referida norma de 1940 para incorporarle nuevos contenidos normativos al texto constitucional.

En fin, que la Ley Fundamental de 1959 cumplió la función instrumental de instituir una estructura estatal, y un ordenamiento jurídico, (Constitución en sentido material) a la medida de los intereses de la fuerza político-militar que en virtud de una situación fáctica (la Revolución de enero de 1959) había devenido en fuerza política dominante en el contexto de la sociedad cubana. A partir de aquí, y durante diecisiete años de precaria (y discutible) constitucionalidad<sup>27</sup>, dicha fuerza política maduraría el fin político concreto en torno al cual se unificaría el Estado cubano: la edificación de la sociedad comunista.

26. Cfr. "Manifiesto del Moncada a la Nación, de 23 de julio de 1953", en [http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/1976/1976\\_monca.htm](http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/1976/1976_monca.htm)

27. Esta etapa se caracterizó, desde la perspectiva jurídico-constitucional, por la elaboración de un conjunto de normas jurídicas y declaraciones políticas a las que el Consejo de Ministros les otorgó rango constitucional, adicionándolas sucesivamente, en consecuencia, a la Ley Fundamental de 1959. Dichas adiciones fueron las siguientes: Ley de reforma agraria, de 17 de mayo de 1959; Ley 851 de 6 de julio de 1960, de nacionalización de las empresas norteamericanas que operaban en Cuba; la Declaración de La Habana de 2 de septiembre de 1960; las Leyes de nacionalización 890 y 891, ambas de 13 de octubre de 1960; Ley de reforma urbana, de 14 de octubre de 1960; Ley de nacionalización de la enseñanza, de 6 de junio de 1961; y, por último, la denominada Segunda Ley de reforma agraria, de 3 de octubre de 1963. De esta manera, pues, se pretendió configurar en Cuba una norma constitucional de aluvión, carente de unidad documental y de la necesaria diferenciación de la forma jurídica "Constitución" de las restantes normas jurídico-positivas del ordenamiento "revolucionario", situación ésta que impide otorgarle una auténtica supremacía jurídica a la forma "Ley Fundamental" entendida como "Constitución", como pretenden algunos apologistas del actual régimen cubano, verbigracia, Vega Vega, Juan, *Cuba: su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*, Endymion, Madrid, 1997, pág. 136. Por otra parte, un comentario descriptivo, aunque también apologético, de las citadas adiciones a la Ley Fundamental de 1959 puede consultarse en *Idem.*, págs. 97-136.

En 1974, por Acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró Político del Partido Comunista de Cuba, de 22 de octubre, se constituye una Comisión mixta (del Partido y del Gobierno) con el encargo de redactar el Anteproyecto de Constitución<sup>28</sup>. Dicha Comisión, integrada por veinte miembros nombrados en el anteriormente referido "Acuerdo", debería tener en cuenta para realizar el trabajo encomendado la siguiente indicación esencial del Partido Comunista y del Gobierno "revolucionario": "que el anteproyecto debe basarse en la realidad económico-social instaurada por la Revolución, y servir a su consolidación y desarrollo"; debía tener en cuenta asimismo "las experiencias de quince años de Poder Revolucionario, los pasos dados últimamente en el proceso de perfeccionamiento del aparato estatal, las experiencias de los países que marchan por la vía del socialismo y el comunismo, las tradiciones progresistas y revolucionarias de nuestro pueblo y fundamentarse en los sólidos principios del marxismo-leninismo. Debe ser, pues, un Anteproyecto de Constitución Socialista"<sup>29</sup>.

De la misma manera, en los ordinales séptimo, octavo, noveno y décimo del "Acuerdo", el Consejo de Ministros y el Buró Político del Partido Comunista de Cuba indicaban expresamente a la Comisión redactora del Anteproyecto un conjunto de elementos políticos y axiológicos que deberían ser igual y estrictamente observados en la redacción, entre los que pueden destacarse los siguientes:

- Consignar la base política de la sociedad cubana: el pueblo como dueño del poder, la alianza obrero-campesina bajo la dirección de la clase obrera como fundamento del poder estatal; el Partido Comunista, vanguardia organizada de la clase obrera, como fuerza dirigente superior de toda la sociedad.

- Definir la base económica del régimen socialista cubano, constituida por la propiedad socialista sobre los medios e instrumentos de producción.

- Consignar el principio que rige la distribución en la sociedad socialista según el trabajo de cada uno, planteado por Marx en la Crítica del Programa de Gotha.

- Consignar que la Constitución socialista cubana sería la expresión condensada de la voluntad de la clase obrera y de todo el pueblo trabajador.

28. Cfr. "Acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró Político del Partido Comunista de Cuba, de 22 de octubre de 1974", *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria núm. 13, de 23 de octubre de 1974. El citado "Acuerdo" también puede consultarse en, [http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/1976/1976\\_genesis.htm](http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/1976/1976_genesis.htm)

29. *Ibidem*, acuerdo sexto. La cursiva es nuestra.

- Consignar que la Constitución socialista cubana parte del principio de que en Cuba existe un solo poder: el poder revolucionario de los trabajadores.

- Consignar que sólo en el socialismo puede darse el culto a la dignidad plena del hombre<sup>30</sup>.

Así, pues, puede apreciarse cómo en estas bases genésicas de la Constitución cubana de 1976 se articulan ya los elementos esenciales de la construcción teórica de Mortati, a saber: A) la fuerza política dominante en el seno de la sociedad cubana (aglutinada en el Partido Comunista en tanto vanguardia organizada de la clase obrera y fuerza dirigente superior de toda la sociedad) determina el fin político concreto que opera como elemento unificador de dicho grupo social: consolidar y desarrollar "la Revolución", fundamento material de la edificación de la sociedad comunista en Cuba; y, B) por la razón anterior la referida fuerza política dominante es la portadora del poder constituyente originario, de ahí que la Constitución cubana de 1976 se elaborase a partir de las bases políticas y axiológicas recogidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros y del Buró Político del Partido Comunista de Cuba, de 22 de octubre de 1974, y no de las normas reguladoras del procedimiento de reforma previsto en la entonces vigente Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959<sup>31</sup>, amén de que la elaboración del texto constitucional no fue el resultado de la labor de una auténtica Asamblea constituyente ni, incluso, de una Asamblea legislativa con funciones constituyentes, esto es, un órgano representativo de carácter electivo, o lo que es lo mismo, un órgano dotado de legitimidad democrática en virtud de haberse constituido por elección popular, sino, que por el contrario, fue el resultado de la labor de un órgano ad hoc designado y comisionado por el Partido Comunista de Cuba y el Gobierno "revolucionario" para el ejercicio de funciones constituyentes, aunque también dicho órgano puede considerarse como de simple ejecución de los mandatos de la fuerza política dominante, habida cuenta de las expresas indicaciones que recibió al respecto.

30. *Ibidem*, acuerdos séptimo, octavo, noveno y décimo.

31. No se pierda de vista que el art. 232 de la Ley Fundamental de 1959 disponía que el Consejo de Ministros era el órgano con potestad para reformar dicha norma fundamental (*ut supra* núm. 24), en tanto que el art. 233 preveía que dicha reforma podía ser "específica, parcial o íntegra"; o lo que es lo mismo, en virtud de lo dispuesto en los anteriores preceptos, la elaboración de la Constitución cubana de 1976 podía haberse fundamentado jurídicamente como una reforma total de la Ley Fundamental de 1959, si bien se elaboró como una Constitución nueva y desconectada de la citada Ley Fundamental, en tanto resultado del poder constituyente en un sentido originario, no constituido por la Ley Fundamental en cuestión.

Una vez elaborado el Anteproyecto de Constitución por la Comisión redactora ad hoc, el mismo fue objeto de discusión formal en asambleas populares, sin que dichos debates supusiesen la más mínima alteración del fondo del texto del Anteproyecto, que fue aprobado más adelante por Resolución del Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba, y en la que se recomendaba su publicación oficial como Proyecto de Constitución para ser sometido a referendo constitucional<sup>32</sup>. No obstante, esta declaración política cobró forma jurídica a través del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de diciembre de 1975, en el que se disponía la publicación en la Gaceta Oficial de los Proyectos de Constitución y de Ley de Tránsito Constitucional, así como la celebración del Referendo<sup>33</sup>.

Celebrado el referendo el 15 de febrero de 1976, la Constitución y la Ley de Tránsito Constitucional resultaron aprobadas por el 97,7% de los votantes, de un total de 5.717.266 electores registrados<sup>34</sup>, lo que fue ratificado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1976<sup>35</sup>, siendo finalmente publicadas dichas normas en la Gaceta Oficial de la República de Cuba de 24 de febrero del mismo año<sup>36</sup>. Así pues, la fuerza política dominante en la sociedad cubana se había dotado a través del proceso político-jurídico anteriormente descrito de una Constitución formal, con la declarada pretensión de ofrecer estabilidad y garantía a los valores e intereses específicos que propugnaba, plasmados en el fin político concreto en torno al cual se unificaba el Estado cubano: consolidar el poder "revolucionario" y construir el socialismo, para, finalmente, edificar la sociedad comunista en Cuba<sup>37</sup>. De ahí que el contenido de la

32. Así, la referida Resolución expresaba al respecto: "El Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba considera que el texto perfeccionado por la Comisión Preparatoria Central con los aportes de la discusión pública y popular del Anteproyecto de Constitución, fundamentado éste en los principios del marxismo-leninismo, sirve a la firme decisión de nuestro Partido y nuestro pueblo trabajador de dotar a nuestro país de una Constitución socialista que, por corresponder a las realidades y necesidades de la construcción del socialismo, sea norma inviolable para la actuación de todos, tanto de los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, como de cada ciudadano en particular; sea fundamento seguro del ascenso y consolidación de la legalidad socialista". Cfr. la citada Resolución en, [http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/1976/1976\\_resolu.htm](http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/1976/1976_resolu.htm)

33. Cfr. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria especial núm. 1, de 27 de diciembre de 1975.

34. [http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/1976/1976\\_resulproc.htm](http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/1976/1976_resulproc.htm)

35. Cfr. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Especial núm. 1, de 17 de febrero de 1976.

36. Cfr. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Especial núm. 2, de 24 de febrero de 1976.

37. Así, en el Preámbulo de la Constitución cubana de 1976 se declara: "Nosotros, ciudadanos cubanos, (...) guiados por el ideario de José Martí y las ideas político-sociales de Marx, Engels y Lenin; (...) decididos a llevar adelante la Revolución triunfadora del Moncada y del Granma, de la Sierra y de Girón encabezada por Fidel Castro que, sustentada en la más estrecha unidad de todas las fuerzas revolucionarias y del pueblo, conquistó la plena independencia nacional, estableció el poder revolucionario, realizó las transformaciones democráticas, inició la construcción del socialismo y, con el Partido Comunista al frente, la continúa con el objetivo final de edificar la sociedad comunista".

referida Constitución formal estuviese en perfecta sintonía con la Constitución material<sup>38</sup>, toda vez que positivizaba el orden político-social que le otorgaba legitimidad y validez (la Constitución material), según se advierte con claridad en algunos preceptos constitucionales, verbigracia, el Art. 5, que positiviza a la fuerza política dominante en la sociedad cubana: el Partido Comunista, y el fin político concreto a realizar: la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista<sup>39</sup>; el Art. 9, que otorga positividad a los fines políticos del Estado cubano; y, el Art. 12, que positiviza los fundamentos político-axiológicos del Estado cubano, por sólo citar algunos de los más evidentes.

### ***3. Las reformas de la Constitución cubana de 1976***

Con la de junio de 2002 han sido tres las reformas realizadas al texto constitucional aprobado en 1976: la primera, efectuada en junio de 1978, consistió en modificar la redacción del apartado a) del Art. 10, en el sentido de que cambiaba el nombre de la hasta entonces denominada Isla de Pinos, que a partir de la referida reforma pasaría a llamarse Isla de la Juventud. La segunda, mucho más amplia que la primera, tuvo lugar en julio de 1992, y estuvo materialmente condicionada por el cambio que en el contexto económico y político internacional supuso para Cuba el desmoronamiento del régimen socialista en la otrora URSS y los países de la Europa del Este.

Así, como resultado de las recomendaciones políticas emanadas del IV Congreso del Partido Comunista de Cuba, la Asamblea Nacional del Poder Popular aprobó la Ley de Reforma Constitucional de 12 de julio de 1992<sup>40</sup>, que

38. Como también admite la profesora Martha Prieto al expresar en relación con este particular: "La relación entre la Constitución formal y la material también es resultado de la imposición de la segunda. Las transformaciones socioeconómicas y políticas, la correlación entre las fuerzas políticas, la necesidad de estructurar de forma definitiva el aparato estatal y de propiciar formas estables de participación popular en la gestión sociopolítica, las circunstancias internas así como las existentes en la arena internacional, hicieron que el viejo texto [la Ley Fundamental de 1959] quedara atrás, y manifestó abiertamente la necesidad de un nuevo texto constitucional. Así, la Constitución de 1976 fue el resultado de la acumulación de los cambios que se habían producido en el país durante la provisionalidad, cambios que hacía falta declarar e institucionalizar para consolidar". Cfr. de la citada autora, "Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución", pág. 6; en *Artículos*, <http://lex.uh.cu/Dptos/jb/constCubano/default.htm>.

39. Para que pueda apreciarse mejor lo apuntado veamos el texto del citado art. 5, que dispone: "*El Partido Comunista de Cuba, marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista*". La cursiva es nuestra.

40. Cfr. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria núm. 7, de 1 de agosto de 1992.

en lo fundamental tuvo como objeto la adecuación del contenido de la Constitución formal a las nuevas situaciones y relaciones fácticas que habían tenido lugar en el espacio político internacional en el que hasta entonces había estado insertada Cuba: el desmoronado campo socialista<sup>41</sup>, con la finalidad de preservar a ultranza el anteriormente referido fin político concreto en torno al cual se unificaba el Estado cubano. De esta manera, pues, las principales modificaciones introducidas en esta reforma estuvieron directamente relacionadas con la supervivencia política y económica del régimen instaurado en Cuba a raíz de la Revolución de 1959.

Por la anterior razón fueron las modificaciones en materia económica las que en mayor medida ocuparon el tiempo de los debates realizados con este objeto durante los días 10, 11 y 12 de julio de 1992 por la Asamblea Nacional del Poder Popular. En este sentido las más importantes estuvieron relacionadas con la constitucionalización de las inversiones extranjeras en Cuba, en tanto medida de relevancia estratégica para captar nuevas fuentes de financiación para la maltrecha economía cubana, en la crítica etapa en la que se suspendieron los importantes subsidios que anteriormente recibía la Isla de algunos países miembros del extinto campo socialista, fundamentalmente de la ex-URSS. De ahí las matizaciones introducidas en determinados preceptos del texto constitucional originario, verbigracia, en los artículos 14 y 15. Así, se matizó la redacción del Art. 14, declarativo del fundamento económico del régimen cubano, en el sentido de que el principio de la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción como base del sistema socialista de economía que regía en la Isla fue atemperado de cara a admitir más adelante la propiedad de las empresas mixtas constituidas con capital extranjero, de modo que la nueva redacción del citado Art. 14 apuntaba una modificación nada baladí: a partir de la reforma constitucional la base del sistema de economía que regiría en la Isla ya no sería la propiedad socialista de todo el pueblo sobre "todos" los medios de producción, sino sólo sobre los "fundamentales", con lo cual se abría la puerta para la propiedad de las empresas mixtas sobre medios de producción considerados "no fundamentales" por el Gobierno "revolucionario"<sup>42</sup>.

41. De ahí que una de las supresiones más significativas en esta reforma fuera la del art. 11 del texto constitucional originario, que disponía: "La República de Cuba forma parte de la comunidad socialista mundial, lo que constituye una de las premisas fundamentales de su independencia y desarrollo en todos los órdenes". Con la desaparición de dicha "comunidad socialista mundial" dicho precepto perdía, obviamente, todo su sentido.

42. Compárese, pues, el texto originario y el reformado del citado art. 14 en lo que aquí interesa. Texto originario: "En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción y en la supresión de la explotación del

Por su parte, la matización del texto originario del Art. 15 no fue menos significativa. Originalmente este artículo -que en esencia dispone que la propiedad estatal socialista es la forma dominante y rectora del sistema de propiedad positivizado por el vigente ordenamiento cubano- estaba redactado en términos tan inflexibles como contundentes, toda vez que declaraba "irreversible" la propiedad estatal socialista sobre todos los recursos económicos y medios de producción del país, de tal manera que en la práctica el Estado era el único, e "irreversible", titular de la propiedad sobre todos los recursos productivos de la Isla, lo que no dejaba el más mínimo resquicio para la propiedad privada sobre los mismos, cuestión ésta que había sido radicalmente zanjada por la "Revolución" desde sus primeros momentos<sup>43</sup>. Pero, la acuciante necesidad de recursos financieros obligó al régimen a flexibilizar tan categóricos términos, de modo que la reforma constitucional de 1992 suprimió del Art. 15 el referido carácter irreversible de la propiedad estatal socialista sobre todos los recursos productivos existentes en Cuba, admitiendo que, "en casos excepcionales" pueda transmitirse, parcial o totalmente, la propiedad de "algún objetivo económico" destinado a los fines del desarrollo del país, en tanto y en cuanto "no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado" (la Constitución material), y sea aprobado por el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo. Con esto, pues, nuevamente se dejaba abierta una puerta a las necesarias inversiones extranjeras en Cuba.

En fin, hechas las anteriores modificaciones respecto a los fundamentos del sistema económico del régimen, sólo quedaba por constitucionalizar la posibilidad de las inversiones extranjeras en Cuba, y ello se hizo admitiendo la propiedad de las empresas mixtas constituidas con capital extranjero, situación jurídica inadmisibles en el texto constitucional primigenio. Así, la reforma constitucional de 1992 incorpora un precepto inexistente en el texto original, que en el reformado se corresponde con el Art. 23, en cuya virtud "el Estado reconoce la

hombre por el hombre". Texto reformado: "En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios *fundamentales* de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre." La cursiva es nuestra.

43. Así, el texto original del art. 15 de la Constitución cubana de 1976 disponía lo siguiente: "La propiedad estatal socialista, que es la propiedad de todo el pueblo, se establece *irreversiblemente* sobre las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por los mismos; sobre el subsuelo, las minas, los recursos marítimos naturales y vivos dentro de la zona de su soberanía, los bosques, las aguas, las vías de comunicación; sobre los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos, instalaciones y bienes han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como sobre las granjas del pueblo, fábricas, empresas e instalaciones económicas, sociales, culturales y deportivas construidas, fomentadas o adquiridas por el Estado y las que en el futuro construya, fomente o adquiera." La cursiva es nuestra.

propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley. El uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades anteriores se rigen por lo establecido en la ley y los tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan". Esto es, el Estado cubano admitía de este modo un margen de autonomía imprescindible para la gestión de las empresas mixtas con participación de capital extranjero, con lo que pretendía sentar las bases constitucionales para dotar de la necesaria seguridad jurídica a las inversiones extranjeras en Cuba.

Pero, como anteriormente se ha esbozado, además de las acuciantes reformas económicas el régimen "revolucionario" diseñó otras de carácter político para garantizar su supervivencia en un contexto político internacional que ya le resultaba adverso, si bien estaban dirigidas a evitar el resquebrajamiento interno causante del hundimiento de los regímenes socialistas de la ex-Unión Soviética y países de la Europa del Este. Así, con este objetivo, el constituyente cubano interpretó y adecuó el instituto alemán de la "defensa de la Constitución", esto es, el concepto que pretende asegurar a la Constitución frente al cambio, que tiende a conferir permanencia e inmutabilidad a los principios sobre los que el derecho positivo se asienta, a la "sustancia política", o mejor, al núcleo de la Constitución material. Dicho de otro modo, con este instituto se trata de proteger la esencia del "régimen", los fines a los que sirven las normas constitucionales, y los valores sobre los que éstas se asientan<sup>44</sup>. Pues bien, sobre este soporte doctrinal el constituyente cubano diseñó un *sui géneris* "derecho de resistencia" en cuya virtud, y según se dispone en el párrafo segundo del Art. 3 del texto constitucional reformado en 1992, "todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden político, social y económico establecido por esta Constitución". Como puede apreciarse, esta singular construcción únicamente puede tener sentido con arreglo al concepto material de Constitución antes explicado, esto es, cuando se distingue entre normas positivas y determinados fines y valores sobre los que dichas normas positivas se asientan.

Asimismo, otra significativa modificación introducida con la reforma constitucional de 1992 fue la relacionada con el reconocimiento de la libertad religiosa, garantía constitucional inexistente en el texto original de 1976, y que sin

44. Otto, Ignacio de, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, C.E.C., Madrid, 1985, págs. 13-15.

duda fue un guiño político a algunos sectores de creyentes simpatizantes con el proceso "revolucionario". Así, el párrafo primero del Art. 8 del texto constitucional reformado preceptúa: "El Estado reconoce, respeta y garantiza la libertad religiosa", y consecuentemente se modificaron otros artículos del Capítulo regulador del principio de igualdad (Capítulo VI del texto constitucional reformado), cuales fueron los artículos 42 y 43 del texto reformado, en el sentido de prohibir, y considerar punible, la discriminación por motivo de creencias religiosas<sup>45</sup>, de la misma manera que se garantizaba el derecho de los ciudadanos a acceder a todas "las conquistas de la Revolución" sin que las creencias religiosas fuesen un impedimento para ello<sup>46</sup>, como sucedía antes del reconocimiento de esta libertad.

Igualmente, como resultado del reconocimiento de la libertad religiosa se modificó el Art. 54 del texto constitucional de 1976 (Art. 55 en el texto reformado), que declaraba el carácter ateo del Estado cubano, y el reconocimiento de la libertad de conciencia y de cultos<sup>47</sup>, aunque paradójicamente disponía que era ilegal y punible "oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución, a la educación o al cumplimiento de los deberes de trabajar, defender la patria con las armas, reverenciar sus símbolos y los demás deberes establecidos por la Constitución", esto es, no garantizaba efectivamente la objeción de conciencia. El contenido del citado Art. 54 del texto constitucional originario fue modifica-

45. Así, el párrafo primero del art. 42 del texto constitucional reformado dispone: "La discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, *creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana* está proscrita y es sancionada por la ley". La parte destacada en cursiva fue el contenido adicionado en la reforma de 1992 al texto originario, que en la versión de 1976 correspondía al art. 41.

46. En este sentido, el art. 43 del texto constitucional reformado (cuyo contenido se correspondía con el del art. 42 de la versión de 1976), dispone que: "El Estado consagra el derecho conquistado por la Revolución de que los ciudadanos, sin distinción de raza, color de la piel, *sexo, creencias religiosas, origen nacional y cualquier otra lesiva a la dignidad humana*:

- Tienen acceso, según méritos y capacidades, a todos los cargos y empleos del Estado, de la Administración Pública y de la producción y prestación de servicios.
- Ascienden a todas las jerarquías de las fuerzas armadas revolucionarias y de la seguridad y orden interior, según méritos y capacidades.
- Perciben salario igual por trabajo igual.
- Disfrutan de la enseñanza en todas las instituciones docentes del país, desde la escuela primaria hasta las universidades, que son las mismas para todos; (...)"

La parte destacada en cursiva se corresponde con el contenido adicionado en la reforma de 1992 al texto originario.

47. Así, el párrafo primero del art. 54 del texto constitucional de 1976 dispone que: "El Estado socialista, que basa su actividad y educa al pueblo en la concepción científica materialista del universo, reconoce y garantiza la libertad de conciencia, el derecho de cada uno a profesar cualquier creencia religiosa y a practicar, dentro del respeto a la ley, el culto de su preferencia."

do en el sentido de suprimir la declaración del carácter ateo del Estado cubano a la vez que incorporaba el reconocimiento de la libertad religiosa, y ello se realizó de dos formas: la primera, a través de la declaración del carácter laico (ya no ateo) del Estado cubano en el párrafo segundo del Art. 8 del texto de la Constitución reformada<sup>48</sup>; y, la segunda, modificando la redacción del primigenio Art. 54 de la manera en que finalmente quedó el Art. 55 del texto constitucional reformado: "El Estado, que reconoce, respeta y garantiza la libertad de conciencia y de religión, reconoce, respeta y garantiza a la vez la libertad de cada ciudadano de cambiar de creencias religiosas o no tener ninguna, y a profesar, dentro del respeto a la ley, el culto religioso de su preferencia. La ley regula las relaciones del Estado con las instituciones religiosas."

Pero, el empeño de reconocer la libertad religiosa en interés de sumar adeptos a la causa de la "Revolución" supuso, a nuestro juicio, una infracción del procedimiento de reforma con consecuencias jurídicas de especial relevancia a la hora de valorar la reforma constitucional de 1992. Consideremos brevemente este particular. El párrafo segundo del Art. 141 del texto constitucional de 1976 (correspondiente al Art. 137 del texto reformado) preveía que en los supuestos en que la reforma constitucional fuese total o se refiriese a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado, o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, se requería, además, la ratificación de la reforma por un referendo de carácter preceptivo y vinculante; esto es, la reforma sólo prosperaría para estos supuestos en tanto y en cuanto fuese ratificada a través de un referendo que debía celebrarse en todo caso, requiriendo para ello el pronunciamiento a favor de la misma de la mayoría de los votantes.

Como quiera que la libertad religiosa es materia de derechos fundamentales (regulados en el Capítulo VII del texto constitucional reformado), no cabe duda de que la reforma constitucional de 1992 debió ser ratificada a través del referendo previsto en las normas que regulan el poder constituyente constituido en el ordenamiento cubano; sin embargo, esto no ocurrió así, pues el constituyente "revolucionario" ignoró el carácter preceptivo del citado referendo cuando la reforma constitucional tuviese como objeto derechos y deberes consagrados en la Constitución, cual sucedía en este caso, dando por definitivamente concluida la reforma con la sola aprobación de la Asamblea Nacional del Poder Popular,

48. De manera que el párrafo segundo del art. 8 del texto consitucional reformado dispone: "En la República de Cuba, las instituciones religiosas están separadas del Estado. Las distintas creencias y religiones gozan de igual consideración."

sin intervención alguna del Cuerpo electoral. Así las cosas, se produjo, a nuestro juicio, una incontestable infracción del procedimiento de reforma, con lo cual tuvo lugar otra ruptura constitucional, similar a la ya referida de 1976. De modo que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, puede hablarse en este caso de una nueva Constitución cubana (de 1992), pero con un contenido similar a la de 1976. Dicho esto importa destacar, asimismo, que no fueron éstas las únicas modificaciones introducidas en el texto constitucional de 1976<sup>49</sup>, aunque sí, a nuestro juicio, las más relevantes.

#### ***4. El momento petrificante: la reforma constitucional de junio de 2002***

Por último, la tercera reforma de las realizadas al texto constitucional aprobado en 1976 se produjo en virtud de la Ley de Reforma Constitucional de 26 de junio de 2002; pero, por ser ésta precisamente la que ofrece mayor interés a los efectos del presente estudio, quizás sea más conveniente analizarla en un epígrafe aparte.

So pretexto de dar una "digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de Estados Unidos"<sup>50</sup>, vertidas por boca de su Presidente en un discurso pronunciado el 20 de mayo de 2002 con motivo de la celebración del centenario de la República de Cuba, el régimen "revolucionario" convocó, a través de sus organizaciones de masas<sup>51</sup>, un conjunto de actos y mul-

49. En relación con las restantes modificaciones realizadas a la Constitución de 1976 en la reforma de 1992 vid., Vega Vega, Juan, *Cuba: su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*, Endymion, Madrid, 1997, pág. 141 y ss.; no obstante, reiteramos la advertencia sobre el carácter descriptivo, y apoloético, de la citada obra.

50. Según reza el texto de la Disposición especial de la Ley de Reforma Constitucional de 26 de junio de 2002.

51. No se pierda de vista que desde 1976 la "Revolución" constitucionalizó a las denominadas "organizaciones de masas y sociales" como órganos instrumentales de apoyo a la realización de los fines políticos del Estado cubano, de ahí que el art. 7 del texto original de la Constitución de 1976 dispusiese: "El Estado socialista cubano reconoce, protege y estimula a las organizaciones sociales y de masas, como la Central de Trabajadores de Cuba, que comprende en sus filas a la clase fundamental de nuestra sociedad; los Comités de Defensa de la Revolución, la Federación de Mujeres Cubanas, la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, la Federación Estudiantil Universitaria, la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media, la Unión de Pioneros de Cuba y otras que, surgidas en el proceso histórico de las luchas de nuestro pueblo, agrupan en su seno a los distintos sectores de la población, representan intereses específicos de éstos y los incorporan a las tareas de la edificación, consolidación y defensa de la sociedad socialista. *En sus actividades, el Estado se apoya en las organizaciones sociales y de masas, las que, además, cumplen directamente las funciones estatales que conforme a la Constitución y la ley convengan en asumir*". Por su parte, el texto constitucional reformado en 1992

titudinarias marchas populares en todo el país con el fin de lograr un masivo respaldo popular a una "Iniciativa de modificación constitucional" propugnada por dichas organizaciones.<sup>52</sup> Así las cosas, interpretando esas movilizaciones populares como un reclamo de que "la voluntad del pueblo" era la de constitucionarizar que "el régimen económico, político y social consagrado en la Constitución de la República es intocable"<sup>53</sup>, se organizó en todo el territorio de la Isla una masiva recogida de firmas para apoyar la iniciativa de reforma constitucional presentada por las Direcciones nacionales de las organizaciones de masas y sociales como si se tratase de una iniciativa popular.

Fue éste, pues, el resorte político utilizado para incoar el procedimiento de reforma de la Constitución cubana en junio de 2002, si bien desde una perspectiva estrictamente jurídica hubiese bastado con la iniciativa de reforma formalizada por las Direcciones nacionales de las organizaciones de masas y sociales en tanto que, como anteriormente se ha apuntado, las mismas estaban constitucionalmente legitimadas para el ejercicio de la iniciativa legislativa y, consecuentemente, para el ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional. De ahí que la masiva recogida de firmas en cuestión no fuese más que una puesta en escena para "demostrar" ante el mundo el "aplastante" respaldo popular con que cuenta la "Revolución" en Cuba<sup>54</sup>.

Sin embargo, realmente no fue el discurso pronunciado por el Presidente de los Estados Unidos el 20 de mayo de 2002 la verdadera causa de todo este sismo político-constitucional en la Gran Antilla; éste hecho fue únicamente el motivo político invocado. La causa verdadera de tal agitación telúrica subyace en un suceso que verdaderamente estremeció los cimientos político-constitucionales

redujo la extensión de este artículo (si bien preservó su contenido esencial) del siguiente modo: "El Estado socialista cubano reconoce y estimula a las organizaciones de masas y sociales, surgidas en el proceso histórico de las luchas de nuestro pueblo, que agrupan en su seno a distintos sectores de la población, representan sus intereses específicos y los incorporan a las tareas de la edificación, consolidación y defensa de la sociedad socialista." Este último texto se mantiene en vigor después de la reforma de junio de 2002. La cursiva es nuestra.

52. En virtud de lo dispuesto en el art. 88 d) de la Constitución cubana de 1976, las Direcciones nacionales de las referidas organizaciones de masas y sociales están legitimadas para el ejercicio de la iniciativa legislativa y, consecuentemente, para el ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional, habida cuenta de que el texto constitucional cubano no hace distinción entre el ejercicio de una y otra.

53. Cfr. Iniciativa de modificación constitucional de 10 de junio de 2002, en <http://www.cubaminrex.cu/temasactuales/Iniciativa%20de%20modificacion-es.htm>

54. Tanto es así que las cifras oficiales del respaldo popular a la reforma constitucional en cuestión fue de 8.198.237 electores, de los aproximadamente más de once millones de habitantes con que cuenta la Isla. Cfr. la exposición de motivos de la Ley de Reforma Constitucional de 26 de junio de 2002.

del régimen "revolucionario": la presentación formal ante el Parlamento de la Isla de una iniciativa legislativa popular -respaldada por más de 11.000 firmas de electores cubanos<sup>55</sup>- contentiva del denominado Proyecto Varela, que en esencia solicitaba la realización de un referendo consultivo sobre cinco cuestiones que consideraba especialmente relevantes, a saber: a) que el Legislativo cubano desarrolle las normas legales necesarias que permitan el ejercicio de los derechos a la libre expresión y libre asociación; b) que se decrete una amnistía para todos los detenidos, sancionados y encarcelados por motivos políticos que no hayan participado en hechos directamente atentatorios contra la vida de otras personas; c) que legalmente se garantice a los cubanos el derecho a constituir empresas privadas, tanto individuales como cooperativas; d) reformar la vigente Ley Electoral, de modo que la nueva norma regulase los aspectos propuestos en el Proyecto; y, e) la realización de elecciones generales con posterioridad a la realización del referendo solicitado en la iniciativa legislativa<sup>56</sup>.

Nunca antes, desde la instauración del régimen "revolucionario" en 1959, grupo o individuo alguno había tenido la temeridad (más que la osadía), de desafiar la voluntad de la "Revolución" utilizando los cauces jurídicos articulados por el propio ordenamiento "revolucionario". Tal situación resultaba inadmisibles para el régimen, de ahí que diese una respuesta político-jurídica tan contundente como la de petrificar la Constitución. Ahora bien, como quiera que la iniciativa legislativa popular que canalizaba el Proyecto Varela constituía, en la práctica, una iniciativa de reforma constitucional encubierta (habida cuenta de que implicaba profundas reformas en materia de derechos fundamentales), su inviabilidad jurídica hacía innecesaria una respuesta tan drástica como desproporcionada, pero el régimen se sintió amenazado como nunca antes, y actuó en consecuencia. La misma concepción material que impregna la Constitución cubana de

55. En virtud de lo dispuesto por el art. 88.g) de la Constitución cubana de 1976, es requisito indispensable para que pueda prosperar una iniciativa legislativa popular que la misma resulte apoyada por no menos de 10.000 ciudadanos que tengan la condición de electores. Aquí vale destacar que, a diferencia de lo que sucede en otros Ordenamientos -como es el caso del español, cuya Constitución excluye la iniciativa popular en materia de reforma constitucional (cfr. art. 166 en relación con el 87 CE)- la vigente Constitución cubana admite que los mismos sujetos titulares de la iniciativa legislativa ordinaria (cfr. art. 88 CC) puedan promover una iniciativa de reforma constitucional, habida cuenta de que no distingue entre uno y otro tipo de iniciativa de producción normativa, de ahí que proceda la iniciativa popular en materia de reforma constitucional en el Ordenamiento cubano. Sobre la iniciativa popular en el Ordenamiento cubano vid. Méndez López, Josefina y Cutié Mustelier, Danelia, "El Cuerpo electoral en Cuba", en *Artículos*, <http://lex.uh.cu/Dptos/jb/constCubano/default.htm>; no obstante, debe señalarse que las citadas profesoras cubanas no hacen referencia expresa al supuesto del ejercicio de la iniciativa popular en materia de reforma constitucional, que es el que aquí interesa.

56. Cfr. el texto íntegro del citado Proyecto Varela en, *Revista Encuentro de la Cultura cubana*, núm. 25, 2002, págs. 275-282.

1976 impedía que las pretensiones contenidas en el Proyecto Varela fuesen jurídicamente realizables, y ello sin necesidad de petrificar dicha Constitución, pues ya en la misma existían los suficientes mecanismos para su defensa (entendido esto en clave del anteriormente explicado concepto defensa de la Constitución), o dicho de otro modo, para preservar la inmutabilidad de las materias sobre las que descansa el documento constitucional positivo frente a cualquier posible cambio<sup>57</sup>.

Así las cosas, la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular dictaminó la pertinencia y constitucionalidad del Proyecto de ley de reforma constitucional resultante de la iniciativa legislativa ejercitada por las Direcciones nacionales de las organizaciones de masas y sociales y<sup>58</sup> en consecuencia, se procedió a reformar los artículos 3, 11 y 137 de la Constitución de 1976 (reformada en 1992), adicionando, asimismo, una Disposición especial al final del texto constitucional, según quedó positivizado en la Ley de Reforma Constitucional de 26 de junio de 2002<sup>59</sup>.

De este modo, pues, la petrificación de la Constitución cubana tiene lugar a través de dos vías: la primera, adicionando una cláusula de intangibilidad absoluta<sup>60</sup> en el Art. 3 (párrafo tercero) del texto constitucional, con el siguiente tenor: "*El socialismo y el sistema político y social revolucionario establecido en esta Constitución, probado por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido y habiendo demostrado su capacidad de transformar el país y crear una sociedad enteramente nueva y justa, es irrevocable, y Cuba no volverá jamás al capitalismo*"<sup>61</sup>; y, la segunda, a través de la reforma de su "núcleo constitucional", esto es, el precepto de la Constitución que regula el

57. No se pierda de vista que el principio interpretativo de defensa de la Constitución niega amparo normativo a actividades que, aún habiendo observado las normas positivas, tengan la finalidad de suprimir materias subyacentes al texto constitucional, de ahí que este instituto implique declarar ilícitos los fines aún cuando los medios utilizados fuesen correctos, razón ésta por la que la defensa de la Constitución se conciba frente a enemigos y no sólo frente a infractores. En este sentido vid. Álvarez Álvarez, Leonardo, "Lealtad constitucional y Partidos políticos", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núms. 10-11, 2002-2003, págs. 445-468.

58. Cfr. Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos sobre el Proyecto de Ley de reforma constitucional, de 26 de junio de 2002, en [http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/2002/2002\\_docum.htm](http://www.uniondejuristasdecuba.cu/constituciones/pages/2002/2002_docum.htm)

59. La citada norma puede consultarse en *idem*.

60. Sobre el valor relativo o absoluto de las cláusulas de intangibilidad vid., Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, op. cit., págs. 93-96.

61. La cursiva es nuestra.

poder constituyente constituido (Art. 137), de manera que en esta virtud se suprime la posibilidad de reformar totalmente la Constitución cubana, amén de impedirse cualquier reforma parcial que afecte al sistema político, económico y social, de carácter irrevocable según lo dispuesto en el anteriormente citado Art. 3. Así, el referido Art. 137 quedó redactado de la forma que sigue:

Esta Constitución sólo puede ser reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes, *excepto en lo que se refiere al sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el artículo 3 del Capítulo I*, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

Si la reforma se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea<sup>62</sup>.

De manera que, la voluntad política del régimen "revolucionario" de preservar la inmutabilidad de las materias sobre las que descansa el documento constitucional positivo (la Constitución material) frente a cualquier posible cambio ha conducido ineluctablemente a una situación jurídico-constitucional sin retorno, toda vez que, siendo el programa constitucional establecido en la Constitución de 1976 (ahora reformada por tercera ocasión) la única alternativa posible, cualquier eventual pretensión de incorporar nuevas alternativas políticas resultaría jurídicamente ilícita, siendo su derrocamiento la única vía que quedaría disponible para quienes no acepten esta situación. En fin, que en un inútil intento por congelar el futuro político de la Gran Antilla la Constitución cubana ha quedado, pues, petrificada<sup>63</sup>. Quizás sea justamente esto lo que nos hace reafirmarnos en la idea de que estamos frente a un caso de estudio de la patología constitucional.

62. La cursiva es nuestra.

63. El texto reformado de la Constitución cubana se publicó en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria núm. 3, de 31 de enero de 2003.

# LA REFORMA DE LA JUSTICIA EN EL PERÚ: ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LAS DEMANDAS DE LA REALIDAD<sup>1</sup>

*Gorki Gonzales Mantilla<sup>2</sup>*

*Profesor Ordinario de Ciencias Jurídicas y Filosofía del Derecho  
Universidad Católica del Perú*

## SUMARIO

1. *Presentación.*
2. *La reforma de la justicia en el contexto de América Latina.*
3. *Algunos de los cambios más significativos en la región durante la última década:*
  - a) *La nueva estructura de la justicia en Bolivia con la reforma constitucional de 1994.*
  - b) *La justicia y su integración institucional en Colombia.*
  - c) *Los cambios en la justicia con la reforma de 1998 en el Ecuador.*
4. *La agenda de la reforma en un escenario de transición democrática: el caso peruano:*
  - a) *Gobierno del Poder Judicial.*
  - b) *Delimitación constitucional de competencias de la justicia ordinaria.*
  - c) *La justicia ordinaria frente a los delitos castrenses: una reforma esperada.*
  - d) *El Consejo Nacional de la Magistratura: un ajuste al control disciplinario y el problema de la ratificación.*
  - e) *Carrera Judicial y formación de magistrados.*
  - f) *Nueva estructura del Tribunal Constitucional.*
5. *Constitución y pluralismo cultural: las demandas de la diversidad y el reconocimiento comunal.*
6. *Reflexiones finales.*

1. Ponencia presentada al "Seminario de Profesores de Derecho Constitucional: La Reforma Constitucional". Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 18 de Junio de 2004.

2. Profesor Ordinario de los cursos de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es, además, Coordinador de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la misma universidad.

## ***1. Presentación***

En este texto me ocuparé de explicar el proceso de reforma de la justicia en el Perú, con especial énfasis en los cambios constitucionales que sobre el particular han ocurrido y se vienen formulando en la actualidad. Para este propósito tendré a la vista, con el fin de identificar todas las variables, el contexto latinoamericano de la reforma.

Los males de lo judicial en el caso peruano son endémicos y están paradójicamente asociados a los propios remedios generados para hacer frente a la crisis. Esta razón justifica, ampliamente, el examen del proceso de reforma en sus características principales, pues de ellas está teñido el resultado.

A decir verdad los cambios más severos sobre este tópico se han producido directamente en el escenario legislativo. Sin embargo, algunas de las reformas pendientes reclaman, como condición la reformulación del diseño y las reglas constitucionales. Centraré mi preocupación en este último extremo.

## ***2. La reforma de la justicia en el contexto de América Latina***

Al cabo de poco más de una década de promulgada la vigente Constitución Política (1993) y luego de un proceso sostenido en el tiempo, que se remonta aún a los orígenes de la república en el Perú, la reforma de las instituciones de la justicia ha estado en la agenda política de la mayor parte de gobiernos, pero el resultado, sin embargo, no aparece a la vista como saldo positivo.

De cualquier forma, lo que distingue al último período de reformas en materia de justicia, tiene que ver con el escenario de cambios institucionales impulsados, a veces en forma concurrente, desde las políticas de ajuste estructural de los gobiernos de la región, fuertemente influidas por las demandas de los organismos internacionales de desarrollo y financiamiento internacional<sup>3</sup>. Estos cambios tuvieron una agenda de transformaciones sumamente amplia a nivel del propio sistema legal de cada uno de los países involucrados y en el marco de una dinámica de reforma integral del aparato estatal<sup>4</sup>.

3. Thsuma, Lawrence. "The Political Economy of The World Bank's Legal Framework for Economic Development". En: *Social & Legal Studies*. London: Sage Publications, Thousand Oaks, CA. And New Delhi, vol. 8 (1) pág. 83.

4. Carrillo Flores, Fernando. "Los retos de la reforma de la justicia en América Latina". En: *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*. Santa Fe de Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, abril de 1999, pág. 39.

En efecto, es posible afirmar que, en términos generales, los procesos de reforma legal en América Latina tuvieron como justificación común el contribuir, en primer lugar, a: i) crear un ambiente que asegurara el proceso de modernización y globalización de la economía, caracterizado por un sistema de libre mercado y búsqueda de la eficiencia en el intercambio; ii) afianzar el sistema democrático y el Estado de Derecho como base para la consolidación de instituciones democráticas, con sistemas legales transparentes, responsabilidad hacia las demandas sociales y accesibilidad para los sectores sociales menos favorecidos: un sistema articulado para garantizar la defensa de los derechos ciudadanos y al mismo tiempo eficiente para la prevención y punición de las actividades delictivas<sup>5</sup>. No debe llamar la atención el orden, podría decirse, jerárquico, que guardaban los citados objetivos, pues estaba formulado en función de las "prioridades" políticas cuya factura provenía del programa de reforma económica instalado en casi todo el continente. Se buscaba, por ello, "ajustar" los sistemas judiciales a las necesidades urgentes del mercado, para crear seguridad jurídica, disminuir los costos de las transacciones y a la vez constituir un marco adecuado de incentivos, en medio de regímenes políticos de corte autoritario<sup>6</sup>. Esta era la principal prioridad.

En esa dirección y en versión oficial, la reforma judicial -producida en un escenario de intervención política desde el Ejecutivo,- en el Perú de los 90', tuvo entre sus objetivos contar con un marco legal predecible y una judicatura en disposición de interpretar y aplicar las leyes en forma efectiva para consolidar las políticas de estabilización económica y de liberalización<sup>7</sup>.

Sin embargo, pese al común denominador que permite catalogar los objetivos de las reformas judiciales en los países de América Latina, es de advertir que ellas formaron parte de procesos políticos ciertamente disímiles, lo que permite asumir que las características y los efectos en cada caso, serían también diferentes. Así, por ejemplo, mientras en el caso chileno, la reforma se desarrolló en

5. Al respecto, Thome, Joseph R. "Heading south but looking north: Globalization and Law Reform in Latin American". En: *Wisconsin Law Review. Special Issue*. Vol. 2000, núm. 3., pág. 192.

6. Burgos, Germán. "Reforma Judicial, desarrollo económico y banca multilateral". En: *El Otro Derecho. Revista del Instituto de Estudios Legales Alternativos - ILSA*, vol. 8, núm. 1, Bogotá, 1988, pág. 128.

7. Así quedó dicho por el ex Ministro de Economía del régimen fujimorista Carlos Boloña. En: Boloña Berh, Carlos. *Cambio de Rumbo. El programa económico para los 90*. Instituto de Economía de Libre Mercado "San Ignacio de Loyola", Lima - Perú, 1993, pág. 143 y ss. De otro lado, esta misma consideración, formó parte del ideario del Banco Mundial a la hora de brindar apoyo económico a la reforma judicial en Perú. En: *Memorandum of Vice President and General Counsel, "Issues of Governance in the Governing Members"*. Citado en: *Building on Quicksand. The collapse of the world Bank's Judicial Reform Project in Peru*". Documento del *Lawyers Committee for Human Rights*, April, 2000, pág. 2.

medio de un proceso que tuvo que asumir pasivos precisos de la dictadura militar y enfrentar con el debate en la arena política -en sus distintos tiempos e intensidades- los retos de la transición<sup>8</sup>, sin embargo, en el caso peruano la reforma de los años 90', nunca fue materia de deliberación ciudadana ni buscó obtener consensos mínimos<sup>9</sup> para su ejecución. Y es un contexto de violencia crítica la que acompaña al proceso colombiano, en donde el énfasis de la reforma judicial ha tenido que hacer frente a un escenario institucional precario<sup>10</sup> y signado por una criminalidad en ascenso<sup>11</sup>. Pero al mismo tiempo, será la pobreza, la exclusión social y la profunda debilidad o marginalidad de las instituciones políticas, los rasgos que delimitan el contexto de las reformas emprendidas en Bolivia<sup>12</sup>.

Por ello, si bien desde cierta perspectiva se podría decir que los diversos procesos de cambio se incorporan en la línea de las llamadas reformas exhaustivas, cuya pretensión fue incluir, progresivamente, todos los niveles del sistema judicial<sup>13</sup>, sin embargo, esta afirmación demanda que se compulsen los procesos y sus resultados. En efecto, con mayor o menor énfasis, "el discurso" de la reforma predicó la idea de: "i) lograr mejoras en la administración de justicia; ii) fortalecimiento de la independencia judicial; iii) desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de disputas; iv) la mejora de la educación legal de los jueces;

8. Véase Correa, Jorge. "Cenicienta se queda en la fiesta. El Poder Judicial Chileno en al década de los 90", en: Drake, Paul - Jacksic, Iván (compiladores). *El Modelo Chileno. Democracia y desarrollo en los 90*, pág. 306.

9. Sólo como referencia, véase el documento ya citado: "*Building on Quicksand. The collapse of the world Bank's Judicial Reform Project in Peru*". Documento del *Lawyers Committee for Human Rights*, April, 2000.

10. Los derechos fundamentales en Colombia, en particular, la libertad, "se han encontrado afectados por la existencia de un conflicto armado interno que se ha fortalecido y complicado con la aparición del narcotráfico (...). Este conflicto, en sus múltiples manifestaciones, ha servido de justificación gubernamental para la declaratoria de un estado de excepción constitucional casi permanente, que ha configurado un derecho penal marcado por el conflicto armado (...). La normalización de la excepción constitucional ha servido para difundir una cultura de la excepción que ha afectado de manera grave el sustrato psicológico necesario para obtener la obediencia al derecho y el respeto de la autoridad estatal." En: García Villegas, Mauricio. "El Constitucionalismo Precario en Colombia". Documento inédito, pág. 7.

11. Se afirma que Colombia exhibe uno de los niveles más altos de crimen violento en la región. Un informe del Banco Mundial de 1999, precisa que ésta pasó de entre 20 y 40 homicidios anuales entre 1960 y 1985 a una proporción de 70 y 90 homicidios por cada 100 mil habitantes en los años 90. Estas cifras van de la mano con la violencia desatada por el conflicto armado interno que han potenciado el número de asesinatos y secuestros. En: *Centro de Estudios de Justicia para las Américas. Reporte sobre el Estado de los Sistemas Judiciales en las Américas 2002-2003 - Colombia*, págs. 13-14.

12. Al respecto vid. *Centro de Estudios de Justicia para las Américas. Reporte sobre el Estado de los Sistemas Judiciales en las Américas 2002-2003 - Bolivia*, págs. 1-2.

13. Buscaglia, Edgardo. "Los principales obstáculos de la reforma judicial en America Latina", en Jarquín, Edmundo y Carrillo, Fernando (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, New York, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), págs. 33-34.

y v) la creación de nuevos canales para que vastos sectores de la población, ahora excluidos, tengan acceso a la justicia". Mas en los hechos, y en grado mayor para el caso peruano, estos mismos aspectos siguen siendo materia de la agenda pendiente aún hoy en día.

### ***3. Algunos de los cambios más significativos en la región durante la última década***

Como se dijo al inicio, es desde el ámbito legislativo que se produjeron los mayores esfuerzos para llevar adelante el conjunto de reformas de la justicia. Por lo demás, ésta se presentaba como la vía más "inmediata" para propiciar los cambios institucionales.

De todos modos, es conveniente recordar que fue en la década de los 90' que se produjeron cambios precisos en el diseño constitucional de la justicia de algunos países de la región. Cambios que al fin y al cabo no pueden dejar de ser valorados en el contexto político y de ajuste estructural que marcó el estado de cosas en los países de América Latina durante dicho período.

#### **a) La nueva estructura de la justicia en Bolivia con la reforma constitucional de 1994**

Con la reforma de la Constitución de Bolivia del año 1994<sup>14</sup> se cambia la estructura del Poder Judicial. Se introduce la figura del Consejo de la Judicatura, como el órgano indispensable para garantizar la independencia judicial con competencias de carácter administrativo y disciplinario<sup>15</sup>. Fiel a la tradición, el Consejo de la Judicatura es el órgano encargado de administrar el Sistema de carrera judicial. Para cumplir con este objetivo, se crea, asimismo, el centro de formación de jueces, denominado Instituto de la Judicatura, órgano dependiente del Consejo. No obstante lo dicho, parece disfuncional en la perspectiva de las competencias atribuidas a este Consejo que la presidencia del mismo recaiga en el Presidente del Poder Judicial.

14. Las propuestas de reforma constitucional fueron expuestas a través de la Ley 1473 del 1 de abril de 1993 y fueron aprobadas por la Ley 1585 de Reformas a la Constitución del 12 de agosto de 1994. En: *Consejos de la Magistratura. Los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú*. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2003, págs. 114-115.

15. Urcullo Reyes, Jaime. *Proceso democrático, situación jurídica y reforma constitucional en Bolivia*. La Paz: Editora Urquiza, 1993, pág. 165.

Junto al Consejo y con el fin de separar la jurisdicción ordinaria de la constitucional, al decir de la Ley 1473 del 1 de abril de 1993, se crea el Tribunal Constitucional, como una de las reformas de mayor significación<sup>16</sup>.

Pese a estar normado en el capítulo correspondiente al Poder Judicial<sup>17</sup>, el Tribunal Constitucional cumple su función dotado de autonomía<sup>18</sup> y a través de un vasto número de competencias<sup>19</sup>. Este Tribunal se encarga de efectuar el denominado control abstracto, en instancia única, de la constitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones judiciales, al mismo tiempo que es competente para conocer, con carácter obligatorio el recurso incidental de constitucionalidad<sup>20</sup>. El Tribunal Boliviano se instala recién en 1999, de manera tal que, según ha sido advertido por el profesor Domingo García Belaunde<sup>21</sup>, resulta el más joven del continente.

El papel de la Corte Suprema, quedará vinculado al ámbito de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa (nulidad y casación), pero además tiene competencia para fallar en los juicios de responsabilidad contra el Presidente, Vicepresidente, ministros de Estado y prefectos por delitos de función, previa autorización del Congreso Nacional (art. 118° 5).

### **b) La justicia y su integración institucional en Colombia**

La Constitución colombiana de 1991, es parte del impulso político dado por el gobierno de aquel entonces, en medio de un proceso de "conmoción nacional y violencia emprendida por los carteles de la droga"<sup>22</sup>. Quizás esto explique, en

16. *Ibidem*, pág. 167.

17. En esa línea se ha sostenido que la creación de este órgano -junto a la del Consejo de la Judicatura- ha cambiado de manera positiva el rostro del Poder Judicial. Vid.: San Martín Arzabe, Hugo. "El proceso de reforma constitucional". En: *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung A.C, Décimo año, ed. 2004, Tomo I, pág. 371.

18. García Belaunde, Domingo. "Los tribunales constitucionales en América Latina". En: *La Constitución y su Defensa*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos -Instituto Iberoamericano de Derecho constitucional (sección peruana), Domingo García Belaunde (coordinador), 2003, pág. 318.

19. Al respecto, vid.: Eguiguren, Francisco. *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano - Fundación Konrad Adenauer, pág. 2000, pág. 43.

20. Sobre el particular, el profesor Francisco Eguiguren afirma que se trataría de "un sistema formalmente mixto, pero con indudable tendencia hacia un modelo concentrado, que es -al parecer- lo que se quiso hacer con la reforma constitucional". *Ibidem*. pág. 18.

21. García Belaunde, Domingo. Op. cit., pág. 318.

22. García Villegas, Mauricio. "El Constitucionalismo Precario en Colombia". Documento inédito, pág. 7. De otro lado, como recuerda Alfredo Fuentes: "Ante el fracaso de un nuevo intento de reformar la Constitución a fines de los años ochenta, el magnicidio del líder político y candidato presidencial Luis (...)

parte, el largo debate<sup>23</sup> que precedió a su promulgación, en la perspectiva de fortalecer la institucionalidad jurídica. Una estrategia no exenta de voluntarismo gubernamental que buscó hacer de la Constitución una herramienta para promover cambios sociales y defender los derechos sociales, al mismo tiempo que "se replanteaban las relaciones de poder entre los órganos del Estado"<sup>24</sup>. La creación de la "Rama Judicial", como entidad comprensiva de todas instituciones involucradas en la administración de justicia, se inscribe precisamente esa idea.

De este modo, se delimitan los espacios de la jurisdicción ordinaria a través de la Corte Suprema, la Fiscalía General de la Nación y los demás tribunales y jueces, la jurisdicción contencioso administrativa a través del Consejo de Estado y la jurisdicción constitucional a través del Tribunal Constitucional. Junto a ello, se crea el Consejo Superior de la Judicatura que ejerce la función de autoridad administrativa de la Rama.

La Corte Suprema actúa como tribunal de casación. Tiene además la competencia de juzgar al Presidente de la República, a los Magistrados de la Rama Judicial, miembros del Congreso, Ministros de Estado, Fiscal General, Defensor del Pueblo y otros altos funcionarios públicos y Magistrados de Tribunales. También conoce todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno (artículo 235° de la Constitución).

En el horizonte de la tradición bolivariana (tomada de la francesa)<sup>25</sup>, el Consejo de Estado, además de tribunal en lo contencioso administrativo, conoce entre otras cosas, de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional<sup>26</sup>, cuando se trate de asuntos que no

(...) Carlos Galán, el desafío planteado por el narcoterrorismo y la violencia generalizada y la incompetencia de la clase política para dar respuesta a los grandes problemas del país, un frente universitario inició en 1989 un movimiento dirigido a convocar al pueblo para reformar aquellas instituciones que impedían que se conjurara la crisis. Las ideas de ese movimiento estudiantil, denominado "Todavía podemos salvar a Colombia", contribuyeron de manera importante a la concreción de iniciativa de reforma de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente". En: Fuentes, Alfredo. "Cambios en el Sistema de Justicia y papel de la Sociedad Civil en Colombia" Bogotá: Documento presentado en el Taller Sociedad Civil y Justicia en Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho - Fundación Ford, Junio de 2002, pág. 3.

23. García Belaunde, Domingo. Op. cit., pág. 317.

24. Fuentes Alfredo, Op. cit., pág. 4.

25. Es reconocida la influencia que el derecho público francés tuvo en Colombia, desde principios del siglo XX, no sólo en lo relativo a las leyes e instituciones jurídicas sino a través de su doctrina y jurisprudencia. Así lo refiere García Villegas, Mauricio en "Bases constitucionales de las acciones públicas". *Las Acciones de Interés Público. Argentina, Chile, Colombia y Perú. Santiago de Chile*: Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales, núm. 7, 1997, pág. 346.

26. Ya la Ley 153 de 1887 consagró por primera vez en Colombia "un mecanismo de protección del

corresponden a la competencia del Tribunal Constitucional. Así está previsto en el artículo 237° de la Carta Política.

Con la creación de la Corte Constitucional, como parte de la Rama Judicial, en Colombia se afirma la tradición de control de constitucionalidad, cuyo desarrollo es aún anterior al modelo austriaco de "control concentrado", de inspiración kelseniana. Así, desde la reforma de 1910 se reconoce la acción popular de inconstitucionalidad de efectos erga omnes<sup>27</sup>, cuya competencia fue atribuida a la Corte Suprema.

En consecuencia, la presencia de la Corte Constitucional en Colombia supuso un fortalecimiento de la tradición sobre control de constitucionalidad, a la vez que un impulso a la especialización de esta jurisdicción. La Corte Constitucional se haría cargo en delante de las atribuciones en materia de control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley, antes atribuidas a la Corte Suprema. Adicionalmente, se le han otorgado facultades para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento; tiene también, la atribución para revisar, en la forma que establece la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales, entre otras importantes facultades.

La Constitución del 91 introduce la figura del Consejo Superior de la Judicatura con el propósito de gestar un mecanismo que racionalice y haga más eficiente la organización de la justicia. Es bueno anotar que este organismo se inscribe -a decir del profesor Alfredo Fuentes de la Universidad de Los Andes- en el contexto del proceso renovador producido por dicha carta política, que buscaba crear instrumentos para gestar la transición de una democracia representativa a una democracia participativa, de la cual saliera fortalecida la rama judicial<sup>28</sup>.

El Consejo Superior de la Judicatura está concebido como la máxima autoridad administrativa de la denominada "rama judicial", y le están atribuidas funciones de tipo disciplinario de funcionarios de la rama y de los propios aboga-

ciudadano frente a la administración: la excepción de ilegalidad o de aplicación preferencial de la ley en relación con las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria". García Villegas, Mauricio. *Ibidem*. págs. 345-346. Esta atribución estuvo, igualmente presente en la reforma constitucional de 1945, respecto de los decretos gubernamentales sin fuerza de ley. Vid., Eguiguren, Francisco. Op. cit., pág. 26.

27. García Belaunde, Domingo. Op. cit. pág. 314.

28. Fuentes, Alfredo. Op. cit., pág. 4.

dos en ejercicio, administrar la carrera judicial y suministrar candidatos para la designación de funcionarios judiciales. Como órgano de gobierno, está en capacidad de elaborar el presupuesto de la rama judicial y ejecutarlo de acuerdo con la aprobación del Congreso<sup>29</sup>. Está integrado por dos salas: la administrativa y la disciplinaria.

### **c) Los cambios en la justicia con la reforma de 1998 en el Ecuador**

Con la reforma Constitucional de 1998, finalmente, se pone en funcionamiento al Consejo Nacional de la Judicatura, cuya existencia estuvo prevista desde la reforma constitucional de 1992<sup>30</sup>. Se trata del órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la función judicial (artículo 206° de la Constitución). Comprende, además, el aspecto financiero. Es de precisar que la ley ha restringido los alcances de las facultades atribuidas al Consejo de la Judicatura, al establecer que la facultad para definir las políticas generales de acción en materias administrativas, económicas, de recursos humanos y disciplinarias, corresponden a la Corte Suprema. De este modo, el Consejo de la Judicatura ha visto reducido su papel al de la simple ejecución<sup>31</sup>.

El Consejo de la Judicatura no tiene una participación definitiva en el nombramiento de magistrados, pues éste se produce a través de un sistema de cooptación en el caso de los ministros de la propia Corte Suprema, la misma que se encarga de designar a vocales, jueces y funcionarios judiciales respectivamente. El Consejo, sin embargo, se encarga, a través de su Comisión de Recursos Humanos, de la organización y administración de los concursos de oposición de méritos para proponer los candidatos a la Corte Suprema.

La reforma de 1998 confirma la presencia del control de constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional. En realidad se trata de una institución cuyos antecedentes internos se remontan a la Constitución de 1945. Como recuerda el profesor García Belaunde, este Tribunal, luego de que fuera derogado por la Constitución de 1946, volvió a reaparecer en la Constitución de 1967<sup>32</sup>.

29. *Ibidem*, págs. 6-7.

30. Como bien recuerda Héctor Fix Zamudio " la reforma constitucional del año 92, fue publicada por el Congreso Nacional el 23 de diciembre de 1992, pero la codificación constitucional, como tal, fue aprobada recién el 31 de marzo de 1993. En: Fix-Zamudio, Héctor. "Las tendencias predominantes del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo". En: *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*. vol 1, Ricardo Combellas (coordinador), Caracas: Fundación Konrad Adenauer, pág. 51, 1996.

31. *La reforma judicial en la región andina. ¿qué se ha hecho, dónde estamos, adónde vamos?*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2000, pág. 75.

32. García Belaunde, Domingo. Op. cit., pág. 315.

Posteriormente, la Constitución de 1978 reiteró la institución con el mismo nombre y facultades semejantes. La Corte Constitucional prevista en la reforma de 1998, como órgano supremo de control de constitucional, tiene la facultad de resolver sobre la inconstitucionalidad con carácter general y obligatorio, derivada de las sentencias de la Corte Suprema o del tribunal de última instancia, en materia de control concreto e incidental ejercido por cualquier juez y en cualquier proceso judicial, que, de oficio o a pedido de parte, declara la inconstitucionalidad de una norma contraria a la Constitución. Se trata de un esquema en el que se establece, sin duda, un vínculo claro entre la facultad de control incidental a cargo del Poder Judicial y el ejercido, con carácter general desde el Tribunal Constitucional<sup>33</sup>.

El Tribunal Constitucional es, además, competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas y actos administrativos de cualquier autoridad pública. Tiene, igualmente, el control previo sobre los proyectos de ley, cuya constitucionalidad haya sido objetada por el Presidente de la República durante su trámite.

#### ***4. La agenda de la reforma en un escenario de transición democrática: el caso peruano***

Depuesto el régimen autoritario de Alberto Fujimori, en el Perú se inició un proceso de reconstrucción institucional. El ámbito de lo judicial estuvo entre los espacios de mayor urgencia, debido a la intervención de la que había sido objeto, en el marco del proceso de reforma judicial previo: destitución masiva de magistrados (jueces y fiscales), control sobre la designación interna de jueces con el fin de colocar magistrados adeptos al régimen, intervención en la Academia de la Magistratura, destitución de tres de los siete magistrados del Tribunal Constitucional y renuncia de los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, son sólo algunos de los indicadores que deben tenerse presente a la hora de juzgar el proceso que le ha tocado vivir al país y al sistema de justicia, con el fin del régimen fujimorista y el inicio del proceso de transición democrática.

En el itinerario emprendido con el retorno a la democracia se pusieron en marcha diversas comisiones y mecanismos dispuestos para la reconstrucción del sistema<sup>34</sup>. El resultado final, en lo que concierne a esta disertación, proviene de

33. Eguiguren, F. Op. cit., pág. 24.

34. Un primer factor de aglutinamiento interinstitucional en este contexto es el producido a través del

la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS<sup>35</sup>. Esta entidad estuvo conformada por 16 representantes de diversos sectores, incluyendo representantes del propio sistema judicial y fiscal. La presidencia recayó en el propio presidente de la Corte Suprema. La citada comisión tuvo como encargo producir un plan nacional de reforma integral de la justicia en el país.

Entre las propuestas de reforma, se incluye una referida a la propia Constitución Política. El documento elaborado para este efecto lleva consigo la propuesta de modificación de prácticamente el integro del articulado constitucional referido a la materia de justicia (26 artículos). Al mismo tiempo, se han previsto, en muchos casos, las propuestas legislativas de desarrollo constitucional.

Es conveniente anotar que esta propuesta se inserta en un proceso de reforma constitucional de mayor amplitud (Ley 21760 del 16 de diciembre del 2001), cuyos arribos han motivado inclusive un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Por esta razón, existe, igualmente, un proyecto de reforma del capítulo del Poder Judicial, en el marco de este proceso.

Pero ocurre que las características que nutren el proceso de la CERIAJUS, permiten afirmar que éste es un caso inédito en la larga historia de intentos de reforma de lo judicial en el Perú. Más aún, se trata de un caso también ejemplar en el escenario de los países de la región. Y es que la CERIAJUS ha permitido congregar los esfuerzos de todas las entidades del Estado vinculadas al problema de la justicia en el Perú (Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo

Grupo de Trabajo de Alto Nivel (GTAN), mediante el Convenio de Cooperación Interinstitucional para la Coordinación del Proceso de Modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia, suscrito por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura, el 23 de marzo del 2001. Véase el documento denominado Modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia. Plan Estratégico y Lineamientos para su Implementación. Lima, octubre del 2001. Cabe indicar que es muy poco -o casi nada- lo que se valoró o retomó del trabajo realizado por este Grupo de Alto Nivel para el proceso emprendido por la Secretaría Técnica de la CERIAJUS.

35. Por mandato de la Ley núm. 28083 del 4 de octubre del 2003, se crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia -CERIAJUS- con la finalidad de elaborar el Plan Nacional que contenga una propuesta global y concertada de reforma del sistema de justicia. Se establece que dicha Comisión tendría 180 días, contados desde el día de sus instalación para el cumplimiento de su encargo. No se debe pasar por alto que como parte de este escenario se produjo la creación del Programa "Acuerdo Nacional por la Justicia" destinado a formular políticas de Estado relativas al Poder Judicial. Este grupo tendría entre sus objetivos, además, el de colaborar con la CERIAJUS. Puede verse sobre el particular la Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial núm. 191-2003-P-PJ del 22 de octubre del 2003.

Nacional de la Magistratura, Academia de la Magistratura, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia), junto a representantes de la sociedad civil (colegios abogados, Sociedad Nacional de Industrias, entre otros). Además de lo dicho, el resultado final, es decir, el Plan Nacional de Reforma Integral del Sistema de Administración de Justicia, es un documento, que pretende leer los problemas y sus soluciones desde una perspectiva interinstitucional y no sólo sectorial<sup>36</sup>.

Estas razones pesan como argumento para identificar las propuestas de reforma constitucional elaboradas en la CERIAJUS -sin olvidar el fuerte grado de legitimidad del que vienen premunidas-, como uno de los ejes de la discusión que ya se viene produciendo en el seno del Congreso.

Valorando esta perspectiva, es posible advertir que al margen del carácter global de la propuesta de reforma, los cambios más significativos pueden presentarse conforme al siguiente cuadro:

#### **a) Gobierno del Poder Judicial**

Desde la Constitución de 1993, se plantea la conformación del Poder Judicial por órganos jurisdiccionales y órganos que ejercen su gobierno y administración. Esta distinción, ha sido objeto de un desarrollo no siempre coherente y de consenso a nivel de la legislación específica<sup>37</sup>. Aún la misma Constitución establece junto a lo dicho, el reconocimiento de la Sala Plena de la Corte Suprema, como el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial. La propuesta de reforma pone el acento en la distinción de estas funciones, al punto de insistir en la figura del Consejo de Gobierno del Poder Judicial.

Es oportuno añadir a lo anterior que, conforme a la propuesta, este inicial reforzamiento del Consejo de Gobierno, va acompañado de la supresión de la denominada "Sala Plena de la Corte Suprema", entidad que, como se ha dicho, es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial. Este órgano, en efecto, ha sido blanco de muchas críticas, debido, principalmente, a su inoperancia. Con el tiempo, por ello, ha visto perder progresivamente la confianza en su desempeño, vital para la propia marcha institucional del Poder Judicial<sup>38</sup>, en los térmi-

36. El Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia fue entregado por el Presidente del Poder Judicial al Presidente de la República con fecha 24 de abril del presente año.

37. Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Decreto Supremo núm. 017-93-JUS.

38. Artículo 79º: "La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano supremo de deliberación del Poder Judicial que, debidamente convocada, decide sobre la marcha institucional de dicho poder y sobre otros

nos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a través de la aprobación de la política General del Poder Judicial a propuesta de su Consejo Ejecutivo, derivada del carácter que se le atribuye en la propia Constitución Política. Se advierte en esta línea que el reforzamiento, involucraría a la vez centralizar en el Consejo de Gobierno las atribuciones que hoy recaen en la Sala Plena de la Corte Suprema.

La función elevada -en los términos de la propuesta- a rango constitucional, para encargar al Consejo la aprobación del Presupuesto del Poder Judicial, sigue la anterior lógica. Al respecto, llama la atención la propuesta que incorpora una cláusula en cuya virtud el presupuesto del Poder Judicial no podrá ser observado salvo que exceda el 4% del monto total del Presupuesto General de la República. Dejando al margen la discusión sobre la viabilidad de su aprobación, esta propuesta -referida a un tipo de intangibilidad- lleva consigo una antigua demanda, en busca de enfrentar la dependencia presupuestal que ha contribuido, entre otras cosas, a profundizar la crisis judicial.

Una ampliación a la par que una recomposición interna de los miembros del Consejo de Gobierno ha sido, igualmente, considerada en la propuesta de reforma. En este caso, parece primar la búsqueda del equilibrio, en el contexto de un esquema de gobierno que no responde con claridad a los modelos clásicos, en función de su configuración interna o externa<sup>39</sup>. En efecto, en el caso peruano, el modelo de gobierno propiamente dicho, confronta un problema de indeterminación, por la atribución indistinta -o desconcentración- de facultades en esta materia, a la Corte Suprema, al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y al propio Consejo Nacional de la Magistratura. De ahí que la propuesta de reforma, signifique un cambio importante, al pretender radicar las funciones de gobierno en dicho Consejo que, aunque estaría presidido por el Presidente de la Corte Suprema, está conformado por una pluralidad (8 miembros) de procedencia variada. Junto a los cuatro jueces (uno por cada grado), se prevé la presencia de un representante de los colegios de abogados y dos por las facultades de derecho. En este último extremo, no está demás decirlo, se advierte un difícil equilibrio, que tiene sus detractores.

asuntos que no sean de competencia exclusiva de otros órganos, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley. La preside el Presidente de la Corte Suprema y se integra por todos los Vocales Supremos Titulares. El Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura no interviene en los casos en que haya conocido con anterioridad en el ejercicio de sus funciones." (Párrafo según la modificación introducida por el artículo 4 de la Ley núm. 27362, publicada el 31-10-2000).

39. Véase Espinosa-Saldaña, Eloy. "Reflexiones sobre las tareas de gobierno y administración del Poder Judicial así como acerca de las instancias llamadas a desempeñar dichas funciones". En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, núm. 20, marzo del 2001, pág.III.

### **b) Delimitación constitucional de competencias de la justicia ordinaria**

Frente a la Constitución de 1993, la propuesta de reforma precisa el ámbito de las competencias de la justicia ordinaria. El sentido de esta incorporación, por los términos en los que viene redactada, refuerza la posición institucional de lo judicial en función de prioridades que estarían delimitadas en la propia Constitución. Se entiende de este modo, la referencia, en primer lugar, a la tutela de los derechos fundamentales, es decir, como función prevalente de lo judicial. En segundo y tercer lugar se precisan las atribuciones correspondientes derivadas de la propia entidad de lo judicial, siempre observando un sentido tuitivo respecto de las personas. Se alude, de este modo, a la tutela de los derechos subjetivos al resolver los conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas, ratificando la vigencia del ordenamiento jurídico y el control de las conductas anti-jurídicas punibles. La justicia ordinaria tiene a su cargo, el control de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de los actos de la administración, pero además se encarga del control de la potestad reglamentaria y el control difuso de la constitucionalidad de las normas.

El escenario antes descrito, ratifica el carácter articulado y paralelo del control de constitucionalidad en el ordenamiento peruano, compartido entre la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional. En el primer caso, se identifican los procesos destinados a la tutela de los derechos fundamentales (*hábeas corpus*, amparo y *hábeas data*) que se inician en el ámbito de la justicia ordinaria, pero que pueden ser materia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional y, en el segundo caso, se encuentran, los procesos de acción popular (control de la potestad reglamentaria), de cumplimiento y el control difuso a cargo únicamente de la justicia ordinaria, frente a los procesos de inconstitucionalidad de las leyes y de conflicto de competencia a cargo del propio Tribunal Constitucional<sup>40</sup>.

### **c) La justicia ordinaria frente a los delitos castrenses: una reforma esperada**

Vinculado a lo anterior el proyecto de reforma trae consigo una toma de posición ampliamente compartida. Se trata de la incorporación de los denominados

40. En este punto específico debe tenerse muy en cuenta la publicación de la Ley 28237 (*Diario Oficial El Peruano* del 31 de mayo de 2004), en cuya virtud se anticipa la normatividad que regirá de modo sistemático, el conjunto de procesos constitucionales previstos en el ordenamiento jurídico peruano que hasta el momento se encontraban regulados en forma dispersa. Este instrumento normativo, denominado Código Procesal Constitucional -que entrará en vigencia en el mes de diciembre de este año- introduce, además, importantes cambios en la regulación de estos mecanismos procesales, establece nuevas pautas para la tutela de los derechos y los procesos constitucionales de libertad, además se dispone la creación de unidades jurisdiccionales con jueces especializados en la materia constitucional.

delitos castrenses en el ámbito de la justicia ordinaria a través de una competencia especializada, pero siempre bajo la esfera de la justicia ordinaria. Conviene recordar que la fórmula de la Constitución de 1993, en este punto, hace referencia a un tipo de "jurisdicción independiente", se entiende de la ordinaria, y en esa lógica sus decisiones no pueden ser impugnadas en sede judicial. Este inmenso poder llega a límites extremos cuando en los términos del artículo 173° de la Constitución se afirma que la casación ante la Corte Suprema, sólo procede en los casos en que se trata de una resolución del fuero militar que imponga la pena de muerte. La gravedad es aún mayor, pues este poder de juzgar está previsto también para los civiles, en los casos de traición a la patria y de terrorismo, según lo establezca la ley. Precisamente, esta última fue la cobertura para incorporar en el ámbito de esta "jurisdicción independiente" una serie de delitos comunes cometidos por organizaciones delictivas o bandas.

La abierta vulneración de derechos humanos que el ejercicio de este tipo de "jurisdicción independiente" -que formó parte de la propia estrategia política del régimen autoritario de la década pasada- produjo en la realidad, ha provocado un pronunciamiento de censura desde el propio Tribunal Constitucional. La necesidad de que se respete el debido proceso, exige que los procesos derivados de este contexto sean susceptibles de impugnación, posible revisión y nuevo juzgamiento ante la justicia ordinaria<sup>41</sup>.

Inscrita en esta crítica, la propuesta de reforma apunta a suprimir la denominada jurisdicción independiente y su proyección a través del fuero militar. Implica, necesariamente, la definición de los delitos castrenses, vinculados a las infracciones típicas de dicha función y cometidas por militares en acto de servicio. Fuera de su esfera quedan los tipos delictivos previstos en el Código Penal. Esta reforma incidiría en el fortalecimiento y en la atribución de una responsabilidad institucional mucho mayor para la justicia ordinaria, como condición importante para afirmar los principios constitucionales y el Estado democrático.

#### **d) El Consejo Nacional de la Magistratura: un ajuste al control disciplinario y el problema de la ratificación**

La propuesta de reforma define la función del Consejo Nacional de la Magistratura con mayor nitidez respecto de las atribuidas por la Constitución de 1993, en materia del Control disciplinario. En este sentido con la reforma se

41. Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero del 2003.

busca despejar el confuso panorama que genera la presencia de un control disciplinario interno de la magistratura (OCMA) frente a un organismo constitucional como el Consejo de la Magistratura que justifica su existencia, entre otras cosas, al control disciplinario.

En los términos del artículo 154° Inc.3) de la Constitución de 1993, la facultad disciplinaria del Consejo de la Magistratura resulta una competencia con intensidad diversa, según sea el caso de los magistrados supremos o bien de los magistrados de los demás niveles. El modelo, en efecto, restringe el ámbito de actuación del Consejo en materia de destitución, para el caso de los magistrados supremos. En el supuesto de los jueces del resto de niveles, la destitución está subordinada a la previa determinación de la Corte Suprema o de la Fiscalía Suprema, según se trate.

Lo propio ocurre con la posibilidad de investigar de oficio la actuación de los magistrados, está prevista únicamente para el caso de los Vocales y Fiscales Supremos. Para el supuesto que implica la sanción de destitución de los magistrados de los demás niveles, la norma constitucional ha sido regulada por el artículo 33° de la Ley 26397 (Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura). De este modo, el Consejo Nacional de la Magistratura puede investigar la actuación de dichos magistrados, pero sólo a pedido de la Corte Suprema.

En líneas generales el modelo de control disciplinario externo sobre la actuación de los magistrados, al margen de los Supremos, es de carácter residual. Del mismo modo, la restricción impuesta al Consejo de la Magistratura para investigar de oficio a los magistrados superiores y de las instancias inferiores, vacía de contenido la idea de control atribuida a este órgano.

De este modo, el marco de legitimidad de origen, previsto para estructurar al Consejo Nacional de la Magistratura como órgano de control social sobre la institucionalidad de la judicatura, se ve sumamente debilitado por la ausencia de competencias claras en materia de control disciplinario. El carácter residual de las existentes termina por prefigurar un esquema desvirtuado, que no se condice con el alto grado de legitimidad social requerido por la Carta Política para instituir el Consejo. La propuesta de reforma se enfrenta a este escenario.

Propósito semejante, es decir, definir en términos constitucionales la función que un órgano como el Consejo desempeña en el caso peruano, es, igualmente, identificable en la propuesta de suprimir la denominada "ratificación" de magis-

trados<sup>42</sup>. A través de este mecanismo previsto en el artículo 154° inciso 2) de la Constitución vigente, el Consejo Nacional de la Magistratura puede decidir la permanencia o el cese definitivo de los magistrados, sin necesidad de justificación (motivación alguna), es decir, con una abierta prescindencia y vulneración del debido proceso. Peor aún, estas decisiones no son impugnables en sede judicial.

Pese a todo, este mecanismo ha sido convalidado por el propio Tribunal Constitucional. Y si bien anticipa que la ratificación no puede estar exenta del control de constitucionalidad, termina por auspiciar una interpretación en cuya virtud, los magistrados tienen un mandato de confianza, sin otra expectativa que la de permanecer en el cargo por un período de siete años<sup>43</sup>. Esto ha permitido que la ratificación continúe operando hasta la actualidad.

La reforma propuesta, por todo lo dicho, obedece claramente a la necesidad de afirmar la institucionalidad de lo judicial, en términos de independencia y garantizando el ejercicio de los derechos fundamentales, como base de todo el ordenamiento.

#### **e) Carrera Judicial y formación de magistrados**

En estrecha relación con lo antes expuesto, la carrera judicial, cuya debilidad y quizás ausencia institucional, es notoria en el Perú, parece ingresar en la agenda de las prioridades públicas. La propuesta de reforma hace referencia directa a la incorporación de este mecanismo como garantía para la independencia de la función jurisdiccional y el ejercicio de los derechos derivados de dicha actividad.

La fórmula propone lineamientos generales sobre la base del mérito, que deben orientar el tránsito que implica la actividad profesional del magistrado. Resulta coherente, en tal sentido, la reforma que sitúa a la Academia de la Magistratura fuera del ámbito de influencia orgánico del Poder Judicial, conforme la previsión constitucional vigente (Artículo 151°). En esta misma línea, la incorporación, como miembros del Consejo Directivo de la Academia a representantes de las Facultades de Derecho junto a los representantes de las entidades del sector (Poder Judicial, Ministerio Público y Consejo de la Magistratura), estaría destinada a fortalecer la dimensión institucional de esta entidad que fue, igualmente, objeto de la intervención política del régimen fujimorista.

42. Ver Gonzales, Gorki. "El Secreto de la ratificación y la subordinación como consigna: el juez fungible". En: *Cuadernos de Política Judicial*, núm. 1, Lima: Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Editorial Palestra, págs. 61-92.

43. Sentencia del Expediente núm. 1941-2002-AA/TC (Fundamento 11).

Todo indica que uno de los principales obstáculos de cualquier proceso de reforma institucional, radica en el cambio cultural. La Academia, en este sentido, puede cumplir un papel central para crear el espacio que permita vencer las resistencias propias de un sector -jueces y fiscales- influido, en gran medida, por una cultura jurídica formalista, que se refuerza por las prácticas de su actividad -el despacho judicial-, y que constituye el insumo con el cual se alimenta la crisis del propio sistema. Este problema, cuyo origen se identifica, en gran medida, en las debilidades propias del tipo de formación que se brinda en las facultades de derecho en el Perú, tiene, en la Academia de la Magistratura, un espacio de oportunidad para que las propuestas de reforma institucional puedan resultar sostenibles en el tiempo.

#### **f) Nueva estructura del Tribunal Constitucional**

El actual Tribunal Constitucional ha tenido que asumir el pasivo de falta de credibilidad y legitimidad que marcó la actuación de su predecesor. Aún se recuerda que casi durante todo el último período del régimen autoritario, el país, tuvo un Tribunal Constitucional que no podía ejercer la función de control de constitucionalidad, porque no contaba con el *quórum* legal para pronunciarse. Se requerían seis votos conformes de siete, para declarar la inconstitucionalidad de una ley y el Tribunal sólo contaba con cuatro integrantes, pues los otros tres habían sido destituidos arbitrariamente<sup>44</sup>.

Con la reincorporación de los miembros destituidos y la incorporación de cuatro nuevos integrantes, la jurisdicción constitucional comienza una nueva etapa. Y de hecho, la jurisdicción constitucional ha tenido que pronunciarse en temas cruciales para la vida institucional del país: el problema de la legislación antiterrorista, la cuestión acerca de la reforma integral de la Constitución del 93, el caso de los derechos adquiridos en materia pensionaria, los derechos laborales frente al despido arbitrario, son sólo algunos de los tantos temas que han requerido una respuesta de parte del Tribunal reconstituido.

Las propuestas de reforma deben apuntar a fortalecer el espacio abierto por el Tribunal Constitucional. Y es éste el razonamiento que justificaría la ampliación del número de magistrados a diez. Se busca crear las condiciones para que el Tribunal tenga un funcionamiento más eficaz para hacer frente a la creciente demanda de la que es objeto. Un mayor número de magistrados incidiría positivamente en la oportunidad de ampliar, igualmente, las variables en el pensa-

44. Este requisito fue modificado por el Artículo Único de la Ley núm. 27780, publicada el 12-07-2002. Hoy se requieren cinco votos conformes.

miento del Tribunal. Para este efecto, se propone una organización en dos salas que se distribuyan la carga procesal derivada de los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y cumplimiento. Se propone, además, que sea el Pleno el que resuelva los procesos de inconstitucionalidad y de competencia.

Los acuerdos del Tribunal, en esta nueva estructura, se tomarían por mayoría simple, salvo en el caso de las sentencias de inconstitucionalidad, en cuyo caso se requeriría una mayoría calificada de siete votos conformes.

### ***5. Constitución y pluralismo cultural: las demandas de la diversidad y el reconocimiento de la justicia comunal***

El reconocimiento de la diversidad cultural es uno de los temas cruciales para la afirmación de las democracias de la mayor parte de países de América Latina. Parte fundamental de nuestros países, desde el punto de vista social y cultural, así como importante desde una perspectiva puramente demográfica, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas y nativas, sin embargo, no formaban parte del ideario político-jurídico de ningún gobierno. Los indígenas seguían siendo personajes ausentes en el escenario institucional de nuestras repúblicas.

En medio de resistencias culturales y políticas de décadas, finalmente, se inicia el proceso de reconocimiento de esta realidad a nivel constitucional. De las visiones paternalistas que dominaron, en el mejor de los escenarios, las políticas legislativas en esta materia, se avanzaba hacia el establecimiento de un esquema más abierto e impregnado de la tolerancia, notoriamente inexistente en el pasado.

Al margen de ciertos instrumentos internacionales que desde la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, han venido articulando este proceso, también debe citarse el Convenio 169 de la OIT<sup>45</sup>. Es de este último documento normativo que se desprende la necesidad de reconocer el derecho de los grupos sociales, sean pueblos tribales o indígenas, a la protección de sus valores y prácticas religiosas, así como de sus mecanismos o formas de solución de conflictos. A todo esto cabe agregar en la misma línea, el reconocimiento del derecho a la tierra, con

45. Esta norma fue incorporada al ordenamiento jurídico peruano a través de la resolución legislativa 26253, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, 5 de diciembre de 1993.

todas las consecuencias derivadas de las formas de "propiedad" -colectiva o del núcleo social- de estas comunidades<sup>46</sup>.

Los cambios producidos en las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú son un ejemplo claro de lo expuesto. En todos estos casos, junto al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, con mayor o menor énfasis, se observa, igualmente, la aceptación de los mecanismos de resolución de conflictos llevados a cabo en función de prácticas ancestrales que configuran formas de derecho consuetudinario.

El espacio abierto con la presencia de la pluralidad jurídica, que se deriva de lo anterior, es, sin embargo, un asunto que está aún por verse. No sólo incide en esta incertidumbre la falta de claridad respecto de los componentes de lo jurídicamente admitido, cuando de derecho consuetudinario se trata. Y éste es un hecho que resulta debido a la ausencia de políticas públicas de inclusión de las comunidades en la práctica. En otras palabras, de la ausencia real de medidas destinadas a crear espacios de oportunidad para el desarrollo de las capacidades básicas de los miembros de estas comunidades, con observancia de la especificidad cultural.

De cualquier forma, la incorporación de los mecanismos de resolución de conflictos comunales con base en el derecho consuetudinario es una constante que, no puede dejar ser valorada en el escenario de cambios institucionales de la justicia<sup>47</sup>.

El reconocimiento constitucional en todos los casos citados, tiene, sin embargo, algunos matices que marcan ciertas diferencias de fondo. En el caso de Bolivia (artículo 171°), el pluralismo jurídico está reconocido como "solución alternativa de conflictos", no se menciona por ello el carácter de jurisdicción en la práctica. El tratamiento de este asunto está previsto como consecuencia de los

46. Stavenhagen, Rodolfo. "Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina". En: *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Americano - Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, págs. 39-40.

47. Es probable, sin embargo, que el curso de los acontecimientos marcado por el conflicto armado (1980-1993) haya fracturado el escenario social en el cual se han venido formando y recreando las organizaciones campesinas. Es posible, en esa dirección, que una lógica castrense en la organización y funcionamiento de las rondas campesinas, como resultado de su asimilación a la normatividad de los comités de auto-defensa -creados por el ejército-, distorsione la labor de pacificación social que desempeñaban dichos organismos a través de la resolución comunal de los conflictos. Vid.: Gonzáles Mantilla, Gorki. *Pluralidad Cultural, Conflicto Armado y Derecho en el Perú (1980-1993)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pág. 122.

derechos reconocidos a las autoridades de las comunidades indígenas. En Colombia (artículo 246°) y Perú (artículo 149°) el tema está tratado como un tipo de "jurisdicción especial". Es de precisar, sin embargo, que la propuesta de reforma constitucional de la CERIAJUS, reubica esta facultad de las autoridades campesinas y nativas en el ámbito del Poder Judicial, ya no como jurisdicción especial. En el caso del Ecuador, la Constitución reconoce a las autoridades indígenas la posibilidad de ejercer "funciones de justicia", de ahí que se encuentre prevista en el marco del Título VIII relativo a la Función Judicial. En todos los casos se prevé una ley que coordine este escenario con el de la justicia ordinaria.

En el fondo estas normas reflejan las resistencias pero también las incertidumbres del debate en torno a este tema y ello se pone en evidencia, aún con mayor intensidad, cuando se analiza el problema de los límites de este reconocimiento. Es curioso observar que en todos los casos, salvo en el peruano, las leyes de la república y la Constitución estén señaladas como los parámetros para el ejercicio de tales funciones. Este dato, quizás, sea suficiente, para asumir que la presencia, principalmente de la ley como límite, describe el carácter débil y, en buena cuenta, simbólico del pluralismo jurídico al que se hace referencia desde estas Constituciones. El caso peruano contempla como límite al ejercicio de las atribuciones de este tipo mecanismos o "jurisdicción especial", los derechos fundamentales. El horizonte, en este sentido, es pues más amplio, pero al mismo tiempo abre un espacio cargado de dudas, en el que la jurisdicción ordinaria, se verá involucrada, cada vez que tenga que decidir, precisamente, sobre la observancia de este límite.

## ***6. Reflexiones finales***

Los cambios constitucionales vinculados a la reforma de la justicia en América Latina, no han garantizado necesariamente su reflejo coherente en la realidad. Prueba de ello es que nuestros países, siguen comprometidos con un conjunto de tareas del pasado, presentes aún, y vinculadas a la agenda de la reforma de la justicia. Esto es bastante claro en el caso peruano, país signado, cuando de la justicia se trata, por la idea de reforma.

De este modo, entre las demandas de la realidad por contar con una justicia accesible, orientada a la protección de los derechos fundamentales, comprometida con la afirmación de los derechos e instituciones públicas a través de sus decisiones, en medio de realidades sociales fragmentadas y con severos proble-

mas de exclusión social, los cambios, muchas veces comprometidos con agendas externas impuestas y por procesos mecánicos de recepción jurídica, no parecen responder a tales necesidades. No escapa a esta línea de análisis el que, en muchos casos, las reformas constitucionales hayan servido para legitimar procesos políticamente adversos a la idea de democracia, como en el Perú de la década de los 90'.

Los procesos de reforma constitucional han introducido ajustes a los modelos de matriz europea, en la mayor parte de supuestos, pero son los procesos políticos, casi siempre ambiguos, en el caso de nuestros países, los que han determinado las tendencias prácticas más características. La ausencia de una corriente de pensamiento crítica en todo este ámbito es bastante clara.

Cambiar la justicia para que responda a las demandas de la realidad, requiere, por todo lo dicho, voluntad política, recursos materiales y humanos comprometidos con el cambio. Pero lo fundamental en el punto de partida es que la reforma de la justicia se integre al conjunto de reformas del Estado, que se demandan desde hace décadas para afirmar el sistema democrático en nuestros países. Este es el reto verdaderamente concreto que deben enfrentar nuestros países, si se pretende cambiar la justicia en serio.

---

---

## II. NOTAS

---

---

### SUMARIO

- *Marc Carrillo, "Información y vida privada"*
- *Xavier Garaicoa Ortiz, "Tendencias para el Derecho en la post-modernidad. Una visió desde América Latina"*
- *Vicente Juan Calafell Ferrá, "La jurisprudencia sobre los convenios entre Administraciones Públicas"*



# INFORMACIÓN Y VIDA PRIVADA

*Marc Carrillo*

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Pompeu Fabra*

## SUMARIO

1. *Estado liberal democrático y derecho a la intimidad.*
2. *El derecho a la información en el Estado democrático.*
3. *La dignidad como fundamento de los derechos de la personalidad.*
4. *El canon jurisprudencial sobre los derechos de la personalidad, en su condición de límites a la libertad de expresión y al derecho a la información.*
  - a) *La veracidad en la información tiene diferente relevancia según opere frente al honor o con relación a la intimidad. Por otra parte, las personas célebres también disponen de derechos de la personalidad pero no pueden imponer el silencio a quienes valoran o informan sobre las actuaciones por las que ocupan un lugar en el escenario público.*
  - b) *El derecho a la intimidad es lesionado si aún siendo veraz, la información difundida carece de interés público.*
  - c) *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen son autónomos, aunque en algunos casos la lesión de unos pueda conllevar la del otro.*
  - d) *El derecho a la intimidad en las relaciones jurídico-laborales: la difusión de lo que se conoce en razón de la actividad laboral es intromisión ilegítima.*

### *1. Estado liberal democrático y derecho a la intimidad*

El reconocimiento de los derechos de la personalidad encontró en el movimiento codificador su primer aval normativo en los sistemas jurídicos de *civil law*. Estos derechos fueron concebidos en sus inicios de acuerdo a una lógica privatista, en todo lo que se refiriese a la tutela de la reputación o del ámbito de lo privado. Para encontrar una concepción distinta, en la que la variable de lo público fuese también tenida en cuenta, habrá que esperar a la nueva concepción de los derechos fundamentales surgida de la impronta del constitucionalismo inmediatamente posterior a 1945 y especialmente, de las constituciones promulgadas tras la caída de las dictaduras del sur europeo, como fueron Grecia, Portugal y España.

Pero en sus inicios, los derechos de la personalidad eran entendidos como un bien jurídico de contenido inmaterial, carente de valoración económica y cuyo depositario exclusivo era la burguesía como clase social en ascenso, que promovió su reconocimiento jurídico acorde con la lógica del derecho de propiedad y de los valores que había impuesto. Así, la mejor manera de garantizar, por ejemplo, el derecho a la intimidad, consistió en extender a este derecho los mismos instrumentos de garantía que ya operaban para la tutela de la propiedad. Este individualismo posesivo de la primera época del liberalismo, de alcance muy reduccionista sobre el objeto de los derechos de la personalidad será, sin embargo, el que predomine a lo largo del primer Estado liberal. Y tiene sus orígenes en la filosofía de la Ilustración, la época en la que se sientan las bases del poder político de la burguesía. El ciudadano deviene en nuevo protagonista político, sobre el cual han de ser fijadas las bases teóricas en la nueva sociedad liberal fundamentadas en el individualismo racionalista.

Lógicamente, la invocación de la garantía de protección para la esfera de lo privado a través de los derechos al honor y a la intimidad personal cubría un espectro social reducido. La potestad para acotar un ámbito propio y personal inaccesible a los demás, salvo que mediase el consentimiento del interesado, era monopolio de una clase social, la burguesía. La ideología liberal dominante en el modelo social imperante en la sociedad británica de principios del siglo XIX, sirvió de fundamento ideológico a una concepción de estos derechos asentada en un parámetro individualista respecto del cual, el poder público debía mantenerse siempre al margen. En efecto, acorde con esta concepción, los únicos aspectos de la conducta de la persona que debían permitir la intervención del poder regulador del Estado eran los que afectaban a los demás. Mientras que aquellos otros que sólo concernían al individuo, le otorgaban una absoluta independencia frente a todos, poderes públicos y particulares. Y es esta noción de la libertad

entendida como autonomía individual defendida por Stuart Mill en su ensayo sobre la libertad (*On Liberty*) la que dio cobijo a los planteamientos característicos del Estado liberal representativo, en los que la protección del ámbito de lo privado era irrelevante para el poder público.

Durante gran parte del siglo XIX, el honor, la honra, el aprecio social, y, por supuesto, la garantía de respeto a la esfera de lo privado..., etc., eran bienes jurídicos asociados en exclusiva a la figura del propietario, en una estructura social en la que en la que en su condición de parte integrante de la propiedad de su titular, la burguesía les atribuía un valor en el mercado. La intimidad era un concepto patrimonializado, vinculado al derecho de propiedad. Por su parte, la estructura familiar, como núcleo social básico del modelo social del primer capitalismo se convierte en un centro neurálgico necesitado de tutela y protección. La familia es una red de acumulación económica y los avatares del hombre burgués surgido del microcosmos familiar requiere de protección para sí y para su entorno más próximo.

En este contexto, el sentimiento privado de lo, subjetivo de este sector social emergente en la primera fase del Estado liberal, llega a objetivarse socialmente, hasta el punto de transmitirse a diversas generaciones de la puritana sociedad británica de la época. La *privacy* personal y familiar se convirtió en un límite para el Estado y disponer de este derecho de la personalidad devino un privilegio social, un privilegio de clase. Una consecuencia de ello fue, claro está, que todo lo público era definido a partir de lo privado. Un ámbito definido por una minoría social.

El célebre ensayo de S. Warren y L. Brandeis de 1890 sobre el derecho a la intimidad (*The Right to Privacy*), que sirvió como referente para la interpretación posterior de la IV Enmienda a la Constitución norteamericana, parte sin duda de estos presupuestos, pero su impronta y trascendencia jurídica posterior se basa en que estos juristas no olvidaron la trascendental dimensión que presentaba el ámbito de lo público para entender el derecho a la intimidad. Un factor que sirve para delimitar y condicionar el grado de protección de lo privado en una sociedad plural, cuestión ésta que se abordará con más detalle en el siguiente apartado.

La gran aportación de la doctrina norteamericana en este sentido fue atribuir entidad propia al derecho a la intimidad, argumentando la necesidad de proteger a la persona frente a cualquier intromisión injustificada del poder público en su ámbito personal. La autonomía atribuida al derecho a la intimidad exigía la

adopción de criterios innovadores tendentes a diferenciar la *privacy* del derecho a la reputación, que la jurisprudencia norteamericana cumpliría con creces con al ingente actividad jurisdiccional del Tribunal Supremo. La evolución social del papel del individuo en un contexto de sociedad liberal, reclamaba la garantía de los derechos de la personalidad y exigía la introducción de nuevas figuras que el ordenamiento jurídico debía de asumir.

En esencia la doctrina Warren-Brandeis sobre el derecho a la intimidad para resolver el conflicto que pueda presentar frente al ejercicio de la libertad de expresión, se resume en los criterios interpretativos que se exponen a continuación.

1) La garantía del derecho a la intimidad no es obstáculo para que aquello que es de interés público sea difundido. Así, existen temas que por razón de su contenido son de indudable interés público y general y han de ser difundidos, aunque puedan afectar a la esfera privada de determinadas personas. Asimismo, las personas que en razón de su profesión, oficio o, especialmente, a causa del cargo público que ejercen, se encuentran habitualmente sobre el escenario público. Lo cual hace que su comportamiento esté sometido a un escrutinio público superior al que quepa exigir a una persona anónima, circunstancia ésta que no puede hacer extrañar que el grado de derecho a la intimidad que puedan reclamar las llamadas celebridades sea inferior y en algunos casos incluso muy reducido. Especialmente, cuando se trate de expresiones o informaciones que tengan relación con la actividad por la cual son conocidas. Pero fuera de este ámbito, no puede haber duda de que el grado de garantía del que puede disponer ha de ser el equivalente al que goza una persona anónima. Así, como sostenían estos juristas, todas las personas (célebres y anónimas) disponen por igual del derecho a mantener ciertas cosas a salvo de la curiosidad popular, tanto si están en la vida pública como si no forman parte de la misma. Y, por supuesto, en los supuestos de anonimato personal, las cosas que forman parte de lo privado, son únicamente privadas porque las personas a las que afectan no han asumido una posición que haga de ellas un asunto objeto de conocimiento público.

2) El derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema aunque forme parte de la esfera de lo privado, si su difusión se produce, conforme a la ley de difamación y libelo, como información privilegiada. Es decir, la información sobre el ámbito de lo privado es legítima cuando, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley, ésta se produzca ante un poder público (una cámara legislativa, un órgano judicial, etc.) o, incluso, cuando se emita en el ejercicio de un deber público.

3) El derecho a la intimidad no otorgaría, probablemente, ninguna reparación cuando la difusión de lo privado se haga de forma oral y sin causar daños especiales. Es decir, con base en la defensa de la libertad de expresión, el agravio que resultaría de una comunicación oral sería habitualmente de escaso relieve de tal manera que no habría de considerarse lesivo.

4) La veracidad de lo que es publicado sobre la intimidad de una persona no es relevante jurídicamente. La cuestión esencial de este derecho no versa sobre la veracidad o la falsedad de lo que se ha difundido sino que se basa en el agravio que supone su publicidad. Por tanto la veracidad informativa, la diligencia en obtener una información no eximen de responsabilidad jurídica si aquella no versa sobre un tema de interés público o se refiere a una persona anónima.

5) El derecho a la intimidad decae si media consentimiento del interesado.

6) La ausencia de *animus injuriandi* en quien difunde lo íntimo no exime de responsabilidad.

Pero todo esto se dilucidaba en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, en los Estados Unidos. En Europa habrá que esperar hasta la década de los cincuenta del siglo XX para encontrar una expresión legislativa consolidada de la noción del derecho a estar solo o no ser molestado, derivada de la aportación de la doctrina norteamericana.

El desarrollo y la evolución del Estado liberal y de la economía industrial, con la aparición de la sociedad de masas, comportó un principio de ruptura con la concepción tradicional del derecho a la intimidad apegada a sectores socialmente minoritarios, a favor de una ampliación de la base social que podía invocarlo. Tiene mucho que ver con ello la generalización de la burguesía como clase social y del desarrollo y legitimidad democrática del Estado liberal con la institucionalización del sufragio universal y el reconocimiento de nuevos derechos de libertad y participación para el conjunto de la sociedad. Las teorías hegelianas sobre el Estado y la sociedad civil y las aportaciones marxistas posteriores, plantearon la relación del individuo con la comunidad política de acuerdo a unas coordenadas muy distintas. El ámbito de lo público adquiere ya una nueva dimensión y se amplía la base social de los derechos y libertades; el derecho a la intimidad ya es conceptualizado como una variante del derecho de propiedad, sino como una consecuencia de la dignidad de la persona. La preservación del ámbito de lo privado que permite excluir del conocimiento ajeno lo que se con-

sidera inaccesible a los demás, es una garantía de la inviolabilidad de la persona. Es, en definitiva, una variable más de la libertad.

Con el progreso tecnológico, los poderes públicos adoptan nuevas formas de control sobre esferas diversas de la vida privada de la persona. La capacidad de penetración del Estado no se centra sobre las diversas áreas de la vida colectiva en exclusiva, sino que incide con fuerza sobre el ámbito de lo privado del individuo. En principio, la necesidad de protección de la intimidad se comprende más por la expansión creciente, incisiva a veces, del poder público y de ese nuevo Leviathan de nuevo cuño en que se ha transformado la Administración del Estado social. Pero esta protección resulta insuficiente, porque el derecho a la intimidad puede ser vulnerado también -y a veces con mayor fuerza- desde otras esferas. Esto es, las intromisiones a la *privacy* no sólo son imputables a los poderes públicos sino también a corporaciones, entidades y grupos privados de amplia influencia social y económica, que tienen acceso a las nuevas formas de difusión de la comunicación, con un potencial nada menospreciable de subversión sobre los derechos de la personalidad.

Por otra parte, el derecho a la intimidad no sólo requiere de protección en el ámbito de la estructura familiar porque ésta, además de perder protagonismo social, ha experimentado una transformación social relevante en beneficio de formas más diversas y liberales de agrupación entre las personas. Además, la actividad tanto del hombre como de la mujer, especialmente de ésta última, ha trascendido el núcleo reducido del hogar familiar. Por esta razón, el derecho a la intimidad también precisa de protección en la actividad laboral, en las relaciones personales, en el sexo y, en general en nuevas modalidades de relación social en las que la libertad personal pueda quedar amenazada. Así una de las razones por las que el derecho a la intimidad es objeto de especial valoración, reside en la capacidad atribuida a su titular para controlar quien tiene acceso a su ámbito o círculo privado, para poder decidir acerca la red de relaciones personales que desea mantener, preservar o rechazar. En definitiva, para regir su proyecto de vida. Desde el punto de vista del fundamento de su protección, como sostiene Mieres Mieres, la intimidad constituye un bien instrumental para el ejercicio de la libertad en el desarrollo de la propia vida, ofreciendo un ámbito de garantía frente a intrusiones e intromisiones informativas que afectan al ejercicio de la libertad individual.

Este proceso evolutivo del papel de los poderes públicos y de los particulares ante los derechos de la personalidad en general y del derecho a la intimidad

en particular, ha provocado que el Estado social y democrático de Derecho haya debido hacer frente al reto de su garantía jurídica, dotándose de nuevos instrumentos jurídicos de protección de los derechos fundamentales. Un buen ejemplo lo ofrece el artículo 18.4 de la CE al constitucionalizar el control de la informática para preservar los derechos de la personalidad. Al mismo respondieron, en su momento, tanto las instituciones europeas como las estatales, a través del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y, más recientemente, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, que incluso ha institucionalizado, un ente jurídico singular como es la Agencia de Protección de Datos. Una autoridad administrativa independiente del Gobierno (existe otra en Cataluña, creada por Ley 5/2002, de 19 de abril), para preservar la intimidad ante las intromisiones que puedan provenir bien de los poderes públicos o de las entidades privadas.

A modo de síntesis, la configuración de la garantía jurídica del derecho a la intimidad en el Estado liberal, ha venido pareja a su propia evolución. Se ha pasado de un planteamiento inicial y muy prolongado según el cual el derecho a la intimidad era un contencioso que únicamente incumbía al individuo, para acceder en los últimos cincuenta años a un estadio de contenido más objetivo, en el que la protección del derecho a la intimidad es una cuestión que afecta no sólo a su titular sino también al propio Estado.

## ***2. El derecho a la información en el Estado democrático***

Con la aprobación de la CE el régimen de los derechos y libertades recuperó las características esenciales que han de mantener en una sociedad democrática. La supresión del sistema de control preventivo propio de las sociedades autoritarias sobre los derechos a la libertad de expresión y a la libre información, supuso la supresión de la censura previa así como la interdicción de la intervención administrativa impeditiva de la difusión de publicaciones o de programas audiovisuales, esto es, del secuestro administrativo. Por tanto, sólo es la autoridad judicial el poder público habilitado para en su caso limitar el ejercicio de estos derechos a través de medidas cautelares motivadas. Esta es la tradición liberal que la CE recupera, que además se ha visto completada por la incorporación de nuevas aportaciones que son consecuencia del constitucionalismo surgido tras la segunda guerra mundial.

El papel que los derechos y libertades ejercen en las Constituciones posterior-

res a 1945, se ha visto acentuado por la relevancia institucional de la jurisdicción constitucional, especialmente en aquellos supuestos como en el caso español, en los que el Tribunal Constitucional es a su vez, el supremo tribunal de garantía de los derechos y libertades fundamentales. El Tribunal se ha convertido en el punto de referencia interpretativo básico e indeclinable, a través de sus resoluciones dictadas para resolver los recursos de amparo cuya jurisprudencia vincula a los jueces y tribunales ordinarios. Así se deduce, de la eficacia jurídica de la CE (art. 9.1) y de acuerdo con la misma prescribe de forma taxativa el artículo 5.1 de la LOPJ.

Es evidente que lo que diga el TC sobre libertad de expresión y derecho a la información en un contencioso frente al derecho a la intimidad no puede pasar desapercibido para los órganos dependientes de Poder Judicial. Pero además de la relevancia de la jurisdicción constitucional, el derecho a la información en el constitucionalismo del Estado liberal democrático presenta otras señas de identidad que conviene sintetizar.

1) El reconocimiento singularizado del derecho a comunicar y recibir información como un derecho fundamental derivado de la libertad de expresión, pero dotado de su propia especificidad basada en que la información es sobre todo transmisión de hechos. Por esta razón la titularidad de este derecho no sólo corresponde al profesional de la información sino también a cualquier persona, entidad o colectivo social que puede transmitir su versión sobre unos hechos acaecidos.

2) La consideración de la libertad de expresión y del derecho a la información no solamente como derechos subjetivos de libertad respecto a los poderes públicos y los particulares, sino también como elementos objetivos de la sociedad democrática.

3) El reconocimiento constitucional o bien por ley de los derechos específicos de los profesionales de la información: el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. Así, por ejemplo, en Francia fueron reconocidos por una ley de 1935; mucho más tarde, fue en Austria por una ley de 1981 la que reguló un modelo de cláusula de conciencia de mayor alcance objetivo, mientras que en otros países ambos derechos han obtenido alguna cobertura normativa a través de los convenios laborales de trabajo. En España, el reconocimiento jurídico alcanzó el máximo grado a través de su incorporación al texto constitucional en 1978 que ya entonces los hizo exigibles directamente ante los tribunales.

Más recientemente, a través de la Ley Orgánica 2/1997, se ha regulado el régimen jurídico de la cláusula de conciencia.

4) La consecuencia de este proceso de constitucionalización de la información ha sido el cambio experimentado en la posición del periodista en el proceso informativo. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el periodista actúa como un sujeto y como un instrumento de la libre expresión, condición que si bien no atribuye al periodista un privilegio especial sí le permite disponer de una protección jurídica adicional.

5) La libertad de expresión y el derecho a la información también se han visto afectados por el proceso de integración del derecho europeo en el derecho español. La cláusula de internacionalización prevista en el artículo 10.2 CE, ha supuesto la asunción como referente interpretativo, no sólo de los Tratados, Convenios y Acuerdos válidamente firmados por España, sino también la incorporación al acervo jurisprudencial de la muy importante doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo sobre los derechos del artículo 10 (libertad de expresión) y del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) reconocidos por el Convenio de Roma de 1950.

6) Los poderes públicos han acentuado su capacidad de intervención sobre los medios de comunicación. La noción de servicio público atribuida a los medios de comunicación audiovisuales y la atribución de interés público a una parte de su actividad, ha hecho que se reserve a la ley la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación de titularidad pública. Así como se regule el acceso a los mismos de todos los grupos políticos, sociales y lingüísticos, de acuerdo a criterios de pluralidad y proporcionalidad.

7) La necesidad de establecer un control independiente de los medios audiovisuales públicos y privados, ha permitido la institucionalización de entes específicos como los llamados Consejos del Audiovisual, configurados como autoridades administrativas independientes. Se trata de entes de derecho público, dotados de autonomía orgánica y funcional, que les permite disponer de potestad normativa propia para dictar instrucciones con valor de disposición general y asimismo ejercer la potestad reglamentaria.

Las previsiones establecidas en la CE sobre los límites a la libertad de expresión y el derecho a la información responden a una noción de los derechos fundamentales basada en su condición de derechos no absolutos. La refe-

rencia específica al límite que supone el respeto a los derechos de la personalidad del artículo 18.1, así como a la protección de juventud y la infancia, no significa que el constituyente dotase a éstos últimos de una especial protección. Más bien, lo que el constituyente pretendió fue subrayar que es en relación con los derechos de la personalidad, el ámbito dónde pueden ubicarse los conflictos más frecuentes con los derechos reconocidos por el artículo 20.1 a) y d) de la CE.

### ***3. La dignidad como fundamento de los derechos de la personalidad***

El reconocimiento con rango constitucional de los derechos de la personalidad ha supuesto la conclusión de un proceso en cuyos inicios los valores que integran la personalidad no merecían una especial atención del Derecho. La construcción jurisprudencial de raíz anglosajona en primer lugar y después la protección que le otorgó la ley del Parlamento fueron la antesala de la tutela que les ha otorgado el constitucionalismo más reciente, en especial el surgido entre otros países, en Portugal y España tras la caída de sus respectivas dictaduras. A este respecto, es preciso citar la influencia que sobre la concepción del derecho a la intimidad, entendido como el derecho a estar solo (*to be let alone*) o el derecho a no ser molestado, que ejercieron dos célebres juristas norteamericanos, Samuel Warren y Louis Brandeis en su opúsculo sobre el derecho a la intimidad, *The Right to Privacy*, basado en un artículo publicado en *Harvard Law Review* en 1890. Una reflexión de especial relevancia para entender el alcance de la Enmienda IV a la Constitución de 1787, en un sistema jurídico de *common law*, en el que la jurisprudencia es la fuente esencial de derecho. No se puede olvidar tampoco, en el ámbito de un sistema de *civil law*, en el que es la ley la que ocupa este lugar, también la Ley francesa relativa a la prensa, de 11 de mayo de 1868, ya establecía que toda publicación en un escrito periódico relativa a un hecho de la vida privada constituía una infracción ("*Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée constitue une contravention punie d'une amende de cinq cents francs*").

La constitucionalización del derecho a la intimidad llevada a cabo en las últimas décadas del constitucionalismo del siglo XX ha obedecido a factores diversos. En este sentido, parece razonable que hay que tener en cuenta la intensificación de las agresiones recibidas por los derechos de la personalidad fruto de la evolución tecnológica. Pero de forma inmediata hay que añadir también la conciencia del valor alcanzado por el individuo como sujeto principal del Estado

democrático y de una conciencia colectiva proclive a una estimación más profunda del ámbito de lo privado.

Este reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad no puede ser entendido simplemente como el resultado de un proceso que ha generado la aparición de nuevos derechos jurídicamente exigibles que se hace preciso codificar, sino que sobre todo se enmarca en un modelo de Estado que tiene a la persona y a los grupos en los que se integra como sujeto básico de derechos. Así, los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la CE, en la medida en que son derechos fundamentales que operan como límite al ejercicio de otros -como la libertad de expresión o el derecho a la información- han ser entendidos en su noción más integral, como un conjunto de valores reconocidos por el constituyente. Unos valores que se basan en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo que, de acuerdo con el artículo 10.1 CE, son "el fundamento del orden político".

Por tanto, sin dejar de ser derechos fundamentales, los derechos de la personalidad son derechos que encuentran su fundamentación ética y jurídica en el valor constitucional de la dignidad humana. Refiriéndose al derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el mismo, definiéndolo como un derecho "estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana (...), entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad de vida humana" (STC 57/1994).

La consideración del valor de la dignidad como basamento de estos derechos comporta una doble garantía para su persona. En primer lugar, una garantía aseguradora de que el titular del derecho no va a ser objeto de intromisiones y, por tanto, que los profesionales de la información habrán de calibrar las consecuencias de su actividad, sin que de ello quepa -desde luego- deducir que la responsabilidad equivalga a autocensura: En segundo lugar, una garantía de carácter positivo, puesto que la preservación de la intimidad es un punto de apoyo para el pleno desarrollo de la personalidad del individuo. La consecuencia, es la aceptación de una total disponibilidad sobre el ámbito de lo íntimo, sin interferencias o impedimentos externos.

Con estos presupuestos, en sus relaciones con los medios de comunicación, el titular del derecho a la intimidad está habilitado para llevar cabo acciones jurí-

dicas que en su caso procedan para la salvaguarda de su propia personalidad: así, por ejemplo, el ejercicio del derecho de rectificación en un supuesto de información errónea o falsa; la interposición de una demanda civil para exigir la reparación del daño causado como consecuencia de una intromisión ilegítima en el ámbito de lo privado; e, incluso, el planteamiento de acciones penales por la presunta comisión de un delito contra la intimidad o de un delito de injurias o de calumnias, en la medida en que la acción antijurídica, además de afectar al honor, incida lesivamente sobre la intimidad de la persona.

Ahora bien, la interpretación tanto de la propia dignidad como del respeto a la intimidad del que cada uno cree ser destinatario, no se puede hacer con criterios o absolutos o irreductibles. Por muy legítima que sea la posición que el titular de un derecho tenga de los contornos del ámbito que delimitan su esfera privada, los derechos de la personalidad son derechos mediatizados por el contexto histórico y social en el que son ejercidos. En este sentido, ya no pueden ser aceptables aquellos planteamientos que reducen a la exclusiva voluntad del titular la interpretación del contenido de los derechos de la personalidad. Una visión inspirada en la posición defendida por la dogmática *ius-privatista* más clásica, era aquella según la cual había de ser el titular y a la vez propietario del derecho, el único sujeto legitimado para su interpretación, como si de una propiedad privada se tratase, con absoluta abstracción del entorno social y de la posible incidencia de otros derechos también susceptibles de protección.

Pero el marco de protección que el Estado social y democrático de Derecho ofrece a los derechos fundamentales en general, y a la intimidad y al derecho a la información en particular, es distinto. En efecto, no hay duda que en la actualidad los derechos de la personalidad y, específicamente, el derecho a la intimidad tienen una dimensión intersubjetiva, que impiden que puedan ser analizados al margen de la vida de relación de la persona y de la interpretación que de ésta pueda hacer el titular del derecho. A este respecto, quedan muy lejanos los tiempos en los que la persona vivía en un contexto aislado, de forma tal que las posibilidades de acceder a su ámbito privado resultaban infranqueables salvo si mediaba su consentimiento. La dinámica individual y social va por unos derroteros muy distintos, y ello es al margen de la legítima posición que respecto de su intimidad pueda tener la persona individualmente considerada. Es evidente que en la actualidad, la actividad social se desarrolla a través de procesos de relaciones múltiples en los que el ámbito de lo privado queda influido por la constante penetración de lo público. Por otra parte, los avances tecnológicos experimentados por la sociedad de la información pueden comportar una potencial

amenaza de transgresión del círculo privado que define a la intimidad. Un derecho fundamental que es un bien muypreciado y aún siendo un derecho de libre disponibilidad por su titular, lo es en un contexto social en el que el ámbito de lo público no puede ser ignorado.

La atención que la CE presta a los derechos de la personalidad ha hecho subrayar a una parte de la doctrina jurídica el contenido personalista de la Norma suprema. En esta línea interpretativa también se ha querido ver incluso un trasfondo iusnaturalista que, sin embargo, dista de ser el referente que el constituyente español tuvo presente para basar en la dignidad el reconocimiento de los derechos fundamentales. Más bien, su reconocimiento constitucional se basa en la racionalización de acuerdo político sobre los derechos y libertades de la persona a través de la norma jurídica superior, que es la Constitución. Un acuerdo que, ciertamente, se inspiró tanto en la tradición liberal clásica como en el constitucionalismo liberal democrático surgido de las constituciones aprobadas en Europa después de 1945, en el que la invocación de la dignidad constituye el fundamento de la libertad, pero también de la igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico.

El derecho a no ser perturbado, el derecho al anonimato es, pues, una expresión más de la dignidad de la persona que ha de ser entendido en un contexto en el que rechazo a una intromisión ilegítima puede, no obstante, ceder a favor de otros derechos fundamentales si para ello confluyen razones de interés público que exijan la publicidad de lo que se considera privado. El derecho a estar solo, a no ser importunado, a ver respetado el perímetro que la propia libertad personal ha delimitado como espacio inaccesible, es una manifestación de la dignidad de la persona. Pero la libertad para situar los contornos más allá de los cuales el acceso está impedido, no es una libertad absoluta. Es una libertad que no ha de sorprender que pueda quedar mediatizada por otros intereses que, no como regla general, pero sí según los casos, puede tener valor preeminente.

#### ***4. El canon jurisprudencial sobre los derechos de la personalidad, en su condición de límites la libertad de expresión y al derecho a la información***

Los criterios jurisprudenciales relativos a los límites de los derechos del artículo 20 CE fundamentados en el respeto a los derechos de la personalidad, son la expresión de un cuerpo doctrinal ya definido a lo largo de una prolongada actuación jurisdiccional del TC. Una actuación que ha respondido a una lógica

especialmente garantista de los derechos fundamentales. En esencia los criterios son los siguientes:

a) La distinción entre la libertad de expresión y el derecho a comunicar y recibir información veraz se define, en el primer caso, por la existencia de elementos valorativos; y en el otro, por la relevancia de factores de naturaleza fáctica que integran el objeto de la información. Ahora bien, en un mensaje informativo la línea divisoria entre hechos y opiniones no siempre es nítida; estos dos componentes no siempre se muestran, valga la expresión, en estado químicamente puro. En los supuestos en que aparezcan mezclados elementos de uno u otro significado, el órgano judicial que enjuicie el caso deberá atender, para calificar el supuesto, al factor (fáctico o valorativo) que en cada momento prevalezca sobre el otro.

b) El derecho a la información, según los casos, ocupa una posición similar a la que es propia de un *primus Inter pares* respecto de los derechos de la personalidad. A este respecto, el TC ha evolucionado desde su criterio inicial basado en el criterio de la preferencia del derecho a la información respecto de los derechos de la personalidad, hacia un planteamiento en el que prevalece una delimitación material de los derechos de la personalidad. De esta forma impide una concepción de los derechos del artículo 20 basada únicamente en el conflicto con los derechos de la personalidad. En consecuencia, una vez que el órgano jurisdiccional realiza la ponderación o balance de los intereses jurídicos en controversia, la posición de coyuntural preeminencia del derecho a la información procede en los casos siguientes:

1) Cuando la información verse sobre asuntos en los que por razón de su objeto resulta de interés colectivo o general. O en terminología que emplea el TC, los hechos resulten noticiables.

2) O cuando la información se refiera a personas que, en razón de su dimensión pública, determinada por el cargo que ocupan, la función representativa que ejercen o la actividad profesional que habitualmente desarrollan, también resulte de interés público.

c) La preeminencia que el derecho a la información pueda llegar a tener respecto de los derechos de la personalidad (honor, intimidad o propia imagen) cuando viene referido a asuntos que afectan a derechos de personas de notoriedad pública, no significa que éstas carezcan de derechos de la personalidad que

la CE reconoce en el artículo 18.1. Lo que en realidad supone es que la condición de celebridad pública, en relación con la actividad por la que estas personas son conocidas, conlleva un nivel de protección de los derechos de la personalidad inferior al que puedan gozar y exigir las personas anónimas. El interés público obliga a que el sujeto tenga que prescindir de una parte de su esfera íntima y asumir la crítica que, eventualmente, pueda cuestionar su reputación profesional o la información que afecte a aspectos relativos a su intimidad o imagen. Sin embargo, la condición para que la preeminencia de los derechos a la libertad de expresión o a comunicar información veraz prevalezcan en este caso, es que lo difundido se ejerza en conexión con asuntos que sean de interés general por las materias a que se refieran y por las personas que en ellos intervengan (STC 107/1988).

d) El derecho de crítica a las instituciones públicas y a aquellos que temporalmente las representan es una lógica consecuencia de la libertad ideológica y el pluralismo político. En efecto, el TC ha abordado esta cuestión desde una perspectiva que toma como referente el pluralismo político como valor superior del ordenamiento. Y el derecho de crítica a los representantes públicos se fundamenta en el derecho fundamental a la libertad ideológica, que autoriza el margen más amplio en su ejercicio, con independencia de que coincida o no con lo establecido en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Siempre, claro está, que la violencia quede excluida para imponer los propios criterios. Pero admitiendo la libre exposición en los términos que impone una democracia avanzada (STC 20/1990, Caso "Juanjo Fernández y las críticas al Rey"). Por su parte, el TEDH ya había asentado con anterioridad un criterio similar cuando en su STEDH de 8 de julio de 1986 (Caso Kreitsky c Austria) interpretaba que la libertad de expresión y el derecho a la información en tanto que pilares esenciales de una sociedad democrática "comprenden no sólo las informaciones inofensivas o indiferentes o aquellas que sean favorables; también incluyen las que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población puesto que así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto, factores sin los que no existe una sociedad democrática". La consecuencia de este planteamiento, conlleva que los límites a la libertad ideológica habrán de ser siempre interpretados de forma especialmente restrictiva.

e) Otra cuestión de especial relevancia es la relativa al alcance subjetivo de los derechos de la personalidad en relación con los derechos del artículo 20 CE. En concreto, la cuestión planteada estriba en determinar si las personas jurídicas pueden reclamar en su favor los derechos de la personalidad.

El planteamiento doctrinal clásico tiene su fundamento en el carácter personalísimo de estos derechos, según el cual únicamente la persona en su dimensión individual, puede ser considerada titular de derechos que tienen por objeto la protección de su patrimonio moral, el ámbito de su vida privada y, en su caso, la difusión de su imagen física. No obstante, este enfoque ha sido ya superado por sectores de la doctrina civilista que rechazan la negación absoluta de estos derechos a favor de las personas jurídicas, en especial con respecto al derecho al honor, entendiendo que el respeto a la credibilidad social que una entidad o una empresa pueden reclamar para salvaguardar la finalidad de su actividad, forma parte de su derecho al crédito social. Por su parte, el TC ha reconocido en una incipiente jurisprudencia que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor en la medida en que éste sea imprescindible para el ejercicio de otros derechos, como puede ser el derecho de asociación o la libertad de empresa (SSTC 139/1995/ y 183/1995).

f) La veracidad en el derecho a comunicar información es un límite constitucional que ha de ser entendido en términos relativos y no absolutos. Ello significa que gozará de protección constitucional aquella información que haya sido elaborada y difundida con diligencia y buena fe profesional, es decir, con escrupuloso respeto a las normas deontológicas de la profesión periodística.

Veracidad significa que lo que se ha difundido se corresponde con la realidad de los hechos acaecidos. Ahora bien, si este límite constitucional es entendido en términos absolutos, el resultado más probable y nada deseable que pueda llegar a producirse, es el silencio obligado del medio de comunicación, ante la eventualidad de difundir una información errónea. En consecuencia, el error puede llegar a tener protección constitucional si la información ha sido diligente, sin perjuicio de las inmediatas reparaciones que puedan producirse a través, por ejemplo, del ejercicio del derecho de rectificación. No se puede olvidar que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre. Ahora bien, lo que en ningún caso permite la jurisprudencia es dar cobertura a la negligencia profesional del periodista a través de la difusión de simples rumores o insinuaciones insidiosas (STC 6/1988 Caso "Periodista del Ministerio de Justicia").

g) La veracidad informativa no siempre exculpa de responsabilidad: la veracidad no legitima la injuria. En efecto, la veracidad no opera del mismo modo respecto del derecho al honor que en la salvaguarda del derecho a la intimidad. Además, la notoriedad o el anonimato de las personas también condiciona los efectos jurídicos de la veracidad informativa.

En efecto, la veracidad de una información difundida no siempre exime de responsabilidad cuando contiene mensajes injuriosos que, en sí mismos, carecen de relación de causalidad con el objeto de la información. En este sentido, en el marco de una información veraz, la simultánea emisión de calificativos formalmente injuriosos, innecesarios para la función informativa o la formación de la opinión, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones. La crítica, por dura que sea, acerca de la conducta de una persona relacionada con el interés público, es una consecuencia lógica de un sistema político inspirado en valores democráticos. La sujeción a esta crítica es parte inseparable de la actividad de cualquier cargo público. Ahora bien, una cosa es efectuar una valoración por desfavorable que sea de una conducta, y otra muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones o calificativos vejatorios, al margen del objeto de la información, proferidos de forma gratuita y sin justificación alguna (SSTC 105/1990, Caso "José M<sup>a</sup> García", 171/1990; Caso "Patiño-El País" y 172/1990 Caso "Patiño-Diario 16").

h) La relevancia jurídica del mandato constitucional de la veracidad informativa no es la misma cuando se enfrenta al derecho al honor que cuando afecta al derecho a la intimidad. En principio, la veracidad funciona como causa legitimadora de las intromisiones en el derecho al honor, mientras que el resultado no es el mismo si el bien jurídico afectado concierne al objeto del derecho a la intimidad. En este caso, únicamente la intromisión será legítima si se justifica en función del interés público que presente la información difundida. Por otra parte, el hecho de que las personas que por causa de su profesión ocupan habitualmente un espacio relevante en el escenario público (representantes públicos, cargos electivos, artistas, etc.) no es causa, a radice, de que carezcan de derechos de la personalidad. Si no que, en lo que concierne a la actividad por la que son conocidos o han adquirido celebridad, el grado de protección de sus derechos de la personalidad y, más concretamente, de su intimidad, es menor. Pero es evidente que fuera de ese ámbito de su dimensión pública, la protección de sus derechos ha de ser similar a la que gozan las personas anónimas.

i) El derecho a la intimidad y la informática ha sido abordado por la jurisprudencia constitucional con relación a diversas actividades del individuo, respecto de las cuales la intimidad puede quedar amenazada. Como criterio general, es evidente que la protección de la intimidad de los ciudadanos precisa que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen. Las obligaciones tributarias y el secreto profesional son dos

ámbitos en los que, en efecto, el derecho a la intimidad de las personas puede quedar afectado.

**a) La veracidad en la información tiene diferente relevancia según opere frente al honor o con relación a la intimidad.** Por otra parte, las personas célebres también disponen de derechos de la personalidad pero no pueden imponer el silencio a quienes valoran o informan sobre las actuaciones por las que ocupan un lugar en el escenario público

El derecho a la intimidad garantiza el derecho a ser desconocido. El mandato constitucional de la veracidad opera de forma distinta según se trate de la tutela del derecho al honor o del derecho a la intimidad. Por otra parte, las celebridades, a pesar de serlo, no carecen de derechos de la personalidad si bien no pueden imponer el silencio a quienes valoran o informan sobre la actividad por la que son conocidos.

El carácter preferente que la jurisprudencia constitucional ha venido atribuyendo al derecho a la información, se ha visto matizado en los últimos años por una relimitación más precisa del derecho a la intimidad. Así, la inicial definición establecida por una primera jurisprudencia (por todas, la STC 73/1982), según la cual el derecho a la intimidad tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y el conocimiento de terceros, se ha visto complementado por otra mucho más cercana a la dimensión subjetiva de este derecho.

En efecto, la intimidad no es un derecho de objeto predeterminado e inmutable, sino que además de la genérica potestad de su titular para disponer de la vida privada, su contenido es a la vez tributario de la libertad del titular de delimitar los contornos que han de servir para definirla. Es vicario de la autodeterminación personal para configurar un proyecto de vida.

Por esta razón, la última jurisprudencia del TC subraya que la CE no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla. Es decir lo que realmente salvaguarda el derecho a la intimidad es el derecho de la persona a poseer vida privada, de forma tal que disponga de un poder para controlar la publicidad de la información que sobre ella o su familia se haga. Y ha de ser un poder de decisión que debe ser ejercido con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al margen de conocimiento público. Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional más reciente (por todas, la STC 134/1999, caso

"Sara Montiel II") las señas de identidad del derecho a la intimidad, se asientan más en la libertad de disponibilidad sobre lo privado que en el contenido del ámbito de lo privado.

Luego, lo que el artículo 18.1 de la CE garantiza es un derecho al secreto sobre uno mismo, el derecho a ser desconocido, a que el entorno o los demás no sepan de uno lo que es o lo que hace, impidiendo que tanto los poderes públicos como otros particulares puedan disponer de capacidad para decidir sobre los lindes de nuestra propia privada. Porque la delimitación de estos lindes, es patrimonio exclusivo del titular del derecho y lo que en su interior pueda ocurrir es ajeno a la curiosidad ajena. Como recuerda la STEDH de 24 de febrero de 1998, caso "Botta c. Italia", la esfera privada, cubre la garantía física y moral de una persona y está destinada asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en las relaciones con sus semejantes. En consecuencia, el derecho a la intimidad proporciona un poder jurídico sobre la información relativa a uno mismo o al entorno familiar de forma tal que, habilita para imponer a terceras personas la voluntad de no dar a conocer una información o de impedir su difusión, si no es bajo un previo consentimiento.

El entorno familiar, sin duda, también forma parte del derecho a la intimidad en la medida en que no sólo lo integran los aspectos de la vida personal sino que en él se incluyen determinados aspectos relativos a la vida de otras personas con las que se guarde una estrecha relación familiar. Estos aspectos son relevantes en la medida en que por razón del punto de conexión familiar, inciden o afectan, a la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18.1 de la CE protegen. Como recuerda la STC 197/1991, no hay duda que los eventos que puedan afectar a padres, cónyuges o hijos, tienen habitualmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, trascendencia para el individuo, e inciden sobre su personalidad. Su difusión a través de los medios de comunicación afecta a un ámbito personal que tampoco es ajeno a su intimidad. Todo ello, claro está, sin menoscabo de la salvaguarda de otros derechos fundamentales garantizados por la CE. Y entre éstos, naturalmente, los derechos a la libre expresión y a comunicar información veraz.

En la jurisprudencia constitucional, la protección de la intimidad en el ámbito de las relaciones familiares se ha articulado a través de la genérica protección a la institución familiar que prescribe el mandato al legislador del artículo 39 CE, en su condición de principio rector de la política social y económica. Tal cir-

cunstancia, la excluye de la jurisdicción de amparo, salvo que su protección se conecte con un derecho fundamental sustantivo, Por el contrario, la jurisprudencia del TEDH es más rica en este sentido. En el planteamiento del Tribunal de Estrasburgo acerca del derecho a la intimidad en el seno de las relaciones familiares, rige el canon general: cualquier restricción ha de ser prevista por ley y debe ser necesaria para una sociedad democrática. Si bien, en el caso de los menores de edad se ha aceptado que la ley pueda prever un cierto margen de discrecionalidad en cuanto a la adopción de las medidas pertinentes (STEDH de 24 de marzo de 1988, caso, "Olsson c. Suecia").

El interés público de la expresión o de la información así como la celebridad de la persona que las protagoniza pueden ser motivo suficiente para que, caso por caso, los derechos del artículo 20 puedan prevalecer. Así, la jurisprudencia constitucional recuerda reiteradamente que la legitimidad que se exige a las intromisiones informativas en el honor o en la intimidad personal o familiar, requiere no sólo que la información sea veraz, un requisito que es necesario pero no siempre suficiente, sino que, sobre todo, la información por la relevancia pública de su contenido se desenvuelva en el marco del tema al cual se refiere. En este sentido, una información posee relevancia pública porque sirve al interés general y lo hace porque se refiere a un asunto público, es decir a unos hechos, a un acontecimiento o bien a un estado de la cuestión que es objeto de controversia social, etc., que afectan a los ciudadanos en general y no solamente a unos particulares.

Ahora bien, el requisito de la veracidad opera de forma distinta según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad. Pues, si bien es cierto que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones al derecho al honor o a la reputación de las personas, no es igual en otros supuestos. Si se trata del derecho a la intimidad, la veracidad de una información que afecta al núcleo privado de la persona inaccesible a los demás, es indiferente jurídicamente, y por tanto no exime de responsabilidad a quien ha causado la intromisión salvo que existan razones de interés público. En efecto, el TC señala que el criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en el derecho a la intimidad de las personas es la relevancia pública del hecho divulgado. Lo que significa que para que la intromisión no exista se precisa no sólo que la información sea veraz sino, sobre todo, que su difusión y conocimiento por la opinión pública resulte justificada en función, precisamente, del interés general del asunto sobre el que se informa.

La relevancia pública de la información, plantea también la cuestión del grado de cobertura de las personas célebres. Esto es, de las personas que en razón de la función representativa que desarrollan o de la profesión que ejercen y por la que son conocidos y protagonistas, etc., ocupan un lugar preeminente, de forma circunstancial o duradera, en el escenario público. Pues bien, en este caso, es evidente que estas personas puedan sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares anónimos. Pero al mismo tiempo, ello no puede ser entendido de tal manera que el personaje público, por el hecho de serlo, deba de aceptar en cualquier caso, el riesgo de la lesión de su intimidad. Porque, no hay duda que el grado de protección del derecho a la intimidad de los famosos ha de ser menor, siempre que la información difundida guarde relación con la actividad por la que son conocidos, siempre que sea de interés público. Y es evidente, que no toda información que se refiera a una persona de dimensión pública, goza de ese interés, de esa especial protección. Para que dicho interés se dé es exigible: a) que junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona que ha resultado afectada, incida otro elemento de carácter objetivo consistente; b) en que los hechos constitutivos de la información, no afecten a aquel núcleo de la vida privada inaccesible a los demás, que es el derecho a la intimidad, a pesar de que el titular o estos derechos sea muy conocido; y c) y si no obstante la información afecta a ese núcleo o cenáculo privado, es porque su contenido es de interés público.

Por tanto, la intimidad no es un derecho que esté vedado a los famosos (circunstanciales o permanentes). Siguen siendo titulares del mismo y no padecen una aminoración de su contenido, pero es evidente que no pueden imponer el silencio a aquellos que valoran o informan acerca de la actividad o función pública por la que son conocidos. De ello se sigue que, su posición relevante en el escenario público legitima en mayor grado la información relativa a los aspectos más diversos de su vida, incluso los que conciernen a su ámbito privado. Un ejemplo fácil, pero ilustrativo: a nadie interesa saber a qué hospital acude una persona anónima para ser atendida por un embarazo. Sin embargo, puede ser de interés público conocer dónde es asistida una ministra del Gobierno en caso idéntico, cuando en su discurso político siempre se ha caracterizado por hacer una cerrada defensa de la sanidad pública. Conclusión: en caso de registrarse una incoherencia entre el discurso público y la actuación privada, aunque ésta se refiera a algo tan propio del derecho a la intimidad como es la salud, la sociedad democrática ha de conocer dicha incoherencia. La intromisión en el derecho de la ministra sería en este caso legítima.

**b) El derecho a la intimidad es lesionado si aún siendo veraz, la información difundida carece de interés público**

El derecho a no ser perturbado abarca también a aquellas informaciones que aún siendo veraces, aún adecuándose a la realidad de los hechos, carecen de interés público. En este sentido, en modo alguno -ha señalado el TC en su STC 20/1992, caso "Arquitecto con SIDA"- puede exigirse a una persona que soporte de forma pasiva la difusión periodística de datos reales o supuestos, acerca de su vida privada que afecten a su reputación, y que según el sentir común puedan ser considerados como triviales o indiferentes para el interés público. En este supuesto, se trataba de la publicación en la prensa que un arquitecto padecía el SIDA convirtiéndose así en el cuarto caso de esta enfermedad en la isla de Mallorca. Pues bien, el hecho de que esta circunstancia fuese, efectivamente, real, afectando a la persona de un arquitecto, en ningún caso podía derivarse de esta circunstancia la necesidad de difundir, más allá del hecho en sí, la identidad de la persona afectada por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida. La identificación de la persona resultaba a todas luces irrelevante para difundir lo que realmente era importante, esto es, la existencia de casos de esta enfermedad en la citada isla.

El canon del interés público que pueda ofrecer la información, es el criterio que a la postre permite revertir en favor del derecho a comunicar información, el sentido de la controversia que en su momento pueda existir entre éste último y el derecho de una persona a no ver perturbada su intimidad. Es decir, sólo entonces es cuando puede exigirse a aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de una información que, pese a ello, la soporten en beneficio del conocimiento general de hechos que por su naturaleza interesan a la comunidad. O dicho de otro modo, como así lo recuerda la STC 154/1999 (caso: "El logopeda imputado de violación"): es la relevancia comunitaria de la información lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman perturbaciones de la intimidad o molestias ocasionadas por la difusión de una noticia.

**c) Los derechos a la intimidad y a la propia imagen son autónomos, aunque en algunos casos la lesión de unos pueda conllevar la del otro**

El reconocimiento constitucional de ambos derechos de la personalidad exige delimitar su contenido, pues ambos presentan un objeto distinto. Así, como se ha reiterado, el derecho a la intimidad permite a su titular disponer sobre el conocimiento de su ámbito privado de tal manera que sea inaccesible a los demás, salvo que medie su previo consentimiento. Mientras que el derecho a la propia imagen, es aquél que asiste a quien lo reclama para impedir la reproducción de

su imagen física a través de cualquier medio que la pueda hacer identificable. El aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación, su proyección exterior para el propio reconocimiento social como individuo, constituye un primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo (STC 81/2000).

El carácter específico de estos derechos, impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una difusión de una imagen que, además de mostrar los rasgos físicos que identifican a una persona permiten dar a conocer aspectos de la vida privada de una persona o, eventualmente, la hagan desmerecer o desacrediten su reputación o en el contexto social en el que habitualmente desarrolla su actividad.

En consecuencia, cuando una información afecta a uno o a varios de los derechos del artículo 18.1 CE (honor, intimidad o propia imagen) el canon de enjuiciamiento que aplica el Tribunal Constitucional establece lo siguiente: cuando se denuncia, por ejemplo, que una determinada imagen gráfica, aparecida en un medio de comunicación ha vulnerado dos o más derechos de la personalidad (por ejemplo, los derechos a la propia imagen y la intimidad), deberán enjuiciarse por separado las pretensiones del recurrente (STC 256/2001). De esta forma deberá examinarse si respecto de cada derecho ha existido una intromisión en su contenido y, posteriormente, si a pesar de ello, esa intromisión resulta o no justificada en aras de la protección de otros bienes constitucionales que en cada caso concreto, resulten más dignos de protección. Éste sería el caso de la existencia de interés público tanto ante el derecho a la intimidad como del derecho a la propia imagen, si la difusión resulte necesaria para la configuración de una opinión pública libre. Ahora bien, la relevancia del interés público ha de ser ponderada por los órganos jurisdiccionales de tal manera que se justifique: a) como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, b) idónea para alcanzarlo y se lleve a cabo utilizando los medios necesarios para procurar la mínima afectación sobre los derechos de la personalidad (STC 186/2000).

En esta ponderación, no puede pasar por alto que el derecho a la intimidad, al igual que el resto de los derechos de la personalidad, tutelan bienes jurídicos que son especialmente tributarios del contexto social. En este sentido, por ejemplo, el derecho a la propia imagen permite salvaguardar del escenario público su difusión a través de cualquier medio si no media interés público que la justifique. Ahora bien, en una sociedad como la actual donde la imagen es un valor

añadido al comportamiento social, no puede hacerse abstracción de que las enormes posibilidades de que la imagen de una persona pueda ser difundida sin que forzosamente o en todo caso tal circunstancia conlleve una exigencia de responsabilidad. Por su parte, el derecho a la intimidad como derecho a no ser perturbado atribuye un amplio margen de decisión a su titular para configurar su contenido, la subjetividad de quien reivindica este derecho puede ser alta. Pero, no obstante, el derecho a la intimidad presenta también una dimensión social de la que puede hacerse abstracción. Así, por ejemplo el cuerpo humano y la difusión de su imagen, constituyen, sin duda, una manifestación del derecho a la intimidad. Pero, como recuerda el Tribunal Constitucional, el ámbito de la intimidad corporal que la CE protege no es una entidad física sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante de nuestra cultura sobre el recato corporal. Quiere ello decir que no pueden entenderse como intromisiones forzadas o ilegítimas en la intimidad de una persona, aquellas actuaciones sobre partes del cuerpo humano (es decir, la difusión de imágenes de éste) que no constituyen, según un sano criterio social, una violación del pudor o del recato de la persona.

**d) El derecho a la intimidad en las relaciones jurídico-laborales: la difusión de lo que se conoce en razón de la actividad laboral es intromisión ilegítima**

En efecto, el acceso que fruto de una relación laboral pueda tener una persona (por ejemplo, una empleada de hogar) al ámbito privado de otra, le impide difundir aquello que ha conocido y que forma parte del derecho a la intimidad de aquella para quien presta un servicio. Se trata de una consecuencia lógica del principio de mutua lealtad en la relación profesional, que impide aprovechar la facilidad de acceso a determinados datos de la vida privada de la otra persona para difundirlos impunemente. Porque esta difusión, no constituye ejercicio del derecho a comunicar información veraz, dado que se trata de unos datos carentes de interés público, propios del núcleo de la vida de una persona, a la que asiste el pleno derecho a no ser perturbada.

El Tribunal Constitucional ha llegado a considerar que este deber de lealtad profesional y de discreción entre las partes que acuerdan contractualmente un negocio jurídico, es sobre todo la manifestación del secreto profesional. Así, reconoce, de forma probablemente excesiva, que el secreto profesional (que tradicionalmente asiste a abogados, médicos, periodistas, etc.) se extiende no sólo a quien esta vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquellos otros por su relación laboral conviven en el hogar de quienes los emplea (STC 115/2000, caso "Isabel Preysler I"). En efecto, es excesiva porque

el derecho al secreto profesional queda atribuido de forma acotada a determinadas profesiones, según establece la misma Constitución (artículos 20.1.d) y 24.2), mientras que el supuesto de los empleados de hogar parece lógico que debería quedar cubierto por el deber discreción y respecto al derecho a la intimidad, cuando aquello que se ha conocido, lo ha sido únicamente por la especificidad de su actividad profesional.

Por otra parte, el hecho de que una información de este tipo (actividades y costumbres privadas en el hogar) se refiera a una persona ya conocida, que en ocasiones anteriores haya incluso difundido aspectos de su propia vida privada en medios de comunicación similares, no habilita para hacer públicos aspectos sobre cuya disponibilidad sólo a esta persona conciernen. Es decir, el derecho a la intimidad personal y familiar de los famosos o de las celebridades, como se señalaba con anterioridad, sigue existiendo sobre aquellos aspectos de su vida privada que, por propia decisión, queden exentos del conocimiento general y carezcan de interés público. Así lo ha reconocido también el TEDH, en una reciente resolución que ratifica las adoptadas por el Tribunal Constitucional en sus STC 115/2000, caso "Isabel Preysler I" y STC 186/2001, caso "Isabel Preysler II").

### ***Referencias bibliográficas:***

Sobre los derechos a la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad (en especial el derecho a la intimidad) la bibliografía existente en la literatura jurídica española es ya numerosa y diversa.

Atendida, pues, la componente jurisprudencial de este derecho, merece la pena tener en cuenta en primer lugar, la aportación que para la literatura jurídica sobre el conflicto entre libertad de expresión y derecho a la intimidad tuvo y sigue teniendo en nuestro tiempo, *The Right to Privacy*, el célebre artículo de S. Warren y L. Brandeis, publicado en 1890 en la *Harvard Law Review*. Una traducción en lengua castellana del mismo se encuentra editada por Cívitas, con el título *El Derecho a la Intimidad*, en edición preparada por Benigno Pendás y Pilar Baselga, autora de la traducción, Madrid 1995. En esta misma línea de aproximación jurisprudencial, resulta imprescindible la consulta en la colección editada por Aranzadi (Navarra 2002, 344 pág.), *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, el Prontuario de Jurisprudencia Constitucional sobre Intimidad Personal y Familiar, elaborado por el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, Luis Javier Mieres Mieres,

autor a su vez de una excelente introducción sobre el tema. La estructura de este libro se basa en la cuidada selección jurisprudencial contenida en el citado pronuntuario. Sobre la relación entre información y vida privada: M. Carrillo, *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*. Aranzadi. Navarra 2003, en algunos de cuyos capítulos se fundamenta este artículo.

También, en este ámbito de análisis y compilación de doctrina jurisprudencial, pero en relación con la libertad de expresión y el derecho a la información y a su incidencia sobre los derechos de la personalidad, es de obligada consulta el trabajo de F. Bastida Freijedo e I. Villaverde Menéndez, *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Pamplona 1998. Asimismo, sobre el conflicto entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad, sigue teniendo gran interés el trabajo de P. Salvador Coderch (dir.), *El mercado de las ideas. Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid 1990. También, es de sumo interés para conocer la posición de doctrina norteamericana acerca de las diversas formas de intrusión en la vida privada de la persona, entre otras de su obras, el trabajo de R. Dworkin, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto* (Traducción de Víctor Ferreres y Ricardo Caracciolo). Ariel. Barcelona 1994; *La ironía de la libertad de expresión* (Traducción de Víctor Ferreres y Jorge Malem). Gedisa, Barcelona 1999.

Sobre la interpretación de los derechos fundamentales (en lo que concierne al derecho a la intimidad y a los derechos del artículo 20 CE) a la luz del derechos internacional y comunitario europeo, en virtud de la cláusula de apertura establecida en el artículo 10.2 de la CE, es preciso consultar la obra de A. Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1999.

Los artículos en revistas especializadas a consultar, entre otros, véanse los siguientes: J. Pardo Falcón, "Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, Madrid 1992. J. A. Santamaría Pastor, "Derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables" *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, Madrid 1985, pág. 159-180.

**TENDENCIAS PARA EL DERECHO  
EN LA POST-MODERNIDAD**  
**Una visión desde América Latina**

*Xavier Garaicoa Ortiz*  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Guayaquil (Ecuador)*

El Derecho emergente en la sociedad moderna -basado en las costumbres mercantiles y en la glosa libre de las instituciones romanas, tanto como en los edictos monárquicos-, alcanzó su apogeo con el entronizamiento de las nuevas relaciones mercantil-salariales que acompañaron a la revolución manufacturera e industrial en Europa, y se consagró como normatividad ordenadora al alcanzar la consagración de un sistema estructurado, impuesto y sostenido por el Estado representativo. Tal sistema es una construcción de carácter genérico, formulado abstractamente, jerarquizado y sujeto a su desarrollo propio. Sin embargo, en la propia formalización alcanzada radica su límite, ya que la misma sólo es posible erigirla sobre ciertos presupuestos inconmovibles: la existencia de un sujeto activo autónomo, el cual confluye en la sociedad con sus similares, en busca cada uno de ellos de sus objetivos propios, para realizar múltiples intercambios susceptibles de ser estabilizados como conjuntos de derechos y obligaciones reglados y controlados. Préstese atención a que ello requiere:

- una actividad finalística basada en la voluntad y la libre elección de medios de un sujeto promedio, al que el Estado consagra como "ciudadano";

- una racionalidad implícita en la búsqueda de tal finalidad que la provee el juicio independiente de cada actor;

- la ausencia de mecanismos externos (de rasgos establecidos y de sujeciones forzosas) que obstaculicen o distorsionen tanto al juicio independiente del individuo como a su elección de medios y su actuación en busca de los fines perseguidos; y,

- consecuentemente, una concepción del individuo como sujeto de la sociedad civil, titular absoluto de derechos y de obligaciones acordadas por igual para todos y vigiladas por un ente especial diferenciado y dotado de autoridad superior como es el Estado, representativo del conjunto que se puede denominar nación, cuyos objetivos a su vez, son colectivos y no identificables con los de los particulares.

Pero tales presupuestos ocultan el hecho de que ni hay individuos iguales en la sociedad, debido a la estructura de propiedad privada sobre los medios de producción; ni las normas que erige el Estado son regulaciones neutras. De igual manera permanece oculto el hecho de que la actividad y los fines de los seres

humanos no confluyen armoniosamente en el mercado, sino que adoptan una forma antagónica, la cual debe ser mediada por la coerción estatal. Por ello, y a causa de la imposibilidad de restringir totalmente el acceso a la consagración de una normatividad adecuada a los sectores oprimidos, explotados, discriminados y marginados, van surgiendo junto a la estructura privada del derecho, algunas ramas de derechos colectivos y sociales.

Los propios presupuestos formalizadores y estructurales del derecho, sufren el impacto de la revolución científico-tecnológica y de las variaciones económicas y políticas de la globalidad en que estamos inmersos.

De este modo, la actividad finalística de unos cuantos empresarios que se consideraba paradigmática, es sustituida por una complejidad caótica de finalidades estatales, corporativas, financieras, y político-sociales, las cuales expresan una maraña de voluntades e intereses de difícil conciliación y de dudosa predictibilidad.

La racionalidad del juicio individual se ve sustituida así por sistemas organizados y con capacidades propias, reforzados por una estructura tecnológica, lo cual conlleva el imperio de una racionalidad tecno-burocrática abstracta que somete a la individual y se sujeta a la de los potentados, detentadores del control sobre aquella.

El liberalismo que niega la pertinencia de los mecanismos externos al juicio independiente, declina en la monopolización oligopólica, que se acrecienta con la revolución electrónica y comunicativa. Su lugar va siendo ocupado por la sujeción al fetiche del mercado planetario desregulado al que todos debemos recurrir para satisfacer nuestras necesidades.

Pero quizás el cambio más importante es el del propio individuo promedio abstracto; el cual es reemplazado por la especificación de un diversificacionismo de composición social y no sólo de roles, como suponía el individualismo originario. El concepto jurídico de persona en que se fundamenta la construcción lógica del derecho, cede su posición privilegiada a categorías sociales y técnicas que adoptan sus propias definiciones y articulan conjuntos diversificados, lo cual escapa a los corpus codificados (*pandectas o codex corpus iuris*) y se agrupan como reglamentos independientes. De Trazegnies señala certeramente: "...Mientras que el derecho tradicional muestra un alto nivel de coheren-

cia y -¿por qué no decirlo?- de rigor científico, inspirado en las ideas filosóficas del individualismo liberal, ese nuevo Derecho reglamentario, orientado hacia lo público y basado en la técnica antes que en el método jurídico, se presenta con un notable grado de asistematicidad.[...] El Derecho post-moderno pone en duda la validez de los cimientos morales y en muchos casos desenmascara su origen liberal individualista. El Derecho post-moderno tiende a organizarse más bien en torno a ciertas políticas (*policies*) por realizar, antes que constituirse en expresión transparente de una moral; y consecuentemente, ese Derecho se juzga no tanto en función de una cierta axiología sino de acuerdo a criterios de eficiencia en la consecución de las políticas propuestas [...] Las grandes fórmulas, vibrantes de contenidos morales presuntamente eternos y universales, así como las contiendas doctrinarias que han dado origen, quedan atrás ante el avance del lenguaje sobrio del científico social, ante un razonamiento basado en la eficacia."

La justicia entonces, adquiere una nueva dimensionalidad, sistemáticamente enfocada en su complejidad y posibilidades de eficacia desde una vasta y diversificada perspectiva social, mientras las ciencias jurídicas encuentran, desde esos nuevos presupuestos, un panorama de desarrollos variado, todo lo cual requiere entonces:

- Un nuevo enfoque abierto y dinámico en la comprensión de las ciencias jurídicas.

- Una actitud creativa que combine lo vivo del derecho -su núcleo racional- con la atenta investigación de los requerimientos de la realidad social y de las perspectivas globales del desarrollo humano.

- Una aptitud científica entendida como disposición y capacidad para afrontar la esencia de los problemas y buscar soluciones factibles, adecuadas y, sobre todo, más justas en sus efectos.

- Una actividad organizativa fundada en el trabajo colectivo, la cooperación, la honestidad intelectual, el respeto y la reciprocidad para la formulación de principios y procedimientos jurídicos innovadores.

- Un compromiso eficaz con los objetivos sociales humanistas del Derecho y con las expectativas de progreso de la sociedad.

Estos requerimientos son también hitos a recorrer tanto en la actividad académica como en el desempeño profesional y en la función pública para afianzar estas nuevas ramas, llamadas a desarrollarse en las ciencias jurídicas, como el derecho ambiental, los derechos colectivos, el derecho de la integración, el derecho comercial electrónico, la justicia alternativa (arbitraje, jueces de paz, etc.), el derecho a la transparencia pública y a la rendición de cuentas, entre otros, que van abriéndose paso en la vida social y en la práctica jurídica. Pero además, para renovar los contenidos, métodos y procedimientos de las áreas tradicionales del Derecho.

Los procesos disímiles de la globalización -que abarcan tanto los cambios básicos tecnológicos comunicacionales cuanto los flujos financieros virtuales y las operaciones cambiarias bursátiles así como los intercambios culturales asimétricos-, extienden problemáticamente los ámbitos del derecho desde los vínculos intraestatales, consagrados a partir del tratado de Westfalia, hasta las nuevas relaciones intrapersonales de carácter internacional, colocados bajo ordenamientos suprajurisdiccionales y aquellos de abierto contenido transnacional que escapan a cualquier disposición vinculante o a todo control, y se remiten arbitrariamente a tan sólo comportamientos admitidos y diseñados por ellos mismos.

El notable investigador Sabino Cassese (*El espacio jurídico global*, 2002) destaca que no sólo el ordenamiento jurídico global carece de una autoridad superior dotada de soberanía, sino que tampoco su organización funcional tiene un centro formal, debido a su fragmentación, incompletud y asimetría seccional, ramal o regional, cuya estructuración está diseminada en competencias estatales, supranacionales y transnacionales o intergubernamentales (1.850 organizaciones).

Este ordenamiento es en realidad un abigarramiento jurídico global, cuya legitimación no proviene de un consenso formulado desde y a través de una ciudadanía, por la adscripción espacial al territorio estatal-nacional de la misma. El sustituto de una tal especie de legitimidad es la legalidad aceptada a partir de la costumbre y su obligatoriedad (*pacta sunt servanda*). Este derecho es democrático no tanto por la igualdad de sus sujetos -manifiestamente inequiparables-, cuanto por la consagración de procedimientos equitativos obligatorios y de jurisdicciones acordadas. Las normas de los pactos, convenios o tratados que obligan a los Estados, son complementadas con otras de rango y función específicos pro-

ducidas por las organizaciones internacionales y cuyos destinatarios son básicamente los Estados periféricos o comunidades subestatales (autonomías o gobiernos locales).

Por su parte las comunidades sectoriales privadas (conglomerados y empresas) han producido también normas de derecho comercial y contractual (*corporate law making*), aunque también podemos agrupar algunas de relativa vinculatoriedad, referentes a condiciones de trabajo, seguridad, responsabilidad en la tutela ambiental, protección de consumidores, etc. Según Cassese este último sistema normativo presenta las siguientes características:

- Sus preceptos mayoritariamente son indicativos y no imperativos como lo son las normas intraestatales o internacionales.

- Su desempeño provoca gran variedad de efectos colaterales por su inubicuidad territorial.

- Los usos interpretativos, por su indefinición exhaustiva, les permiten alcanzar metas diversas y móviles.

- Sus normas son de variada procedencia -supranacional y nacional-, por lo que el campo de su actuación es más extenso que el del derecho internacional.

El abigarramiento global así generado, se afianza en disposiciones e instrumentos para resolver sus controversias, fijadas aquellas en convenciones sectoriales y Tribunales de Justicia (Tribunal Internacional, Tribunales europeo y americano de Derechos Humanos, Órgano para la resolución de conflictos de la OMC, Tribunal Internacional de Derecho Marítimo, Tribunal Penal Internacional, etc.), así como de centros de arbitraje. Todos estos órganos producen normas (*judge-made law*) o precedentes aceptados.

¿Cómo salvaguardar la soberanía nacional y democrática en el contexto de tal abigarramiento jurídico dentro de los procesos de integración continental en marcha?.

Esta interrogante es crucial y atañe a la pertinencia y eficacia de los sistemas legales y a la jerarquización de su aplicación: Los tratados internacionales, suje-

tos a aprobación o improbación por el Congreso, previo dictamen sobre su coherencia por parte del Tribunal Constitucional, prevalecen sobre leyes y otras disposiciones (Art. 163 CPRE) pero no pueden alterar la Constitución, ya que ésta tiene que ser cambiada sólo a través de sus propios mecanismos de reforma, previstos en ella misma, por cuanto posee reservas que le sirven para reforzar sus valores fundamentales y principios básicos, entre los cuáles destaca precisamente el de la soberanía.

Las competencias, por ejemplo, correspondientes a los órganos del poder estatal y a las instituciones públicas -atributos esenciales de la soberanía-, no son transferibles a través de acuerdos o convenios sino tan sólo su ejercicio, por lo cual aquellas continúan, en tales casos, subordinadas al imperio del Estado, habida cuenta de que el enunciado ordenador permanece consagrado en las reglas constitucionales, y cualquier modificación de ellas se refiere exclusivamente al ámbito de su aplicación, tal como lo tienen establecido la doctrina jurisprudencial y la teoría constitucional. Sería forzado entonces sostener que, aun aprobándose legislativamente un tratado internacional por el cual se deleguen determinados ejercicios competenciales a órganos o jurisdicciones externas creados por dicho acuerdo, ello conllevaría una cesión de lo que, por definición, es intransferible: la soberanía, cuya titularidad está radicada en el pueblo y no en la autoridad constituida.

Como se aprecia, en medio de la incertidumbre proveniente de la dispersión asimétrica impuesta a la globalización por los poderes monopólico-imperiales, una cierta sistematicidad jurídica formulada en clave pluricultural y multirreferencial por su axiología, asequible a una permanente redefinición, es absolutamente indispensable -aun a despecho de su carácter abigarrado-, como condición para garantizar la diversidad de derechos frente al mandato hegemónico y homogenizador del imperialismo. Ese "ordenamiento" flexible y disperso, debe ser sin embargo, lo suficientemente vinculante como para sustentar las relaciones globales, basándose en una legitimidad no referida exclusivamente al consentimiento jurídico de los Estados y al acuerdo de la comunidad internacional, sino sobre todo a su refrendación por parte de una ciudadanía global en gestación -cuyos atributos no pueden ser otros que la igualdad material en el disfrute de sus derechos, la responsabilidad individual y colectiva por sus actuaciones e iniciativas y, el acceso garantizado a mecanismos eficientes para sus garantías por parte de organismos jurisdiccionales-. Sólo en tal marco de confianza y de rela-

tiva estabilidad -imprescindible para dotar de certeza al accionar humano-, se posibilitaría el despliegue de aquellas convicciones que recojan el acervo y susstrato de nuestro discernimiento racional, y su concreción en tutelas y salvaguardas diseñadas predictivamente. Para obtener el *status iuridicus* de una asociación humana constantemente libre, no fundada en la coacción, es insuficiente lo que propugnaba Kant -el acuerdo entre Estados-. Se requiere además, un consenso ciudadano global, cuyo cauce precisa ser construido.

Epiqueya (*epikeia*) es el término griego de justo, cuyo sinónimo es actitud equitativa. Ella requiere pluralidad de perspectivas dentro de la diversidad de ordenamiento, pero simultáneamente legitimidad ordenadora, afianzada en principios y normas consentidas que sometan a su imperatividad los restantes subsistemas y a la misma actuación de las estatalidades. Todo esto a su vez nos remite al ordenamiento internacional y a sus órganos rectores, cuyo diseño y funcionamiento demandan una reestructuración para tornar eficaz su jurisdiccionalidad.

Este profuso aglomeramiento normativo, en el cual se expresan voluntades hegemónicas cuestionadoras incluso de su trazo arquitectónico elemental y de sus difusas cimentaciones, precisa además de un orden político global democrático, una "cosmópolis" de ciudadanía intensa *urbi et orbi*, ecuménica por su alcance y diversidad, pluri e interculturalmente conformada en sus contenidos, regional por su identidad; condensada ella en una nueva eticidad solidaria que cimente y potencie un *ius cogem* producido por órganos auténticamente representativos en su designación, en su responsabilidad real y en la sujeción a un estricto control societal.

### ***Un nuevo momento constitutivo: lo nacional y lo global***

¿Para qué es necesaria una Constitución? En esta interrogante se resume un debate latente no sólo en nuestro país, sino en distintas latitudes y circunstancias de un mundo abocado a transitar el umbral de una nueva etapa de su evolución, convencionalmente calificada como postmodernidad y cuyos rasgos salientes son: la globalización en andas de la revolución comunicacional técnica y electrónica, y, la expansión de las ciencias hacia nuevas fronteras micro y macrocósmicas. Como señala el destacado científico belga Ilya Prigogine "Nos estamos desplazando de un mundo de certezas a un mundo de probabilidad", el cual

nos enfrenta a "la emergencia de una nueva idea de racionalidad en la que la razón no estará ya asociada a la certeza, ni probablemente a la ignorancia. En este contexto, la creatividad de la naturaleza y la del hombre hallarán su lugar verdadero".

En este medio de incertidumbre, desazón y búsqueda de nuevos conceptos para nuevas realidades, de creatividad para enfrentar a los retos emergentes, y de reajuste en las relaciones entre la naturaleza y la humanidad, se incluye, por supuesto, la necesidad de una reorientación en el seno de las colectividades sociales y además en el sistema político universal. Es un momento de inflexión total, un salto hacia una nueva civilización, en la que los tradicionales valores premodernos y modernos se reformulan y relativizan, mientras nuevas proposiciones complejas y procedimientos alternativos se despliegan en la práctica social.

Una Constitución no es más que un acuerdo fundacional sobre cuyos principios, valores y preceptos las agrupaciones y actores sociales conviene establecer y mantener instituciones basadas en normas reguladoras, por las que se les asignan competencias y atribuciones a estos; al mismo tiempo que, en ellas se les garantizan derechos y procedimientos individuales, colectivos y sociales a los ciudadanos, habitantes de un territorio organizado. Vista así, la Constitución es un inicio que no sólo dota de un origen legítimo a la organización social, sino que además proyecta una identidad jurídica autorregulable y recomponible en torno a sus objetivos. En realidad, no existe una Constitución, sino que en cada comunidad a lo largo de su historia se dan tantas cuantas fueren indispensables para readecuar la vida social, cuando así lo requieran los cambios que se operan en los fundamentos esenciales de ésta y en los principios específicos que las orientan. En el caso del Ecuador, pese a las variantes secundarias de las normas que animaron constituciones coyunturales correspondientes a situaciones políticas mudables, los grandes tipos de constituciones fueron, indudablemente, las de 1830 y 1835 que originasen al Estado corporativo censitario del Presidencialismo caudillista, la de 1845 que sentara las bases del Estado de representación hacendaria, cuya culminación se alcanzase con el régimen de Gabriel García Moreno y con los gobiernos "progresistas" decimonónicos; la de 1906, que a su vez instituyó el Estado moderno laico y la de 1945 que delinease el rasgo electivo-representativo y social prolongado hasta el actual ordenamiento, cuya novedad es la fundamentación de la diversidad multiétnica, regional y pluricultural del Ecuador.

Requerimos hoy de un nuevo ordenamiento porque estamos inmersos en un momento nuevo, el cual demanda una regeneración de la sociedad ecuatoriana, para que ella sea múltiple tanto en su fundamentación básica como, sobre todo, en su organización normativa e institucional.

Ante la democracia -en torno a cuya arquitectura estructural se fundamenta la sociedad ecuatoriana-, se plantean tres grandes temas referenciales los cuales permiten transparentar su contenido, por lo que no pueden eludirse en la formulación de una nueva Constitución:

La diversidad étnica y regional constitutiva de la sociedad y la pluralidad de sus manifestaciones que fluyen incontenibles-desbordando el esquema del Estado unitarista rígidamente centralizado y jerarquizado-, es una fortaleza que precisa ser debidamente encausada con métodos que representen la libre voluntad asociacionista expresada, y la facultad de autogobernarse sin más cortapisas que las que impongan los derechos fundamentales, y la solidaridad consciente acerca de un destino común a compartir.

La desigualdad, entendida como obstáculo al libre desarrollo individual y colectivo y como inequidad sustancial de situación y de oportunidad, por el contrario, es una debilidad que corroe y degrada a la democracia, tanto en su representatividad delegada a un aparato elitista de carácter monocrático y concentrador de la capacidad de decisión, como en la participación, circunscrita a procedimientos formales ejercibles sólo bajo control burocrático. El acceso a una más amplia posibilidad de expresión de los diversos intereses en el Estado, contribuiría a derruir vallas de contención y privilegios estatuidos, para potenciar un demos indispensable en la vida social.

El posicionamiento en la integración y en los procesos de globalización, poniendo a salvo en ellos la soberanía e integridad y desplegando activamente nuestras posibilidades, es una carencia que afecta sobremanera a la sociedad ecuatoriana. Una adecuada relación entre normas internas y tratados o convenios para promocionar una articulación flexible, pero basada en principios y en preceptos universales, puede dotarnos de garantías reivindicables y justiciables sólidas, respetables, en una situación internacional que requiere salvaguardas contra atentados a la soberanía y a la autodeterminación.

Atravesando tangencialmente este conjunto de sistemas autorregulables, se encuentra un eje oscilante dentro de un campo de fuerzas político, el cual lo conforman los espacios reales de participación ciudadana en los procesos formativos de las decisiones estatales y en el control societal, por una parte, y, los mecanismos garantistas que tornan accesibles y eficaces a los derechos fundamentales en su vigencia. Ninguna solución parcial de los problemas enunciados que se precie como democrática podrá ser duradera y trascendente, sin la regulación autosostenible y legitimadora del sistema político que conforma esta articulación estructuradora, por medio de la cual se hace efectivo el principio de soberanía popular.

No es posible, sin embargo, concebir que este modelo estatal pueda configurarse como un "Estado sin enemigo" cual sostiene una autodenominada Tercera Vía (Giddens), haciendo alusión a la desaparición del bloquismo ideológico imperante en el periodo durante el cual, el socialismo constituía un sistema autárquico confrontado con el capitalismo y a un supuesto predominio incontrastable del paradigmático "Libre Mercado". El entronizamiento de un poder imperial implica una constante amenaza a la integridad y soberanía de los Estados, particularmente de aquellos que contrarían las pretensiones de quienes que anhelan convertir al planeta en rediles, cercados por una trama global de subordinación.

"La soberanía es un concepto anacrónico originario de un tiempo pasado, cuando la sociedad estaba formada por gobernantes y súbditos, no por ciudadanos [...] la soberanía real pertenece al pueblo que la delega en sus gobiernos. Si éstos abusan de la autoridad que les han conferido, y los ciudadanos no pueden corregir ese abuso, la injerencia extranjera está justificada" (!) [...] "ya que los conflictos armados y los regímenes represivos pueden suponer un peligro fuera de sus países, a todas las naciones democráticas les interesa superar los problemas de la actuación colectiva para promover sociedades abiertas en todo el mundo".

De tal talante filibustero es el enunciado justificador del intervencionismo imperial-colonial que formula el conocido magnate George Soros, en un artículo aparecido en la revista *Foreign Policy* (edición española, febrero-marzo, 2004). No se trata tan sólo de una disquisición publicística o de una visión alucinada de la realidad, fruto de algún desvarío. Es la voluntad omnímoda del capital financiero especulativo oligopólico, expresada con precisión por uno de sus más connotados integrantes, cuya desfachatez es ya proverbial.

Acompasadamente con este planteamiento, el Secretario de Estado norteamericano Collin Powell asevera en otro artículo, que el fundamento "principista" de la estrategia diseñada por el Presidente George Bush de guerra preventiva (léase de la agresión e intervencionismo) contra el terrorismo a nivel global, es la promoción de la libertad y la dignidad a escala planetaria (*Foreign Affairs*, January - February, 2004: "A strategy of partnership", N.Y.)

La lógica policial del imperio, recubierta con el ropel de los derechos humanos y la sociedad democrática "abierta", se explicita desde los sustentos del poder actual: la trama urdida en torno al capital tecnoelectrónico navegante en la hiperrealidad, y a los aparatos estatales de gran potencia, los cuales manipulan desde su poderío a tecnoburocracias de organismos y entidades supranacionales para imponer sus intereses.

Las intervenciones y ocupación de Afganistán e Irak, la deposición del Presidente Jean Bertrand Aristide en Haití, las campañas sediciosas contra Cuba y Venezuela, la intervención creciente en Colombia, perpetradas por la administración Bush, no son meros fenómenos pasajeros debidos al auge del terrorismo o a veleidades electorales para cortejar a un segmento conservador, aunque tales factores estén indudablemente presentes. Se trata esencialmente de un viraje periodizable que se produce en el contexto de la globalización: la conformación de una administración imperial agresiva de funcionarios administrativos y militares, relacionados directamente con el gran capital transnacional financiero especulativo y con la industria armamentista, articulados en un sistema institucional supranacional, en torno a los cuales se entreteje una maraña de alianzas y pactos de intereses hegemónicos de diverso tipo. El reforzamiento del dominio y la sojuzgación, las imposiciones en política económica, la prepotencia cultural y la inequidad en los intercambios son otras tantas expresiones de esta nueva configuración postmoderna del poder imperial.

A frase hueca suena entonces, el discurso sobre la opacidad del Estado como tendencia general o, aquel otro sobre su sustitución por una red poliárquica en la que se diluiría la capacidad decisoria, distribuida por igual entre distintos centros. La desterritorialización del Estado postmoderno es, en realidad, un proceso de transnacionalización por el cual la soberanía de los países periféricos como ejercicio jurisdiccional, es transferida parcialmente a sistemas externos, mientras que la descentralización de su actividad encubre, básicamente, una reconcentra-

ción del poder en un conjunto de variadas organizaciones, acuñadas, promovidas y dirigidas por corporaciones monopólicas que expanden sus operaciones hacia el espacio cósmico y a las profundidades marinas, inclusive.

En tales condiciones, la reestructuración de los Estados nacionales se plantea como una encrucijada: o los procesos de integración regional y continental acompañados de la formación de espacios de gestión compartidos y la descentralización territorial-administrativa, junto a la promoción de un conjunto de garantías sobre los derechos humanos, provocan un cambio real en la democratización, desconcentradora del poder que detentan los sectores financieros dominantes a favor de los pueblos, nacionalidades y etnias subyugados y explotados; o, los mismos conducen al reforzamiento y consolidación de las transnacionales, por medio del debilitamiento de la capacidad soberana del Estado.

La reforma del Estado, y -como parte de ésta-, del sistema de gobierno, de la representación y de la participación, son requisitos indispensables para una gobernanza adecuada que garantice el desarrollo democrático, la soberanía auténtica y el bienestar sostenido y sustentable del Ecuador y de los restantes estados latinoamericanos.

En la perspectiva de ese nuevo horizonte a conquistar -la sociedad global autónoma, equitativa y justa, fundada en todos los saberes y no en "un" conocimiento tecnocrático excluyente-, nuestro reto es desembarazarnos del neo-concertaje de la deuda externa y de sus obligaciones serviles; del concordato colonial con el Fondo Monetario Internacional que son las cartas de intención; de un confesionalismo excluyente remozado en su cuño como es el credo neo-liberal (o neo-conservador); y, de sus instrumentos de dominio: los tratados de libre comercio; con los cuales va generando una nueva categoría de efecto genocida sobre la pobreza: la de la exclusión, que convierte en desechables a vastos segmentos de la población.

Otra estatalidad ciudadana es imprescindible para cobijar la esperanza y proyectarla a su espacio cósmico de vigencia.

***Bibliografía:***

Albertí Rovira, Enoch y Eduard Roig Moles. *El proyecto de nueva constitución europea*. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

Cárcova, Carlos María. *Derecho, Política y Magistratura*. Editorial Biblos, Buenos Aires 1996.

Cassese, Sabino. *Investidura como Doctor Honoris Causa*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo. Universidad de Castilla-La Mancha. Ciudad Real, 2002.

De Trazegnies, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, 1993.

Dromi San Marino, Laura. *Derecho Constitucional de la Integración*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 2002.

Garaicoa, Xavier. *Hacia un sistema constituyente de derechos humanos. Reflexiones en torno a la justicia constitucional*. Departamento de publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, 2003.

Ghersí, Carlos Alberto. *Metodología de la investigación en ciencias jurídicas*. Ediciones Gowa, Buenos Aires 2001.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Bienestar y Constitución*. Tecnos, Madrid 2001.

Ramírez Cardona, Alejandro. *El Estado de Justicia*. Editorial Temis S. A., Bogotá 1996.

# LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS CONVENIOS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

*Vicente Juan Calafell Ferrá*

*Doctor en Derecho*

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional*

*Universitat de les Illes Balears*

## SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Fundamento de los convenios: el principio de cooperación.*
3. *Fuerza vinculante de los convenios.*
4. *Un límite de los convenios: la inalienabilidad de las competencias.*
5. *Aspectos formales de los convenios.*
6. *Eficacia de los convenios frente a terceros.*
7. *Terminación de los convenios.*
8. *Impugnación de los convenios.*
9. *Particularidades de los convenios entre Comunidades Autónomas.*
10. *Apéndice: jurisprudencia citada.*

## *1. Introducción*

Los convenios han adquirido en los últimos años un notable peso en las relaciones entre las Administraciones Públicas. El análisis de éstas permite constatar, en efecto, el frecuente uso de esta figura. Las diversas Administraciones celebran convenios entre sí -aunque no de un modo homogéneo; por ejemplo, los suscritos entre el Estado y las Comunidades Autónomas se cuentan por centenares al año, mientras que el número de los concertados exclusivamente entre las segundas hasta hoy es casi anecdótico- para los más variados fines, y mediante ellos comprometen cuantías nada desdeñables de fondos públicos.

Esta relevancia de los convenios entre Administraciones Públicas contrasta con la no muy abundante jurisprudencia sobre ellos. Los motivos de esta escasez pueden ser varios. Por un lado, las controversias que susciten los convenios se habrán de dilucidar, por lo general, ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y, hasta hace poco, la configuración de su ámbito de conocimiento y del procedimiento a seguir no facilitaba precisamente la sustanciación de tales litigios. La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 nada decía sobre el enjuiciamiento de los conflictos derivados de los convenios; y la ordenación del procedimiento, pensada para el enfrentamiento de dos partes en posición dispar (el administrado frente a la Administración, autora del acto, decisorio y ejecutorio, que se impugnaba), respondía al modelo de proceso revisor de apelación, en el que el acto administrativo hacía las veces de sentencia de primera instancia, pero no estaba diseñada para la contienda de dos Administraciones en un plano de igualdad<sup>1</sup>. Esto suponía, respecto de los conciertos entre entidades públicas, que, si una parte quería hacer valer frente a otra una pretensión derivada de un convenio, había de formular el oportuno requerimiento al efecto para provocar el acto, expreso o presunto, contra el que plantear el recurso contencioso-administrativo<sup>2</sup>. Esta solución fue refrendada por el Tribunal Supremo (Sentencia de 7 de marzo de 1987)<sup>3</sup>.

1. R. Parada Vázquez: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. (Estudio, comentario y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 80.

2. J.M<sup>a</sup>. Rodríguez de Santiago: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 406-408.

3. En ella, el Tribunal Supremo no admitió el recurso interpuesto por un Ayuntamiento frente al requerimiento de pago formulado por otro de ciertas cantidades debidas en virtud de un convenio entre ambos sobre suministro de agua. Para el Tribunal, ésa era una actuación de trámite, no impugnabile, y sólo se estaría ante un acto administrativo susceptible de recurso cuando el que fuera requerido de pago se manifestase de forma expresa o presunta ante dicha pretensión, sin que hasta ese acuerdo existiera un acto definitivo que pusiera término a la controversia generada por la distinta apreciación de los contratantes (FJ 1).

La vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, en cambio, sí contiene expresas referencias a los convenios entre Administraciones Públicas dentro de los asuntos cuyo conocimiento corresponde a los tribunales de ese orden (artículos 10.1.g) y 11). Por lo demás, tal atribución de competencia ya venía anticipada por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP-PAC), aunque sólo para los convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas (artículo 8.3). Asimismo, parece que la Ley de 1998 ha eliminado algún obstáculo para la consideración igualitaria de las partes en el proceso cuando éstas sean dos entidades públicas (artículo 44.1)<sup>4</sup>. Finalmente, el Tribunal Supremo ha afirmado que la regla general en los conflictos entre Administraciones Públicas es el conocimiento de las pretensiones correspondientes por los órganos jurisdiccionales (dos Sentencias de 26 de julio de 2002, FJ 5). De este modo, aunque teóricamente no queda descartado el ejercicio de la autotutela administrativa, éste queda reducido, y aun con limitaciones, a aquellas relaciones entre Administraciones en que se dé una determinada situación de sujeción, cosa que no ocurre en los convenios.

Por otro lado, aunque, desde el punto de vista teórico, es indiscutible que el carácter jurídico, y la consiguiente fuerza vinculante, de los convenios implica la posibilidad para las partes de exigirse judicialmente el cumplimiento de los compromisos contraídos, lo cierto es que la garantía judicial de los convenios entre Administraciones Públicas puede tener una trascendencia práctica relativa. Como se ha advertido, el control judicial de los convenios supone trasladar a los tribunales la decisión de un problema esencialmente político, como es si debe haber o no cooperación entre entidades públicas -y, en la primera hipótesis, qué contenido debe tener- justamente cuando entre ellas no hay coincidencia de pareceres<sup>5</sup>. Por el contrario, a la hora de resolver sus discrepancias, las entidades públicas optan a menudo por acudir a vías de entendimiento mutuo y de composición de sus recíprocos intereses; vías que, naturalmente, son políticas y administrativas, no jurisdiccionales<sup>6</sup>.

En suma, no son muchas las sentencias sobre los convenios entre Administraciones Públicas. Esto, sin embargo, no minora la importancia de la

4. P. Martín Huerta: *Los convenios interadministrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 336.

5. A. Hernández Lafuente: "Relaciones entre Administraciones Públicas", *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1993, págs. 69-71.

6. J. Tornos Mas: "Órganos mixtos de colaboración y reducción de la conflictividad", *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 1, 2002, págs. 201-202 y 215.

interpretación judicial en este terreno. Al contrario, la jurisprudencia puede desempeñar un importante papel precisamente allí donde la regulación de una materia es escueta, dispersa y fragmentaria, como todavía ocurre con los convenios, pese a algunos avances normativos en los últimos años. Así, los tribunales pueden ayudar a extraer los principios y reglas que conforman el régimen de los convenios entre entidades públicas<sup>7</sup>. Por ello, tal vez merezca la pena dedicar algunas líneas a exponer y comentar dicha jurisprudencia. Como se ha adelantado, ésta es, sobre todo, contencioso-administrativa -no sólo del Tribunal Supremo, sino también de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, a quienes la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa confiere el conocimiento de los recursos que susciten los convenios-, pero también hay resoluciones del Tribunal Constitucional, pues es posible que algunos procedimientos que caben ante él tengan por objeto, directo o indirecto, un convenio entre entidades públicas (como vino a reconocer el mencionado artículo 8.3 de la LRJAP-PAC).

## ***2. Fundamento de los convenios: el principio de cooperación***

En España, el Tribunal Constitucional y la doctrina reconocen que el principio de cooperación debe regir el funcionamiento del Estado autonómico. Su presencia es requerida en nuestro ordenamiento como consustancial a la propia naturaleza del régimen de descentralización política y administrativa, igual que acaece en otros Estados compuestos<sup>8</sup>. La exigencia de cooperación está presente en todos los ordenamientos compuestos, si bien su contenido concreto varía de unos a otros. La cooperación, como principio general, rige las relaciones entre las diferentes entidades territoriales del Estado en el ejercicio de sus respectivos poderes, con el fin de lograr un funcionamiento coherente y armónico del conjunto; y al servicio de este objetivo se pueden disponer técnicas diversas y de vario alcance, entre las que están los convenios. Respecto a ellos, el Tribunal Constitucional afirmó que son una fórmula "que responde a ese principio de coo-

7. E. Albertí Rovira: "El régimen de los convenios de colaboración entre Administraciones: un problema pendiente", *Informe Comunidades Autónomas 1996*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1997, vol. I, pág. 621.

8. Para una exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del principio de cooperación se pueden ver A. De Marcos Fernández: "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de cooperación", *Documentación Administrativa*, núm. 240, 1994, págs. 265-353; D. Fernández Manjón: *La colaboración en el Estado compuesto asimétrico. El caso de España*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2001, págs. 480-497; y J.C. Allí Aranguren: "El principio de cooperación en la doctrina del Tribunal Constitucional español", *Revista de Estudios Autonómicos*, núms. 2-3, 2002-2003, págs. 163-198.

peración inherente al Estado de las Autonomías y en el que debería profundizarse" (Sentencia 13/1992, FJ 10).

Al cooperar entre sí, las entidades públicas parten de una situación de igualdad o paridad jurídica, que impide que ninguna de ellas pueda imponer unilateralmente su decisión a las otras. De esta manera, cuando el Tribunal Supremo resolvió un conflicto entre el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario y la Diputación Provincial de Zamora, motivado por la pretensión del primero de entregar a la segunda unas obras (la construcción y mejora de determinados caminos) más numerosas y distintas de las que previamente había ofrecido el Instituto y había aceptado la Corporación Local, dijo que la relación creada entre las dos Administraciones "excluye toda posible consideración en el Estado de una actuación imperativa o de autoridad de contenido unilateral y decisorio [...]; es decir, como se ve no se da en el caso esa resolución de superioridad, sino que la actuación constituye una relación de cooperación entre organismos administrativos que aunque de distinta naturaleza, actúan como tales en una situación de igualdad y en orden a conseguir la satisfacción de intereses comunes, todo lo cual, aunque no suficiente para definir la naturaleza jurídica de la relación establecida, sí excluye absolutamente esa posibilidad de actuación unilateral y decisoria de que habla la Administración recurrente" (Sentencia de 16 de marzo de 1987, FJ 7).

La esencial posición de igualdad de las partes en los convenios es incompatible con la superioridad de una de ellas -la Administración contratante- en la contratación pública, por cuanto en los convenios ambas partes ostentan carácter público y representan intereses generales<sup>9</sup>. Así lo viene a reconocer la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), al dejar fuera de su ámbito de aplicación los convenios de colaboración entre entidades públicas (artículo 3.1.c)). El Tribunal Supremo, en la misma Sentencia de 16 de marzo de 1987, se pronunció en estos términos respecto de una relación entre Administraciones Públicas que calificó de cooperación: "Nos hallamos, por lo tanto, ante una relación de concierto entre órganos administrativos que, aunque tiene ciertas concomitancias con los contratos, en cuanto responde como estos a una concurrencia de voluntades coincidentes sobre un determinado objetivo y orientadas a una específica finalidad, rebasa o excede el específico concepto de estos, aun en su calidad administrativa, por las características y circunstancias de los concurrentes, que si de un lado tienen ambos una postura oficial o de autoridad quizá no

9. J.L. Rivero Ysern: "Fórmulas administrativas de cooperación intermunicipal", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 228, 1985, pág. 666.

absolutamente identificable, de otro excluyen, cual se ha indicado, esa postura de "imperio", característica de la Administración en los contratos administrativos, circunstancia ésta determinante de una cierta situación de igualdad entre ambas partes, excluyente tanto de la posibilidad de actuación del *ius variandi* de la Administración, cuanto de quedar reservada a los Tribunales la facultad impositiva en cuanto a la ejecución de lo pactado, si ello no se lleva a término por las partes interesadas de común acuerdo" (FJ 8).

No parece, empero, que haya que negar de modo absoluto la posibilidad de una relación contractual de subordinación entre Administraciones Públicas, en la que una se sitúa frente a otra en una posición idéntica a la de un particular. Sin embargo, estas situaciones no serán la regla, sino que, al contrario, tendrán un carácter excepcional. En este sentido, el Tribunal Supremo ha acogido de forma expresa la reiterada doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación de la legislación de contratos públicos a relaciones entre Administraciones: las numerosas dificultades que suscita esa aplicación -por ejemplo, en cuanto a las normas sobre la acreditación de las condiciones para contratar, la clasificación, el régimen de garantías o las prohibiciones para contratar- implican que los vínculos de contenido contractual entre entidades públicas se hayan de llevar normalmente por la vía de convenios de colaboración, y sólo excepcionalmente puedan dar lugar a verdaderos contratos administrativos (Sentencia de 4 de julio de 2003, FJ 4).

### ***3. Fuerza vinculante de los convenios***

La nota distintiva de los convenios, frente a otros pactos o actuaciones de relación entre Administraciones Públicas, radica en su carácter jurídico. Lo que cualifica los convenios es que de ellos no nace entre las partes una simple trabazón fáctica o política, sino, al contrario, un vínculo de Derecho y, por ende, obligatorio. Como dijo el Tribunal Supremo al resolver un recurso relativo al pacto entre varios partidos políticos para el gobierno de un Ayuntamiento, "la conclusión de los pactos políticos, al igual que las promesas electorales, no engendra la existencia de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles en caso de incumplimiento" (Sentencia de 29 de mayo de 2002, FJ 7).

La fuerza de obligar de los convenios supone la mutua vinculación de las partes a los compromisos que mediante ellos contraen. Tales compromisos se traducen en verdaderas obligaciones para las entidades suscriptoras, de manera

que, si éstas no las llevan a cabo en los términos estipulados, contravendrán lo acordado y, por consiguiente, incumplirán el convenio. Esto tiene como consecuencia la responsabilidad de la parte que ha incumplido y la existencia a favor de la otra de cauces jurídicos para exigir esa responsabilidad<sup>10</sup>. Resulta, en consecuencia, inherente a la propia naturaleza del convenio la posibilidad de reclamar su cumplimiento, con la imposición y ejecución forzosa -decretada judicialmente- de los compromisos asumidos y no satisfechos.

El Tribunal Constitucional ha afirmado la fuerza obligatoria de los convenios entre entidades públicas. Así lo hizo en la Sentencia 44/1986, con relación a un convenio entre Comunidades Autónomas: "El cuadro constitucional y estatutario expuesto en el fundamento anterior [el artículo 145.2 de la Constitución y los preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía] es aplicable a los convenios; pero no se extiende a supuestos que no merezcan esa calificación jurídica, como pudieran ser declaraciones conjuntas de intenciones, o propósitos sin contenido vinculante, o la mera exposición de directrices o líneas de actuación. El problema consiste, por tanto, en analizar la naturaleza del documento y el carácter de sus cláusulas. Ciertamente hay algunas que por su amplia generalidad y su falta de contenido vinculante pudieran no alcanzar la naturaleza propia de un convenio" (FJ 3). En el Auto 192/2001, respecto a un convenio entre diversas entidades públicas (la Administración General del Estado, la Generalidad de Cataluña y las Universidades públicas de esa Comunidad Autónoma), dijo: "Se trata, pues, de un acuerdo cuyos contenidos normativos no se imponen jurídicamente a la Generalidad de Cataluña, perturbando el ejercicio pacífico de sus competencias. Antes bien, los derechos y obligaciones emanados del convenio gozan de fuerza jurídica vinculante en la medida en que son expresión de un compromiso asumido por la propia Comunidad Autónoma, cuyo consentimiento al convenio comporta la incorporación del mismo al ordenamiento jurídico autonómico" (FJ 3).

La jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo -y de otras instancias- ha reconocido también esa fuerza vinculante de los convenios entre Administraciones Públicas. Si bien los pronunciamientos al respecto no son muy numerosos, se pueden encontrar algunos -como el siguiente- que se orientan claramente hacia el carácter obligatorio de los convenios y la consecuente aptitud de los compromisos asumidos para ser exigidos judicialmente, aun a pesar de la voluntad de una de las partes de no cumplir lo pactado: "Ante

10. E. Albertí Rovira: "Los convenios entre Comunidades Autónomas", *Documentación Administrativa*, núm. 240, 1994, págs. 113-114.

un contrato o convención válidamente celebrado, con la observancia de las formalidades legales y sin vicios que lo invaliden, lo primero que de ello se deriva es el nacimiento de obligaciones de todos los contratantes y el derecho de exigirse mutuamente el contenido de lo pactado, ya que el contrato tiene fuerza de ley entre los contratantes, debiendo cumplirse a tenor del mismo (artículo 1.091 del Código Civil), y no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (Sentencia de 2 de enero de 1987, FJ 7). En el mismo sentido, señaló que "son aplicables a los convenios los principios esenciales de los negocios jurídicos bilaterales, por lo que hay que concluir reconociendo la fuerza vinculante de los convenios en tanto no se declare su invalidez o su ineficacia sobrevenida por virtud de acontecimientos posteriores que así lo impongan" (Sentencia de 23 de febrero de 1987, FJ 2). Estas dos sentencias -así como la de 20 de abril de 1987- resolvieron los recursos planteados por un Ayuntamiento contra la negativa de otros a atender el requerimiento de aquél para que cumplieran la obligación, que habían asumido mediante un convenio entre diversas Entidades Locales y una empresa nacional, de suscribir un paquete de acciones para la constitución de una sociedad. El Tribunal condenó a los Ayuntamientos requeridos a llevar a cabo la correspondiente suscripción de acciones.

En la Sentencia de 17 de julio de 1996 -atinente a un convenio sobre asistencia sanitaria celebrado en 1976 entre el Instituto Nacional de Previsión (posteriormente, de la Salud) y el organismo autónomo Administración Institucional de la Sanidad Nacional, en cuya posición se subrogó años después la Comunidad Autónoma de Cantabria al asumir las competencias que ese organismo ejercía-, el Tribunal Supremo afirmó que el respeto a los compromisos adquiridos por convenio impide a una parte utilizar su potestad reglamentaria o su decisión imperativa para alterarlos unilateralmente. El *ius variandi*, de que sin duda son titulares las entidades públicas, no se puede emplear para cambiar unilateralmente lo estipulado; antes bien, para desvincularse del convenio hay que seguir el procedimiento en él establecido (FJ 7). Si se prevé una modificación pactada de lo convenido, no cabe la variación decidida unilateralmente por una parte; en caso contrario, se desconocerían las prescripciones de los artículos 1.254, 1.255, 1.256, 1.258 y 1.281 del Código Civil, que impiden dejar el cumplimiento de lo acordado al arbitrio de uno de los estipulantes (FFJJ 4 y 5). El mismo sentido tenía la Sentencia de 16 de marzo de 1987 (FJ 8). El Auto del Tribunal Constitucional 192/2001 abundó en esta línea. En él no se admitió a trámite un conflicto positivo de competencia planteado por una Comunidad Autónoma en

relación con un convenio que había suscrito con el Estado y con las Universidades públicas existentes en ella. La recurrente adujo que se vio forzada a firmar el convenio, pues, de no hacerlo, las Universidades hubiesen dejado de percibir unos ingresos para su funcionamiento ordinario, y esto las habría colocado en una situación de discriminación financiera respecto de las demás (antecedente 4). Ante tal alegación, el Tribunal Constitucional arguyó: "El poder público que ha suscrito un convenio porque, en cierto modo, se encontraba en una situación que le compelia a ello, ha de reaccionar con arreglo a la propia dinámica institucional del instrumento jurídico utilizado -en este caso la convencional- y por ende, plantear, en primer lugar, la cuestión relativa a la existencia o no de un vicio de consentimiento, interesando, en su caso, la resolución de lo conenido conforme al procedimiento expresamente pactado por las partes" (FJ 3).

A ello hay que unir, en fin, que han recaído sentencias que condenaban a una Administración Pública al cumplimiento *in natura* de la prestación que se había comprometido a llevar a cabo mediante la suscripción de un convenio. Es el caso de las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero, 23 de febrero y 20 de abril de 1987, que se acaban de citar. Anterior a ellas es la Sentencia de 11 de junio de 1986, relativa a un concierto celebrado en 1972 -en el marco de un anterior convenio entre el Instituto Nacional de Previsión y los Ministerios de Educación y Ciencia y Trabajo- entre la Universidad de Valencia (a través de su Hospital Clínico) y el Instituto Nacional de Previsión, en el que, entre otras cláusulas, el mencionado Instituto se obligaba a retribuir al personal del Hospital Clínico en su componente asistencial, si bien éste quedaba vinculado laboralmente a la Universidad. Posteriormente, un grupo de trabajadores sanitarios obtuvo mediante una sentencia de la jurisdicción social la declaración del derecho a una superior proporcionalidad retributiva, ante lo que el Hospital Clínico solicitó del Instituto Nacional de la Salud (sucesor del de Previsión) el pago de las diferencias salariales respecto a dos ejercicios, así como el reconocimiento del derecho del Hospital al abono de las cantidades que se fueran devengando. El Instituto Nacional de la Salud denegó la petición con base en que, según el concierto, las retribuciones a satisfacer por él debían coincidir con las aprobadas en cada ejercicio económico para cada uno de los estamentos de personal dependientes del Instituto. El Tribunal Supremo estimó, por el contrario, que el Instituto tenía que efectuar el pago de las mencionadas cantidades por venir obligado a ello por el expresado convenio, dada su evidente naturaleza contractual y su sujeción al ordenamiento administrativo (FJ 4).

También hay que mencionar las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 6 de julio de 2000 y 16 de mayo de 2001. La primera resolvió el recurso de un Ayuntamiento contra la demora de la Generalidad Valenciana en dar cumplimiento a un convenio, suscrito entre ambas Administraciones en 1994, para la construcción por la Generalidad de un centro de salud en los terrenos que al efecto le cedió gratuitamente la Corporación Local. Dado que la obra no se iniciaba, en 1996 el Ayuntamiento -que sí había realizado las prestaciones a que se había comprometido (la citada entrega del terreno, la elaboración del proyecto de obra y del estudio geotécnico, la expedición de la licencia de obra)- exigió por dos veces a la Generalidad el cumplimiento del convenio; pero la Administración autonómica siguió sin hacerlo, pese a que hasta ese año había previsto las partidas presupuestarias para ello (FJ 2). Pues bien, el Tribunal, tras afirmar el carácter contractual de los convenios entre Administraciones Públicas (FJ 3), falló que "se reconoce como situación jurídica individualizada el derecho del Ayuntamiento a exigir de la Generalidad la construcción del centro de salud tal y como consta en el convenio". A tal fin, señaló un plazo de tres meses para que las partes concertaran entre sí las fechas de comienzo y finalización de la obra (el convenio no fijaba plazo alguno); de no recaer acuerdo, serían determinadas por el Tribunal en ejecución de sentencia. La segunda sentencia decretó que la Generalidad debía indemnizar a un Ayuntamiento los perjuicios derivados de una sentencia que condenó a la Administración municipal a abonar a un contratista las cantidades correspondientes al retraso en el pago de unas obras que la Comunidad Autónoma, mediante varios convenios con la Corporación Local, se había comprometido a subvencionar, cosa que, pese a las oportunas solicitudes del Ayuntamiento, hizo tardíamente.

#### ***4. Un límite de los convenios: la inalienabilidad de las competencias***

Aunque el Tribunal Constitucional ha sentado la necesidad de establecer mecanismos de colaboración en el Estado autonómico, también ha observado que es preciso que "se busquen soluciones de cooperación dentro del respeto a las respectivas competencias" (Sentencia 77/1984, FJ 3). Desde esta premisa, afirmó de manera tajante que no se puede aceptar que, al socaire de un convenio de colaboración entre el Estado y una Comunidad Autónoma, el primero se arroge un nuevo título competencial que menoscabe o elimine las atribuciones que incumben a la segunda por gracia de la Constitución y su Estatuto de Autonomía, ni tampoco es admisible que, merced a dicho convenio, la Comunidad

Autónoma haya podido renunciar a unas competencias que son indisponibles por imperativo constitucional y estatutario (Sentencia 95/1986, FJ 5). El Tribunal Constitucional ha hecho referencia en repetidas ocasiones a la imposibilidad de disponer de las competencias mediante la celebración de convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas (Sentencias 71/1983, FJ 1; 95/1986, FJ 5; 96/1986, FJ 3; y 13/1992, FFJ. 7 y 10)<sup>11</sup>.

La jurisprudencia constitucional viene a confirmar, por lo tanto, la idea de que el plano propio de los instrumentos de cooperación es el ejercicio de las competencias, no su titularidad. Esta precisión tiene como importante consecuencia que, según advirtió el mismo Tribunal, los convenios, en cuanto técnica de cooperación, no pueden alterar la atribución constitucional y estatutaria de las competencias, ni limitar o condicionar su ejercicio contra la voluntad de sus titulares: "Es evidente que con base en este deber recíproco de mutua lealtad, no pueden resultar ampliadas competencias del Estado ni es posible por lo mismo limitar o condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas sobre la materia a la celebración o cumplimiento de convenio alguno entre las dos administraciones territoriales" (Sentencia 96/1986, FJ 3). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, al conocer de unos litigios sobre convenios entre Entidades Locales, dijo: "La colaboración intermunicipal y la cooperación de las distintas Administraciones Públicas a que se acaba de hacer referencia no puede producirse con infracción de los postulados constitucionales y los condicionamientos impuestos por el propio ordenamiento jurídico, especialmente en lo que se refiere al diseño de las respectivas competencias que puede verse afectado cuando con la invocación de la necesaria colaboración, en lugar de una participación igualitaria, se establecen mecanismos de subordinación que resulten contrarios a la propia autonomía municipal" (Sentencias de 18 de julio de 1997, FJ 2; y 4 de

11. También cabe considerar los Autos 1240/1988 y 485/1989. En ellos, el Tribunal Constitucional estimó el allanamiento de la Generalidad de Cataluña en sendos conflictos positivos de competencia instados por el Gobierno de la Nación en relación con la autorización de unas instalaciones eléctricas por la Administración autonómica. Tras el planteamiento de los conflictos, el Estado y la Comunidad Autónoma firmaron un convenio en materia de autorizaciones de instalaciones eléctricas. Al comunicar al Tribunal su decisión de allanarse, la Generalidad alegó que el allanamiento no era propiamente una atención extemporánea del requerimiento de incompetencia formulado en su día por el Gobierno central, sino que tenía su razón de ser en el citado convenio (antecedente 6). El Tribunal, por el contrario, entendió que era indiferente que la razón que hubiera movido a la Generalidad a revocar la resolución objeto del conflicto fuera la firma del convenio con el Estado, pues lo cierto era que la Comunidad Autónoma había renunciado de manera efectiva a ejercer una competencia cuya titularidad reclamó el Estado mediante el requerimiento y el posterior conflicto. Era, por lo tanto, esa renuncia, no el convenio, lo que determinaba la imposibilidad procesal de un pronunciamiento del Tribunal sobre una titularidad competencial ya no disputada (FJ 2).

julio de 2003, FJ 9). En suma, como señaló la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de diciembre de 1998, "los convenios de colaboración no pueden suponer renuncia a las competencias propias" (FJ 3).

El fundamento de los convenios en el principio de cooperación, y su conexión con el de no disponibilidad de las competencias, implica, asimismo, que las entidades públicas sólo pueden celebrar acuerdos con eficacia jurídica en la esfera de sus atribuciones; en otras palabras, los convenios entre Administraciones Públicas no pueden versar sobre competencias que no sean propias de la correspondiente entidad<sup>12</sup>. El Tribunal Constitucional, al resolver el conflicto positivo de competencia del Gobierno de la Nación contra un Decreto del Gobierno vasco que -entre otras disposiciones- establecía unos deberes de prestación de colaboración que afectaban a entidades públicas no dependientes de la Comunidad Autónoma y a entidades privadas, afirmó: "Naturalmente, no plantean especial cuestión aquellos casos en que, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto, la cooperación se establezca por un convenio de cooperación o de una concertación, siempre que quienes celebren el convenio o concierto dispongan de poderes suficientes para ello y puedan realizarlo en el marco de sus competencias" (Sentencia 123/1984, FJ 5).

No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha aceptado que un convenio entre Administraciones Públicas se pueda establecer justamente para suplir la falta de competencia de una de ellas. Así lo ha hecho respecto del reconocimiento de efectos extraterritoriales entre Comunidades Autónomas: "La Comunidad Autónoma de Galicia no puede llevar a cabo la creación o habilitación de centros colaboradores del Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia dentro del territorio nacional [fuera de Galicia, naturalmente], pero sí podría procurar la celebración de convenios con las autoridades competentes en la materia (el Estado u otras Comunidades Autónomas, según hubieran éstas asumido competencias al respecto en su ámbito territorial) para su creación o habilitación" (Sentencia 154/1985, FJ 6). Igualmente, en un conflicto de competencia interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la pretensión de la Comunidad Autónoma de Cantabria de construir una carretera cuyo trazado discurría en parte por el territorio de la primera, estimó que la actuación de Cantabria excedía "los límites territoriales que enmarcan el lícito ejercicio de sus

12. E. Albertí Rovira: "Los convenios entre Comunidades Autónomas", cit., pág. 115; y C. Gutiérrez Vicén: "La intervención de las Cortes Generales en la celebración de convenios entre Comunidades Autónomas: la aparición de nuevos problemas", Cortes. *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 9, 2000, pág. 286.

competencias", y afirmó que "tal vulneración del orden constitucional y estatutario de competencias pudiera ciertamente haberse evitado mediante la concertación de los oportunos acuerdos o convenios entre las dos Comunidades Autónomas (artículos 145.2 de la Constitución y 30 del Estatuto de Cantabria), que hubieran vertebrado el necesario principio de cooperación que se halla presente en la sustancia del Estado Autonómico, como reiteradamente ha proclamado este Tribunal (Sentencia 146/1992). Acuerdos que, en rigor, debieran haber precedido a cualquier actuación unilateral con incidencia en la esfera competencial de otra entidad regional, modulando las exigencias del principio de territorialidad y flexibilizando el rigor excluyente que es inmanente a éste" (Sentencia 132/1996, FJ 4)<sup>13</sup>.

El Tribunal Supremo también ha tratado la efectiva titularidad de las entidades públicas sobre el objeto de los convenios que celebren. La Sentencia de 25 de noviembre de 2003 calificó como incumplimiento contractual la falta de aprobación definitiva de una modificación de un plan urbanístico que un Ayuntamiento vasco había asumido mediante un convenio con una entidad mercantil, y ello pese a entender que el Ayuntamiento se había comprometido a un resultado cuya consecución no dependía exclusivamente de él, pues la aprobación definitiva del plan pendía del acuerdo de la Diputación Foral. Al no obtenerse el resultado fijado, el Tribunal estimó que el Ayuntamiento incumplió el convenio, sin que cupiera apreciar que la asunción de dicho compromiso infringía el principio general de que nadie da lo que no tiene (FFJJ 8 y 9).

La creación de órganos comunes entre varias Administraciones Públicas por un convenio entre ellas también suscita interrogantes desde el prisma de la inalienabilidad de las competencias. La capacidad decisoria corresponde a las partes implicadas -las Administraciones Públicas que han suscrito el convenio-, no a la estructura establecida en común por ellas. Ésta tiene un carácter instrumental, para la gestión de unos servicios determinados, y todo lo que exceda de este ámbito (por ejemplo, los criterios a que se ha de ajustar la gestión de esos servicios o su prestación) debe decidirse por las entidades públicas concertadas. En la Sentencia de 18 de julio de 1997, el Tribunal Supremo siguió este criterio para

13. Aunque la Sentencia 101/1995 no se refirió expresamente a la necesidad de concluir un convenio entre las Comunidades Autónomas implicadas, esta exigencia bien podría ser extensiva al caso resuelto en ella, precisamente con miras a que no se produjera la vulneración del orden territorial de competencias que el Tribunal Constitucional apreció. El origen del litigio era un conflicto positivo de competencia promovido por la Comunidad Autónoma de Cantabria frente a la Comunidad Autónoma del País Vasco, en relación con la realización de análisis oficiales de aguas en un municipio cántabro por el Servicio Vasco de Salud y la comunicación de su resultado a las autoridades municipales.

declarar disconformes a Derecho los actos aprobatorios de un convenio de cooperación entre la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, la Entidad Metropolitana de Servicios de Transportes y la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y de Tratamiento de Residuos. Tras afirmar que el diseño de las respectivas competencias "puede verse afectado cuando con la invocación de la necesaria cooperación, en lugar de una participación igualitaria, se establecen mecanismos de subordinación que resulten contrarios a la propia autonomía municipal" (FJ 2), el Tribunal consideró que mediante el convenio se conferirían funciones de coordinación, y no de cooperación, a la Junta de la citada Mancomunidad de Municipios, "con la atribución de facultades inmediatamente ejecutivas, sin intervención de las entidades sujetas a coordinación y que afectan a Entidades municipales, como, entre otras: determinar la aportación anual de los Municipios al conjunto de instituciones metropolitanas, determinada por la suma de los componentes que se indican; recaudar a través de la Caja de la Mancomunidad las aportaciones de los Municipios y, en su caso, las transferencias locales, autonómicas y estatales afectadas a un destino metropolitano; y reasignar los recursos humanos procedentes de la Corporación Metropolitana" (FJ 5).

### *5. Aspectos formales de los convenios*

Los convenios constituyen una de las posibles técnicas de cooperación entre las Administraciones Públicas. Éstas, sin embargo, no gozan de una libertad absoluta a la hora de elegir una vía de cooperación; por el contrario, las relaciones que quieran entablar deberán adoptar en determinados casos -cuando quieran crear un vínculo obligatorio- la forma de convenio, y se habrán de instrumentar conforme al procedimiento y con las solemnidades que dispone el ordenamiento jurídico. En esas ocasiones, si no se sigue el cauce normativamente previsto, puede quedar afectada la validez o la eficacia de los compromisos asumidos<sup>14</sup>. De este modo, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de un acuerdo entre Comunidades Autónomas que contenía compromisos de contenido vinculante "por falta de un requisito constitucionalmente exigido para su validez"; en ese caso, la autorización de las Cortes Generales recogida en el artículo 145.2 de la Constitución (Sentencia 44/1986, FJ 3). No obstante, este principio formal obliga también a mantener un criterio estricto de lo que se debe entender por convenio. El Tribunal Constitucional, en la misma Sentencia, dijo que el

14. E. Albertí Rovira: "El régimen de los convenios de colaboración entre Administraciones: un problema pendiente", cit., pág. 619.

artículo 145.2 de la Constitución, al establecer esos cauces -los convenios y los acuerdos de cooperación-, "no se extiende a supuestos que no merezcan esa calificación jurídica, como pudieran ser declaraciones conjuntas de intenciones, o propósitos sin contenido vinculante, o la mera exposición de directrices o líneas de actuación" (FJ 3).

Otra consideración formal sobre los convenios es la que atañe a su publicación. La eficacia de un convenio para quienes son parte en él se produce con la entrada en vigor. Quiere esto decir que la publicación no es un requisito sustantivo del convenio, en cuanto negocio jurídico entre varias entidades públicas, ni siquiera cuando viene impuesta por la norma (como hace el artículo 8.2 de la LRJAP-PAC). En cambio, la publicación será precisa, por elementales razones de seguridad jurídica, cuando el convenio haya de tener efecto frente a terceros<sup>15</sup>. El Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en relación con un convenio entre dos Administraciones Públicas, dijo: "Como quiera que el convenio ha de surtir efectos entre las dos Administraciones implicadas, la eventual falta de eficacia no ha de poder ser invocada por cualquiera de las dos firmantes del convenio que, por razones obvias, no han de esperar a su publicación para el conocimiento de su contenido y efectos. En consecuencia, la falta de publicación no ha de afectar a la validez de los compromisos recíprocamente asumidos" (Sentencia de 8 de marzo de 2002, FJ 3). Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid afirmó que la vía para que un tercero tenga conocimiento de un convenio entre dos Administraciones Públicas es la publicación, sin que, al no tener la condición de interesado, haya obligación de comunicarle su celebración, incluso aunque pueda tener alguna expectativa en relación con lo acordado. En ese caso, la Universidad de Castilla-La Mancha recurrió la denegación por el Instituto Nacional de Administración Pública de una subvención para un plan de formación continua, materia sobre la que, poco después de la convocatoria de esas ayudas, firmaron un convenio el mencionado Instituto y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (Sentencia de 14 de abril de 2000, FJ 7). En una línea similar, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 2000 negó que la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles tuviera un derecho de audiencia en el procedimiento de celebración de un convenio en el que no era parte -el concierto que suscribieron el Instituto Nacional de la Salud, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos para fijar las condiciones para la ejecución de las prestaciones farmacéuticas a través de las oficinas de farmacia- (FFJJ 6, 7 y 8).

15. J. M<sup>o</sup>. Rodríguez de Santiago: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, cit., págs. 389-390.

Determinados aspectos formales de los convenios (por ejemplo, el tenor literal de sus disposiciones) pueden servir como indicios de la intención de obligarse de las partes. Sobre una cuestión de esta clase se pronunció el Tribunal Constitucional. Ante el argumento de la posible generalidad o inconcreción de las cláusulas de un convenio entre dos Administraciones autonómicas, expuso: "El convenio ha de examinarse en su conjunto [...]. Y así se entrecruzan en el documento, junto a apartados cuyo contenido es propio de los acuerdos o convenios de cooperación, otros que, ciertamente, podrían calificarse de meras declaraciones de colaboración o enunciados de aspiraciones y propósitos recíprocos. Pero el documento ha de ser examinado en su totalidad, porque como una unidad ha sido convenido" (Sentencia 44/1986, FJ 3). Es decir, que si en un texto coexisten compromisos contractuales y disposiciones que no lo son, el convenio se calificará como tal en su conjunto y las cláusulas no contractuales, si bien no generarán obligaciones, podrán servir para facilitar la interpretación del convenio<sup>16</sup>. Justamente en la interpretación global de las prestaciones contenidas en un convenio, frente al análisis individualizado de cada una de ellas, se fundó el Tribunal Supremo para determinar la naturaleza de negocio jurídico administrativo de un convenio urbanístico que una de las partes -una entidad mercantil privada- calificaba como contrato de permuta sometido al Derecho Civil (Sentencia de 25 de noviembre de 2003, FJ 3). Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al alegar una de las partes en un convenio entre entidades públicas la improcedencia de la denuncia hecha por las otras partes, por entender la primera que después habían suscrito un nuevo convenio que sustituía al denunciado, no aceptó que, como hacía la actora, ese segundo acuerdo pudiera ser calificado como tal convenio; por el contrario, entendió que eran una meras estipulaciones sin efecto jurídico, y ello porque, a tenor del documento en que se plasmaron, "la manifestación de voluntad de las partes es clara y no precisa de otra interpretación" (Sentencia de 22 de abril de 1999, FJ 5).

También pueden denotar el ánimo de las partes las circunstancias precedentes, coetáneas y ulteriores a la celebración del acuerdo, como las negociaciones previas o el comportamiento posterior a la suscripción. Esta regla viene recogida en el Código Civil en materia de interpretación de contratos (artículo 1.282). A él acudió, precisamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia al conocer del recurso de un Ayuntamiento contra la demora de la Generalidad Valenciana en dar cumplimiento a un convenio suscrito entre ambas Administraciones por el que la segun-

16. M<sup>a</sup>. J. García Morales: *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos. Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 110.

da se obligó a construir un centro de salud, pero sin que se fijara un plazo para la realización de la obra. Como expresó el Tribunal, "esta falta de plazo se puede suplir con la interpretación del artículo 1.282 y 1.284 del Código Civil. Por el primero, como actos coetáneos de la Generalidad Valenciana tenemos las partidas presupuestarias nada menos que de las Cortes Valencianas, por lo que la interpretación global no puede ser otra que la obligación asumida por la Generalidad Valenciana debe ser cumplida ya que se deduce de su naturaleza y circunstancias conforme al artículo 1.128 del Código Civil" (Sentencia de 6 de julio de 2000, FJ 3).

### *6. Eficacia de los convenios frente a terceros*

La eficacia de los convenios, su vis obligatoria, se proyecta sobre las entidades públicas que los suscriben, es decir, sobre las partes. Éste es un principio inherente al contrato como categoría general (el Código Civil lo recoge en el artículo 1.091)<sup>17</sup>, que, en consecuencia, rige asimismo los convenios entre Administraciones Públicas (artículo 8.2 de la LRJAP-PAC). Pero, igual que en los contratos, también es posible hablar de una eficacia hacia terceros de los convenios entre Administraciones Públicas. Esa hipotética vinculación de terceros se puede plantear, básicamente, en tres casos: los convenios normativos, los convenios en favor de tercero y los convenios en contra o en perjuicio de tercero.

Si se acepta que los convenios entre entidades públicas pueden ser normas jurídicas -esto es, su carácter de verdaderas fuentes del Derecho-, resulta evidente que lo que en ellos se disponga tendrá la fuerza de obligar propia del Derecho y, en consecuencia, su alcance será general, *erga omnes*. Para ello sería imprescindible que el ordenamiento jurídico les confiriera inequívocamente valor normativo, cosa que no ocurre en nuestro Derecho. Además, el procedimiento para la conclusión de esos convenios tendría algunos trámites específicos. En concreto, si su rango fuera de reglamento y éste tuviera carácter ejecutivo, sería preciso el dictamen del órgano consultivo correspondiente. En este sentido, el Tribunal Supremo se pronunció negativamente sobre la necesidad de que un convenio entre la Administración del Estado y la de una Comunidad Autónoma al amparo de la Ley General de Sanidad precisara el dictamen del Consejo de Estado, pues era un acto administrativo, con efectos para las entida-

17. J. Rodríguez-Zapata Pérez: "Artículo 145. Convenios entre Comunidades Autónomas", *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978* (director: Ó. Alzaga Villamil), Edersa, Madrid, 1988, tomo XI, pág. 93.

des signatarias, y no un reglamento ejecutivo. Como observó el Tribunal, lo esencial en este punto no es que el convenio se celebre en desarrollo de una ley, como era el caso, sino que tenga ese carácter de reglamento ejecutivo (Sentencia de 27 de mayo de 2003, FJ 3).

En relación con los convenios en favor de tercero, se ha apuntado que no existe inconveniente en admitir que un concierto entre entidades públicas reconozca directamente derechos para un sujeto determinado ajeno a la relación contractual (por ejemplo, la financiación de la realización de una obra en una propiedad de este último). De hecho, el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa parece acoger esta posibilidad; y en cuanto a los requisitos concretos, a falta de otra norma positiva, se ha defendido la aplicación de una regla análoga a la del artículo 1.257 del Código Civil<sup>18</sup>. Justamente en el párrafo segundo del artículo 1.257 del Código Civil se fundó el Tribunal Superior de Justicia de Asturias para rechazar la falta de legitimación activa esgrimida frente a la impugnación por un particular de un convenio entre el Principado de Asturias y la Universidad de Oviedo. Si bien el recurrente -profesor de dicha Universidad- no era parte en el convenio, éste contenía una estipulación a su favor, al prever la financiación y el pago de unas cantidades en concepto de su asesoramiento a la Comisión de Patrimonio Histórico de Asturias (Sentencia de 28 de octubre de 1999, FJ 3).

A la efectiva garantía de los derechos de terceros atendieron, asimismo, diversas sentencias de la Audiencia Nacional referentes a un convenio entre el Ejército del Aire y el Instituto para la Conservación de la Naturaleza, sobre la utilización conjunta de unas aeronaves militares. La Audiencia estimó que, con independencia de las vicisitudes organizativas y presupuestarias de las entidades concertadas y las relaciones patrimoniales entre ellas derivadas del convenio, los terceros recurrentes -personal de Ministerio de Defensa- debían recibir de éste las gratificaciones que se habían fijado en su favor en el convenio. El principio de legalidad presupuestaria no puede justificar el retraso en la satisfacción de obligaciones económicas válidamente asumidas por el Estado, salvo por el tiempo imprescindible para establecer las consignaciones presupuestarias necesarias dentro de una actuación no dilatoria (Sentencias de 23 [hay dos] y 30 de marzo de 2000). En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 5 de julio de 1999 reconoció el derecho de dos funcionarios de un Ayuntamiento a percibir de éste las asistencias correspondientes

18. J. M<sup>a</sup>. Rodríguez de Santiago: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, cit., pág. 352; y P. Martín Huerta: *Los convenios interadministrativos*, cit., pág. 219.

a los laudos dictados por el colegio arbitral de consumo del que formaban parte, por así venir obligada la Corporación por efecto de un convenio suscrito con la Comunidad Autónoma para la financiación de ese órgano.

Un caso de eficacia a favor de tercero de un convenio entre Administraciones Públicas es también el que resolvió la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1991. En ella conoció del recurso interpuesto por el arquitecto encargado de redactar las normas subsidiarias de un Ayuntamiento de La Gomera y por el Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias contra la desestimación presunta por el Cabildo Insular de la reclamación de los honorarios devengados en ese concepto. En 1980, el Cabildo había adjudicado al arquitecto un contrato de asistencia técnica para la realización de aquellas normas, sobre la base de un convenio celebrado en 1979 entre el Ministerio de Obras Públicas y la Comunidad de Las Palmas y Cabildos de Tenerife. Años después, en 1984, la Comunidad Autónoma de Canarias y el Cabildo Insular de La Gomera suscribieron otro convenio, por el que la primera -subrogada en el papel del Ministerio de Obras Públicas en el convenio de 1979- subvencionaba al Cabildo con una determinada cantidad destinada a pagar los incrementos de honorarios producidos en los trabajos de redacción del planeamiento. En el recurso, la Comunidad Autónoma se opuso al pago de la cantidad reclamada -cuya percepción había sido reconocida por el Cabildo como derecho del recurrente, pero no la había abonado por falta del crédito correspondiente- por carecer de legitimación pasiva, pues el contrato de adjudicación se había celebrado entre el Cabildo y el reclamante. El Tribunal, sin embargo, estimó que la legitimación del Gobierno de la Comunidad Autónoma provenía, precisamente, de la asunción de la financiación que hizo en el convenio de 1984 con el Cabildo Insular (FJ 3).

Por el contrario, el Tribunal Supremo apreció que un banco que había otorgado unos créditos a un Ayuntamiento de Lanzarote, y que perseguía que éste tuviera la liquidez suficiente para satisfacerle las cantidades que por ellos le adeudaba, no tenía un derecho subjetivo al cumplimiento de un convenio entre el Cabildo Insular y el Ayuntamiento, en virtud del cual el primero debía entregar al segundo una cantidad para adquirir acciones de una empresa municipal. El banco impugnó la aprobación del presupuesto de la entidad insular, solicitando que se incluyesen en él determinadas partidas relativas a cantidades que le debía el Ayuntamiento por unos créditos que le había concedido. El Tribunal Supremo dijo que, aun dando por bueno que existieran obligaciones del Cabildo para con el Ayuntamiento derivadas de la celebración del convenio -lo que no quedó acreditado fehacientemente-, tales obligaciones se habrían contraído fren-

te a la otra parte -el Ayuntamiento- y no frente al banco. No se podía apreciar, pues, una legitimación *ad causam* del banco, pues no fue parte en el convenio ni el Ayuntamiento le cedió los créditos que pudiera tener frente al Cabildo (Sentencia de 11 de febrero de 2004).

En cambio, parece que los convenios en perjuicio de tercero, como principio general, deben ser rechazados. Sin embargo, se ha afirmado que, bajo determinadas condiciones, se podría aceptar que tales conciertos produzcan efectos si concurre el consentimiento del interesado. Así, "sería necesario, en primer lugar, que lo acordado entre las partes no sea materialmente contrario al ordenamiento jurídico, pues el principio de legalidad impediría que una infracción del mismo fuera subsanada por el simple consentimiento del afectado. Por otra parte, debería tratarse de un derecho del tercero susceptible de renuncia"<sup>19</sup>. Estos límites parecen obvios y, por ende, cabe estar de acuerdo con su exigencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 26 de junio de 1999 resolvió un recurso contra un convenio que se puede entender en perjuicio de tercero. Se trataba de un convenio de segregación entre un Ayuntamiento y un Concejo perteneciente al Municipio, en el que se estipulaba que una funcionaria del primero quedaría adscrita al futuro Ayuntamiento a partir de la segregación. Meses después de la celebración del convenio y de la aprobación de la segregación, la interesada solicitó a la Corporación matriz la explicación y las condiciones de su adscripción al nuevo Ayuntamiento, cuya respuesta fue objeto del recurso resuelto por el Tribunal. Éste entendió que procedía la desestimación porque la aprobación del convenio había sido consentida por la recurrente y el acuerdo impugnado era plenamente legal, pues la transferencia era necesaria y respetaba los derechos adquiridos de la actora (FJ 2).

Por último, la eficacia hacia terceros de los convenios se puede tratar desde el prisma de la responsabilidad patrimonial de la Administración; en concreto, la que regula el artículo 140 de la LRJAP-PAC con la rúbrica de "Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas". La finalidad de este precepto es determinar la responsabilidad y el resarcimiento del daño ocasionado a los particulares como consecuencia o con ocasión de una actuación en la que toman parte diversas Administraciones Públicas, y que puede ser el resultado de cualesquiera técnicas de cooperación orgánica o funcional entre ellas, como es un convenio. Para ello establece una garantía a favor del tercero perjudicado, con-

19. J. M<sup>o</sup>. Rodríguez de Santiago: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, cit., págs. 353-354.

sistente en la responsabilidad solidaria *ad extra* de las Administraciones implicadas, sin perjuicio de que, en el plano interno, el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta determine la distribución de la responsabilidad entre las partes. De este modo, si ese obrar en común obedece, por ejemplo, a la suscripción de un convenio, en éste se puede estipular el alcance de la responsabilidad de cada entidad o los criterios para su concreción. En este sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears a propósito de un convenio entre dos Administraciones Públicas impugnado por un particular: "Sin necesidad de entrar a debatir la cuestión relativa a la determinación de qué Administración es la que debe abonar indemnizaciones ante alteraciones del planeamiento, basta apuntar que, en principio, la responsabilidad sería solidaria o concurrente de las dos Administraciones que intervienen en la alteración, y un convenio como el suscrito únicamente ha de afectar a las relaciones internas entre las dos Administraciones implicadas, pero no ha de excluir en principio el derecho del particular a exigir responsabilidad a cualquiera de las dos Administraciones que considere corresponsables, máxime ante la falta de publicidad del convenio" (Sentencia de 8 de marzo de 2002, FJ 5).

También cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 8 de junio de 1998. Los hechos enjuiciados versaban sobre un convenio suscrito entre la Junta de Extremadura y el Ayuntamiento de Cáceres para el desarrollo de determinadas actividades con motivo de la declaración de dicha ciudad como "Capital Cultural de Extremadura, 1992". Entre tales actividades se acordó convocar un premio de composición musical, que fue concedido a un particular. Éste promovió posteriormente el recurso resuelto en la sentencia, porque no se le había dado la totalidad del premio. Ante los reproches mutuos entre las Administraciones suscriptoras del concierto del incumplimiento de lo convenido, el Tribunal estableció: "La única solución acorde con el derecho de tutela que al recurrente reconoce el artículo 24 de la Constitución es la de imputar a ambas Administraciones el pago del resto del premio de forma solidaria, [...] acogiendo así el criterio del artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas" (FJ 4).

### ***7. Terminación de los convenios***

Una de las formas de terminar un convenio es su denuncia por una de las partes; de hecho, los convenios suelen prever esta posibilidad, así como el procedimiento a seguir para tal fin. Si bien la facultad de denunciar no es causal -no se

tiene que fundar en ningún motivo especial- y asiste en todo caso a las partes, no procede cuando la finalización del acuerdo resulte de la aplicación de una cláusula del propio concierto que conduzca a su acabamiento automático, como es la expiración del término por el que fue concluido; por ello, a no ser que las partes lo estipulen, no cabe la denuncia en los convenios de duración determinada. Así consta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1984, en la que, respecto de unos convenios entre la Diputación Foral de Navarra, la Universidad de Navarra y la Universidad Nacional de Educación a Distancia, afirmó la facultad "para desligarse, en cualquier momento posterior al cumplimiento del plazo mínimo de duración de los mismos, de la colaboración asumida en ellos" (FJ 3). Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003, relativa a un convenio -que el Tribunal calificó de "cooperación interadministrativa" (FJ 3)- sobre prestación del servicio de asistencia psiquiátrica en un establecimiento de una Diputación Provincial, celebrado entre ésta, una Comunidad Autónoma y una entidad financiera, no estimó correcta la resolución hecha de forma unilateral por la Corporación Local, por cuanto el convenio condicionaba de manera expresa su vigencia exclusivamente a la transferencia definitiva de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a la Comunidad Autónoma, y ninguna de las partes tenía las prerrogativas propias de una Administración contratante en la contratación administrativa (FFJJ 5 y 6).

Por otro lado, no es admisible esgrimir el propio incumplimiento del convenio para denunciarlo. Tal parece el sentido que cabe dar al pronunciamiento del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 2 de enero de 1987, referente a un convenio entre entidades públicas, de que "no es lícito que el incumplidor pretenda presentar su incumplimiento como causa válida para la resolución del contrato" (FJ 8). En dicho caso, "lo único que puede hacer una Administración si, después de suscrito, comprueba que no presenta más que inconvenientes o desventajas para los intereses que está llamada a defender, es declararlo lesivo y acudir como demandante a la vía jurisdiccional" (FJ 9). Ello, claro es, "si las otras partes no dan pie a utilizar medidas rescisorias o resolutorias" (FJ 10).

Otra posible causa de terminación de un convenio es la desaparición de todas o alguna de las partes, donde caben diversas hipótesis. No obstante, cuando se trata de entidades públicas, la desaparición de una de ella supone que otra adquiere sus atribuciones; es decir, se produce una sucesión en la titularidad de las competencias, y también en los derechos y obligaciones. Por lo tanto, la entidad o entidades que suceden a otra se subrogan, en el ámbito de las competencias recibidas, en los convenios que ésta haya suscrito, siempre -claro es- que

ello sea material y jurídicamente posible<sup>20</sup>. Esto se planteó con ocasión de un convenio celebrado en 1976 entre el organismo autónomo Administración Institucional de la Sanidad Nacional y el Instituto Nacional de Previsión (posteriormente, de la Salud) para la asistencia de los beneficiarios de la Seguridad Social en determinados centros de la Administración Institucional, entre los que estaba un hospital en Cantabria. En 1992 se suscitó una controversia entre la Comunidad Autónoma de Cantabria y el Instituto Nacional de la Salud sobre las tarifas a facturar a este último por la asistencia a sus beneficiarios en ese centro sanitario (transferido a la Administración autonómica), que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1996. Por lo que ahora interesa, el Tribunal afirmó: "No puede dudarse, en absoluto, de la validez y eficacia del convenio de 1976, pese a que, como es obvio, no fuera parte en él la Comunidad Autónoma de Cantabria, a la sazón inexistente. Con el traspaso de competencias del Estado a dicha Comunidad Autónoma, ésta se subrogó en las relaciones contractuales existentes en el ámbito de las competencias recibidas, y no puede zafarse de esos compromisos con la alegación de que no fueron firmados por ella [...]. La Comunidad Autónoma recibió unas funciones y servicios del Estado que incluían no sólo los derechos, sino también las obligaciones [...], y en nada afecta a la autonomía de la Comunidad de Cantabria el que se le imponga el respeto a los convenios incluidos en las transferencias, ya que, en esa relación, la Comunidad es, por subrogación, una parte contratante" (FJ 7).

### **8. Impugnación de los convenios**

La impugnación de los convenios, tanto ante el Tribunal Constitucional como ante la jurisdicción contencioso-administrativa, puede ser directa o indirecta: en la directa, la acción correspondiente se dirige contra el mismo convenio; la indirecta, en cambio, tiene por objeto los actos de aplicación o ejecución de lo acordado. Una cuestión en cierto modo conexas con esta dicotomía fue abordada por el Tribunal Constitucional al resolver un recurso del Gobierno de la Nación, por la vía del artículo 161.2 de la Constitución, contra la resolución del Presidente de una Comunidad Autónoma por la que se aprobó un convenio celebrado con otra (Sentencia 44/1986). Ante la alegación de la Comunidad Autónoma demandada de que la aprobación recurrida no se podía separar del convenio y, por lo tanto, no se podía atacar como acto aislado, el Tribunal contestó: "El argumento carece de consistencia y viabilidad a los efectos pretendidos. Porque si bien es

20. P. Martín Huerta: *Los convenios interadministrativos*, cit., pág. 311; y C. González-Antón Álvarez: *Los convenios interadministrativos de los entes locales*, Montecorvo, Madrid, 2002, págs. 279-281.

verdad que el convenio es una unidad como tal, también lo es que, como ocurre con los negocios jurídicos en general, nace a la vida del derecho tras un iter en el que han de producirse una serie de actos que, en cuanto tales, son separables y enjuiciables desde la perspectiva de las normas que a ellos concretamente se refieren. Y esto es lo que se ha hecho: denunciar la aprobación por falta de los requisitos a que está sometida" (FJ 4.b)).

El Tribunal Constitucional también ha establecido que no puede ser objeto directo de un conflicto positivo de competencia un convenio entre Administraciones Públicas, cuando el actor es una de ellas. Ello es así porque, "cuando el artículo 63.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que el objeto del conflicto positivo de competencia sea una "disposición, resolución o acto emanado de otra Comunidad o del Estado", el empleo por el legislador del determinante "otra" no es fruto de una precisión ocasional. Antes bien, a su través se ha querido expresamente significar la alteridad que debe cualificar el acto, resolución o disposición impugnada. La alteridad del acto pretendidamente invasor es una condición de viabilidad procesal sin cuya concurrencia el conflicto positivo de competencia no puede atender a su cometido constitucional: la defensa en el ejercicio de competencias propias frente a la imposición jurídica de un acto o disposición emanado de una instancia territorial ajena que, en uso de su autonomía política, también se considera con competencia sobre la materia". Sin embargo, esta "imposibilidad de impugnar directamente un convenio por quien libremente lo ha consentido, perfeccionando un compromiso que se integra normativamente como parte de su propio ordenamiento jurídico, no es obstáculo para el eventual conocimiento por este Tribunal de aquellos otros actos o disposiciones que puedan dictarse con ocasión del mismo" (Auto 192/2001, FJ 2).

En cambio, cabe un conflicto de competencia en relación con un convenio entre Administraciones Públicas si la entidad que lo promueve no es parte en él. La Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1995 resolvió un conflicto positivo de competencia que la Generalidad de Cataluña planteó contra el Gobierno de la Nación por estimar que un convenio suscrito por éste con el Ayuntamiento de Barcelona, mediante el que se acordaba la financiación de operaciones de rehabilitación de viviendas de promoción pública, vulneraba determinadas competencias autonómicas. La Generalidad no cuestionaba la celebración del convenio, sino la gestión centralizada -esto es, por el Estado- de las subvenciones que la Administración estatal destinaba al señalado fin (FJ 1). El Tribunal Constitucional dio la razón a la Comunidad Autónoma, al afirmar que el convenio, en la medida en que no atribuía a la Generalidad la gestión de las ayudas,

había desconocido el régimen de competencias trazado por la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña (FJ 5)<sup>21</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional se ha declarado incompetente para resolver las disputas que puedan originar la interpretación y el cumplimiento de los convenios entre entidades públicas. En un conflicto positivo de competencia del Estado contra una Comunidad Autónoma en el que se planteó, entre otras cuestiones, la interpretación que las partes daban a una frase de un convenio que habían suscrito en relación con la materia que posteriormente fue objeto de litigio, el Tribunal rechazó expresamente entrar a decidir tal asunto sobre la base de que el debate carecía de relevancia constitucional, y remitió a las partes al mecanismo de resolución de diferencias previsto en el propio convenio (Sentencia 71/1983, FJ 4).

En el ámbito contencioso-administrativo, según ha afirmado el Tribunal Supremo -como ya se ha visto-, los conflictos entre Administraciones Públicas, como principio general, se ventilarán ante órganos jurisdiccionales y el ejercicio de la autotutela administrativa queda limitado a las relaciones entre Administraciones en que se dé una determinada situación de sujeción. Por otro lado, no parecen trasladables sin más al campo de las relaciones entre Administraciones Públicas todos los mecanismos de autotutela de que disponen las partes en las relaciones jurídico-privadas (por ejemplo, la *exceptio non adimpleti contractus*, es decir, la posibilidad de que cada parte rechace el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo en tanto la otra parte no cumpla la suya). Un asunto de esta índole se trató en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2000, que resolvió un recurso sobre unos convenios -en concreto, consorcios para la repoblación forestal- suscritos entre la Junta de Castilla y León y diversos Ayuntamientos de esa Comunidad Autónoma. Las Corporaciones Locales recurrentes alegaban la aplicación indebida del artículo 1.289 del Código Civil por el tribunal de instancia (el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León), habida cuenta de que, en opinión de aquéllas, se pretendía basar en él una necesaria equivalencia económica entre las prestaciones de las partes contratantes que impedía exigir a la Administración autonómica el cumplimiento de sus obligaciones. El Tribunal Supremo desestimó este motivo de casación porque la sentencia recurrida no establecía la equivalencia de pres-

21. Ese proceso también tiene interés porque en él se suscitó la participación del Ayuntamiento de Barcelona como coadyuvante. La Corporación pidió su personación en tal calidad y el Tribunal Constitucional admitió la solicitud, sobre la base de que existían intereses directos y concretos del Ayuntamiento que se podrían ver afectados por la resolución del conflicto (Auto 55/1988, FJ 2).

taciones como requisito para exigir a las partes el cumplimiento de las obligaciones fijadas en un convenio, sino que acudía, en el plano interpretativo, al examen de la importancia y relativo equilibrio de las contraprestaciones reconocidas en el instrumento convencional con el fin de determinar el alcance de las obligaciones por él impuestas. La invocación del artículo 1.289 del Código Civil no tenía por fin, pues que, justificar el incumplimiento de las obligaciones (FJ 5).

### ***9. Particularidades de los convenios entre Comunidades Autónomas***

Los convenios entre Comunidades Autónomas, a raíz de su regulación en la Constitución (artículo 145.2) y, por remisión de ésta, en los Estatutos de Autonomía, plantean algunos problemas específicos. En orden, justamente, a esa expresa mención constitucional, el Tribunal Constitucional entendió tempranamente que "no es, por tanto, el número 2 del artículo 145, un precepto que habilite a las Comunidades Autónomas para establecer convenios entre ellas, sino que, supuesta esa capacidad, delimita por su contenido los requisitos a que ha de atenerse la regulación de esta materia en los Estatutos y establece el control por las Cortes Generales de los acuerdos o convenios de cooperación" (Sentencia 44/1986, FJ 2). Es decir, la Constitución viene a reconocer, no a autorizar, la capacidad de las Comunidades Autónomas para colaborar entre ellas. Como ha dicho la doctrina, las Comunidades Autónomas gozan de una aptitud natural para concertar acuerdos entre sí, que deriva directamente de su propia personalidad jurídico-pública y de su naturaleza de centros de gobierno<sup>22</sup>. Sin embargo, esta referencia en la Constitución no se ha visto acompañada de la celebración de un importante número de tales convenios; al contrario, apenas exceden de veinte los habidos hasta la fecha, sin que, por lo demás, se aprecie signo alguno de que esta cifra vaya a aumentar significativamente<sup>23</sup>.

El artículo 145.2 de la Constitución circunscribe el ámbito de los "convenios" (que, a diferencia de los "acuerdos de cooperación", únicamente han de ser comunicados a las Cortes Generales) a la "gestión y prestación de servicios propios" de las Comunidades Autónomas concertadas. La Constitución difiere a cada Estatuto

22. E. Albertí Rovira: "Relaciones entre las Administraciones Públicas", *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (directores: J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón), Tecnos, Madrid, 1993, pág. 63; y Á. Sánchez Navarro: "Artículo 145. Convenios entre Comunidades Autónomas", *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (director: Ó. Alzaga Villaamil), Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1999, tomo XI, pág. 91.

23. Basta recordar, en este sentido, que durante los años 2003 y 2004 las Cortes Generales no han recibido ningún convenio entre Comunidades Autónomas.

de Autonomía la concreción de esos "servicios propios". Al respecto, la mayoría de Estatutos permite la celebración de convenios de gestión y prestación de servicios cuando estos versen sobre competencias "exclusivas" de las Comunidades Autónomas contratantes. Esta opción por el criterio de la exclusividad para determinar qué son "servicios propios" se ha entendido -y se comparte esta tesis- como una limitación que el propio Estatuto de Autonomía impone al ámbito material de los convenios, pues estos sólo se podrán concluir respecto de un determinado grupo de las competencias que tiene atribuidas la Comunidad Autónoma en cuestión<sup>24</sup>. Por el contrario, otra postura es la de considerar "servicios propios" todos los atribuidos a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de sus competencias propias, sean éstas exclusivas o no, y, por lo tanto, con independencia de que los Estatutos de Autonomía restrinjan a las competencias exclusivas la celebración de convenios<sup>25</sup>. Conforme a esta última posición, algunos autores han estimado que el Tribunal Constitucional corrigió en un sentido extensivo la interpretación restringida y carente de lógica -a su juicio- de los Estatutos de Autonomía que reducen a las competencias exclusivas el ámbito posible de los convenios de gestión y prestación de servicios<sup>26</sup>. Según esta opinión, el Tribunal Constitucional rechazó la interpretación literal de la expresión "exclusiva competencia", que el Estatuto de Autonomía de Galicia emplea para referirse al objeto de los convenios (artículo 35.1), ya que admitió que la Comunidad Autónoma gallega podía celebrar tales pactos con otras Comunidades Autónomas en materia de enseñanza, que el Estatuto de Autonomía (artículo 31) asume como "plena" y no como "exclusiva" (Sentencia 154/1985, FFJJ 3 y 6).

A nuestro modo de ver, sin embargo, esta inteligencia de las palabras del Tribunal Constitucional no es correcta. El Tribunal, en efecto, entendió que la Comunidad Autónoma de Galicia, en el ejercicio de la competencia "plena" que en materia educativa le confiere el Estatuto de Autonomía, podía celebrar "convenios", con otras Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias al respecto, para la creación o habilitación en el territorio de estas últimas de cen-

24. Por todos, P. García Mexía: "Las relaciones institucionales entre las Comunidades Autónomas. La cooperación interautonómica", *Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (directores: J. Rodríguez-Arana Muñoz y P. García Mexía), Instituto Nacional de Administración Pública-Montecorvo, Madrid, 2003, pág. 555. En el mismo sentido se puede ver el *Informe sobre la reforma de l'Estatut de Catalunya*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2003, pág. 151.

25. L.I. Ortega Álvarez: "Las relaciones interautonómicas", Madrid, *Comunidad Autónoma metropolitana* (coordinador: E. García de Enterría), Instituto de Estudios Autonómicos, Madrid, 1983, pág. 428.

26. A. Monreal Ferrer: "*Convenis i acords de cooperació. (Article 27)*", *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms*, Barcelona, 1988, vol. II, pág. 798; y C.J. García Otero: "Artículo 38", *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias* (director: J. Varona Gómez-Acedo), Instituto Canario de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 856.

tros colaboradores del Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia. Ahora bien, esos "convenios" a que se refería el Tribunal no son -como deducen esos autores- estrictamente los de gestión y prestación de servicios, previstos en el apartado 1 del artículo 35 del Estatuto de Autonomía, sino estos y los acuerdos de cooperación del apartado 2; es decir, se empleaba el término "convenios" en un sentido amplio, comprensivo de los dos tipos de conciertos del artículo 145.2 de la Constitución y, en este caso, del artículo 35.1 y 2 del Estatuto de Autonomía de Galicia. Las palabras del Tribunal Constitucional parecen inequívocas en este sentido: "Por lo que se refiere a la posible creación o habilitación de centros colaboradores en territorio nacional, pero fuera de Galicia, la situación es más compleja. Ciertamente, y por las razones expuestas, la Comunidad Autónoma gallega tampoco podría por sí crear o habilitar centros colaboradores, pero sí podría procurar la celebración de convenios con las autoridades competentes en la materia para aquella creación o habilitación. Lo que ocurre es que esas autoridades no serán siempre las del Estado, pues la competencia correspondiente pertenecerá en unos casos al Estado y en otros, a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias al respecto en su ámbito territorial. En el primer caso, los convenios se realizarán, naturalmente, entre la Comunidad Autónoma gallega y el Estado; en el segundo caso, entre la Comunidad Autónoma gallega y aquella en cuyo territorio se hayan de llevar a cabo la creación o habilitación de centros cooperadores u otra actividad de carácter público. En este caso, previsto con carácter general en el artículo 35.1 y 2 del Estatuto de Autonomía de Galicia, habrá de respetarse lo dispuesto en el artículo 145.2 de la Constitución" (FJ 6). El Tribunal Constitucional, en suma, no entró a discernir si los "convenios" en cuestión con otras Comunidades Autónomas eran propiamente los del artículo 35.1 del Estatuto de Autonomía. Por ello, de su pronunciamiento no se puede colegir que, con independencia de lo que digan los Estatutos, los convenios para la gestión y prestación de servicios propios tengan, en todo caso, un objeto más amplio que las competencias exclusivas.

Los Estatutos de Autonomía exigen también el necesario consentimiento del respectivo Parlamento para la celebración de convenios o acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas. La falta de la anuencia de la Asamblea constituye la infracción de un precepto estatutario y, en consecuencia, determina la nulidad de pleno Derecho del concierto. El asentimiento de la Cámara es, pues, una condición o requisito de validez del convenio o acuerdo de cooperación<sup>27</sup>.

27. M<sup>a</sup>. J. García Morales: "La intervención de los Parlamentos en los convenios suscritos entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 14, 1992, págs. 57 y 68;

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de julio de 1994 trató, entre otras cuestiones, la ausencia de la autorización del Parlamento autonómico (la Junta General), con arreglo al artículo 24.7 del Estatuto de Autonomía, a un convenio celebrado en 1989 entre el Principado y el Instituto Nacional de la Salud acerca de la gestión de un hospital. El Tribunal estimó que la falta del consentimiento parlamentario era causa de nulidad de pleno Derecho del convenio, conforme a la letra e) del artículo 62.1 de la LRJAP-PAC. Este razonamiento sobre el efecto de la omisión de dicho trámite es, a nuestro juicio, acertado. Sin embargo, cabe estar disconformes con la interpretación que hizo la Sentencia del ámbito de aplicación del artículo 24.7 del Estatuto de Autonomía. Ello es así porque, según el Tribunal, ese artículo no tenía por qué ponerse en relación necesariamente con el artículo 21 del mismo Estatuto -de modo que la exigencia de autorización parlamentaria sólo afectaría a los convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas-, sino que, por el contrario, la autorización de la Junta General debía extenderse a los convenios con otras Administraciones Públicas, en general, y significadamente a los celebrados con el Estado -como acontecía en ese caso-. Esta comprensión, empero, choca con el tenor de la generalidad de los Estatutos de Autonomía (entre los que se encuentra el de Asturias), ya que en ellos se impone la intervención del Parlamento respectivo justamente en relación con los "convenios y acuerdos de cooperación", que es el nombre que -según expresan los propios Estatutos, que adoptan los términos del artículo 145.2 de la Constitución- reciben los que se celebran con otras Comunidades Autónomas.

El argumento del Tribunal Superior de Justicia de Asturias quebró cuando años después, en la Sentencia de 14 de enero de 1999 -que resolvió la impugnación de un convenio posterior entre las mismas partes también basada, junto a otros fundamentos, en la falta de autorización de la Junta General-, consideró que no se podía mantener aquella causa de nulidad una vez aprobada la Ley 1/1992, de 2 de julio, de creación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, porque tal norma faculta a éste a concluir convenios de gestión sanitaria con otras Administraciones Públicas. Esta inteligencia suponía una clara contravención del principio de jerarquía normativa: si el Estatuto de Autonomía exige la autorización parlamentaria para la celebración de convenios, una ley no puede dispensar el cumplimiento de ese trámite. Se podría, tal vez, tratar de sal-

*Ídem*: "Los convenios entre Cataluña y otras Comunidades Autónomas: régimen jurídico y realidad en las relaciones de colaboración de la Generalidad con otras Comunidades", *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 17, 1993, pág. 109; y J. M<sup>a</sup>. Rodríguez de Santiago: *Los convenios entre Administraciones Públicas*, cit., pág. 388.

var esa contradicción sobre la base de interpretar que la autorización de la Junta General se había otorgado, precisamente, al aprobar dicha ley. No obstante, ello supondría entender que la autorización puede ser múltiple, para todos los convenios de un determinado tipo o concertados por un mismo órgano, lo que no casa con el carácter particular, para cada convenio, que confiere a dicho acto el Estatuto de Autonomía (según el artículo 24.7, lo que corresponde a la Junta General es "autorizar la prestación del consentimiento"; y tal consentimiento, claro es, se otorga individualmente a cada convenio), y que corrobora el Reglamento de la Junta General, de 18 de junio de 1997. Este último texto distingue, dentro del Capítulo II ("Convenios y acuerdos de cooperación del Principado de Asturias") del Título XIV, entre: por una parte, los "convenios y acuerdos de cooperación del Principado de Asturias con otras Comunidades Autónomas" (Sección 1ª), cuya tramitación parlamentaria se hace "en el marco de lo dispuesto en el artículo 24.7 del Estatuto de Autonomía" (artículo 227), y, por tanto, se requiere la autorización de la Cámara; y, por otra parte, aquellos "otros convenios y acuerdos de cooperación del Principado de Asturias" (Sección 2ª), de los que simplemente "el Consejo de Gobierno dará cuenta a la Cámara" (artículo 236)<sup>28</sup>.

Finalmente, el Tribunal Supremo, al resolver los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de julio de 1994, estimó la infracción -aducida por el Instituto Nacional de la Salud- del artículo 24.7 del Estatuto de Autonomía del Principado en relación con su artículo 21 y con el 167 del Reglamento de la Junta General de 1985, de los que, junto con el artículo 145 de la Constitución, se desprendía con claridad que el consentimiento del Parlamento autonómico sólo abarcaba los convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas y, por ende, no era preciso para el convenio en cuestión (Sentencia de 12 de junio de 2000, FJ 3). La Sentencia de 27 de mayo de 2003 se volvió a pronunciar en igual sentido sobre la misma materia (FJ 2).

28. El Reglamento parlamentario vigente al concluirse el convenio de 1989 y resolverse el litigio a él referente -de 24 de abril de 1985- no establecía esta distinción entre los conciertos con las Comunidades Autónomas y los otros convenios. No obstante, la regulación de los artículos 167 a 173 daba a entender que se extendía sólo a los primeros.

**10. Apéndice: jurisprudencia citada**

- A) Sentencias (STC) y Autos (ATC) del Tribunal Constitucional
1. STC 71/1983, de 29 de julio (ponente: Á. Latorre Segura).
  2. STC 77/1984, de 3 de julio (ponente: Á. Latorre Segura).
  3. STC 123/1984, de 18 de diciembre (ponente: L. Díez-Picazo Ponce de León).
  4. STC 154/1985, de 12 de noviembre (ponente: Á. Latorre Segura).
  5. STC 44/1986, de 17 de abril (ponente: F. García-Mon González-Regueral).
  6. STC 95/1986, de 10 de julio (ponente: J. Leguina Villa).
  7. STC 96/1986, de 10 de julio (ponente: J. Leguina Villa).
  8. ATC 55/1988, de 14 de enero.
  9. ATC 1240/1988, de 8 de noviembre.
  10. ATC 485/1989, de 3 de octubre.
  11. STC 13/1992, de 6 de febrero (ponente: M. García Miguel).
  12. STC 59/1995, de 17 de marzo (ponente: J.D. González Campos).
  13. STC 101/1995, de 22 de junio (ponente: Á. Rodríguez Bereijo).
  14. STC 132/1996, de 22 de julio (ponente: J.D. González Campos).
  15. ATC 192/2001, de 3 de julio.
- B) Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
1. 30 de abril de 1984 (ponente: E. Díaz Eimil), Aranzadi 5.011.
  2. 11 de junio de 1986 (ponente: F. González Navarro), Aranzadi 6.762.
  3. 2 de enero de 1987 (ponente: Á. Martín del Burgo Merchán), Aranzadi 1.702.
  4. 23 de febrero de 1987 (ponente: F.J. Delgado Barrio), Aranzadi 3.308.
  5. 7 de marzo de 1987 (ponente: J. García Estartús), Aranzadi 3.505.
  6. 16 de marzo de 1987 (ponente: J.I. Jiménez Hernández), Aranzadi 3.655.
  7. 20 de abril de 1987 (ponente: F.J. Delgado Barrio), Aranzadi 4.456.
  8. 25 de junio de 1991 (ponente: P. Esteban Álamo), Aranzadi 5.261.
  9. 17 de julio de 1996 (ponente: P.J. Yagüe Gil), Aranzadi 6.196.
  10. 18 de julio de 1997 (ponente: R. Fernández Montalvo), Aranzadi 6.123.
  11. 12 de junio de 2000 (ponente: A. Martí García), Aranzadi 5.706.
  12. 11 de julio de 2000 (ponente: J.A. Xiol Ríos), Aranzadi 5.950.
  13. 29 de mayo de 2002 (ponente: R. Soto Vázquez), Aranzadi 6.280.
  14. 26 de julio de 2002 (ponente: R. Fernández Montalvo), Aranzadi 8.825.

15. 26 de julio de 2002 (ponente: R. Fernández Montalvo), Aranzadi 9.022.
16. 27 de mayo de 2003 (ponente: A. Martí García), Aranzadi 5.315.
17. 4 de julio de 2003 (ponente: J.J. González Rivas), Aranzadi 4.377.
18. 15 de julio de 2003 (ponente: J.J. González Rivas), Aranzadi 6.345.
19. 25 de noviembre de 2003 (ponente: M.V. Garzón Herrero), Aranzadi 8.353.
20. 11 de febrero de 2004 (ponente: M. Baena del Alcázar), Aranzadi 1.055.

C) Sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia (Salas de lo Contencioso-Administrativo)

1. TSJ de Asturias: 5 de julio de 1994 (ponente: R. Fonseca González).
2. TSJ de Extremadura: 8 de junio de 1998 (ponente: W. Olea Godoy).
3. TSJ de Asturias: 5 de diciembre de 1998 (ponente: J.L. Gallego Otero).
4. TSJ de Asturias: 14 de enero de 1999 (ponente: A. Robledo Peña).
5. TSJ de Madrid: 22 de abril de 1999 (ponente: J.M. Massigoge Benegiu).
6. TSJ de Navarra: 26 de junio de 1999 (ponente: J.A. Fernández Fernández).
7. T.S.J. de Castilla-La Mancha: 5 de julio de 1999 (ponente: P. Martínez Espín).
8. TSJ de Asturias: 28 de octubre de 1999 (ponente: M<sup>a</sup>.J. Margareto García).
9. Audiencia Nacional: 23 de marzo de 2000 (ponente: J. Narváez Fernández).
10. Audiencia Nacional: 23 de marzo de 2000 (ponente: J.M<sup>a</sup>. Gil Sáez).
11. Audiencia Nacional: 30 de marzo de 2000 (ponente: J.M<sup>a</sup>. Gil Sáez).
12. TSJ de Madrid: 14 de abril de 2000 (ponente: E. Collado García-Lajara).
13. TSJ de Valencia: 6 de julio de 2000 (ponente: E.J. Narbón Lainez).
14. Audiencia Nacional: 18 de octubre de 2000 (ponente: J.L. Requero Ibáñez).
15. TSJ de Valencia: 16 de mayo de 2001 (ponente: E.J. Narbón Lainez).
16. TSJ de las Illes Balears: 8 de marzo de 2002 (ponente: F. Socías Fuster).

---

---

# III. CRÓNICAS

---

---

*(1 de enero a 31 de diciembre de 2004)*

## SUMARIO

- *Tomás Vidal Marín, “Legislación de 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, “Reseña de actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha”*



# LEGISLACIÓN DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

(de 1 de enero de 2004 a 31 de diciembre de 2004)

*Tomás Vidal Marín*

*Profesor Dr. Asociado de Derecho Constitucional*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

## SUMARIO

1. Andalucía
2. Aragón
3. Asturias
4. Canarias
5. Cantabria
6. Castilla y León
7. Castilla-La Mancha
8. Cataluña
9. Comunidad Valenciana
10. Extremadura
11. Galicia
12. Islas Baleares
13. Madrid
14. Murcia
15. Navarra
16. País Vasco
17. La Rioja

## ***1. Andalucía***

- Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía (*BOJA*: 30/12/04)
- Ley 2/2004, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2005 (*BOJA*: 31/12/04)
- Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y financieras (*BOJA*: 31/12/04)

## ***2. Aragón***

- Ley 1/2004, de 18 de febrero, de régimen transitorio de la ordenación, gestión y autorización de usos del suelo en centros de esquí y montaña (*BOA*: 25/02/04)
- Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (*BOA*: 12/05/04)
- Ley 3/2004, de 22 de junio, de modificación de la Ley 2/2000, de 28 de junio, del juego de la Comunidad Autónoma de Aragón (*BOA*: 14/07/04)
- Ley 4/2004, de 22 de junio, de modificación de la Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de protección civil y atención de emergencias de Aragón (*BOA*: 14/07/04)
- Ley 5/2004, de 9 de diciembre, relativa al proyecto supramunicipal "Ciudad del Motor de Aragón" (*BOA*: 24/12/04)
- Ley 6/2004, de 9 de diciembre, por la que se establecen medidas en materia de expropiación forzosa para actuaciones de mejora y creación de regadíos (*BOA*: 24/12/04)
- Ley 7/2004, de 15 de diciembre, de concesión de suplementos de crédito por importe de 48.668.811 euros para hacer frente a gastos inaplazables en materia de retribuciones al personal, Seguridad Social y actuaciones en carretera (*BOA*: 22/12/04)
- Ley 8/2004, de 20 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente (*BOA*: 22/12/04)
- Ley 9/2004, de 20 de diciembre, de reforma de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida (*BOA*: 27/12/04)
- Ley 10/2004, de 20 de diciembre, por la que se crea el Consejo Aragonés de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria (*BOA*: 27/12/04)

- Ley 11/2004, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2005 (*BOA*: 31/12/04)
- Ley 12/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas (*BOA*: 31/12/04)

### **3. Asturias**

- Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo (*BOPA*: 04/11/04)
- Ley 2/2004, de 29 de octubre, de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda (*BOPA*: 10/11/04)
- Ley 3/2004, de 23 de noviembre, de Montes y Ordenación Forestal (*BOPA*: 03/12/04)
- Ley 4/2004, de 30 de noviembre, del Instituto asturiano de prevención de riesgos laborales (*BOPV*: 13/12/04)
- Ley 5/2004, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2005 (*BOPA*: 31/12/04)
- Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2005 (*BOPV*: 31/12/04)

### **4. Canarias**

- Ley 1/2004, de 13 de abril, de modificación del artículo 27 de la Ley 18/2003, de 11 de abril, de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de Canarias (*BOC*: 20/04/04)
- Ley 2/2004, de 28 de mayo, de medidas fiscales y tributarias (*BOC*: 04/06/04)
- Ley 3/2004, de 2 de diciembre, de concesión de un suplemento de crédito por importe de cincuenta y siete millones doscientos ochenta y tres mil quinientos setenta y un euros con seis céntimos (57.283.571,06) y un crédito extraordinario por importe de dos millones setecientos dieciséis mil cuatrocientos veintiocho euros con noventa y cuatro céntimos (2.716.428,94) a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2004 (*BOC*: 07/12/04)
- Ley 4/2004, de 2 de diciembre, de modificación de determinados artículos de la Ley 18/2003, de 11 de abril, de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de Canarias (*BOC*: 21/12/04)
- Ley 5/2004, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2005 (*BOC*: 31/12/04)

### **5. Cantabria**

- Ley 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas (*BOC*: 12/04/04).
- Ley 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de ordenación del litoral (*BOC*: 28/09/04).
- Ley 3/2004, de 7 de octubre, de creación del Colegio Profesional de Logopedas de Cantabria (*BOC*: 18/10/04).
- Ley 4/2004, de 2 de noviembre, de reforma de la Ley de Cantabria 4/2002, de 24 de julio, de Cajas de Ahorro (*BOC*: 11/11/04).
- Ley 5/2004, de 16 de noviembre, de puertos de Cantabria (*BOC*: 25/11/04)
- Ley 6/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2005 (*BOC*: 31/12/04).
- Ley 7/2004, de 27 de diciembre, de medidas administrativas y fiscales (*BOC*: 31/12/04).

### **6. Castilla y León**

- Ley 1/2004, de 13 de octubre, de creación del Consejo de Colegios Profesionales de Agentes comerciales de Castilla y León (*BOCL*: 20/10/04).
- Ley 2/2004, de 13 de octubre, de creación del Consejo de Colegios Profesionales de doctores y licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias de Castilla y León (*BOCL*: 20/10/04).
- Ley 3/2004, de 13 de octubre, de creación del Consejo de Colegios Profesionales de agentes de la propiedad inmobiliaria de Castilla y León (*BOCL*: 20/10/04).
- Ley 4/2004, de 13 de octubre, de creación del Consejo de Colegios profesionales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Castilla y León (*BOCL*: 20/10/04).
- Ley 5/2004, de 21 de diciembre, de declaración del Parque Natural de Hoces del río Riaza (*BOCL*: 22/12/04).
- Ley 6/2004, de 21 de diciembre, de modificación de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León (*BOCL*: 22/12/04).
- Ley 7/2004, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 6/1991, de 19 de abril, de archivos y patrimonio documental de Castilla y León (*BOCL*: 23/12/04).
- Ley 8/2004, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 12/2002, de 11 de julio, del patrimonio cultural de Castilla y León (*BOCL*: 23/12/04).

- Ley 9/2004, de 28 de diciembre, de medidas económicas, fiscales y administrativas (*BOCL*: 31/12/04).
- Ley 10/2004, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2005 (*BOCL*: 31/12/04).

### ***7. Castilla-La Mancha***

- Ley 1/2004, de 1 de marzo, de modificación de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de comercio minorista de Castilla-La Mancha (*DOCM*: 08/04/04).
- Ley 2/2004, de 1 de marzo, de creación del Colegio Oficial de Educadores Sociales de Castilla-La Mancha (*DOCM*: 08/04/04).
- Ley 3/2004, de 1 de marzo, de modificación de la Ley 15/2003 de medidas tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (*DOCM*: 08/04/04).
- Ley 4/2004, de 18 de mayo, de la explotación agraria y del desarrollo rural en Castilla-La Mancha (*DOCM*: 25/05/04).
- Ley 5/2004, de 18 de mayo, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 117.240,68 euros para sufragar los gastos de las elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 25 de mayo de 2003 (*DOCM*: 25/05/04).
- Ley 6/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Albacete del régimen de organización de los municipios de gran población (*DOCM*: 30/12/04).
- Ley 7/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Ciudad Real del régimen de organización de los municipios de gran población (*DOCM*: 30/12/04).
- Ley 8/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Guadalajara del régimen de organización de los municipios de gran población (*DOCM*: 30/12/04).
- Ley 9/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Talavera de la Reina del régimen de organización de los municipios de gran población (*DOCM*: 30/12/04).
- Ley 10/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Cuenca del régimen de organización de los municipios de gran población (*DOCM*: 30/12/04).

## **8. Cataluña**

- Ley 1/2004, de 24 de mayo, de modificación del artículo 22 de la Ley 10/1994 de la policía de la Generalitat- Mossos d'Esquadra (DOGC: 27/05/04)
- Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial (DOGC: 10/06/04).
- Ley 3/2004, de 28 de junio, de segunda modificación de la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo del Audiovisual de Cataluña (DOGC: 02/07/04).
- Ley 4/2004, de 1 de julio, reguladora del proceso de adecuación de las actividades de incidencia ambiental a lo establecido en la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental (DOGC: 05/07/04).
- Ley 5/2004, de 9 de julio, de creación de guarderías de calidad (DOGC: 15/07/04).
- Ley 6/2004, de 16 de julio, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para el 2004 (DOGC: 21/07/04).
- Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas (DOGC: 22/07/04).
- Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de horarios comerciales (DOGC: 28/12/04).
- Ley 9/2004, de 24 de diciembre, de creación de la agencia catalana del consumo (DOGC: 30/12/04).
- Ley 10/2004, de 24 de diciembre, de modificación de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local (DOGC: 30/12/04).
- Ley 11/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para el 2005 (DOGC: 31/12/04).
- Ley 12/2004, de 27 de diciembre, de medidas financieras (DOGC: 31/12/04).

## **9. Comunidad Valenciana**

- Ley 1/2004, de ayudas a las víctimas del terrorismo (DOGV: 27/05/04).
- Ley 2/2004, de 28 de mayo, de creación del Instituto valenciano de Seguridad y Salud en el trabajo (DOGV: 01/06/04).
- Ley 3/2004, de 30 de junio, de ordenación y fomento de la calidad de la edificación (LOFCE) (DOGV: 02/07/04).
- Ley 4/2004, de 30 de junio, de ordenación del territorio y protección del paisaje (DOGV: 02/07/04).

- Ley 5/2004, de 13 de julio, de modificación de la Ley 2/2001, de 11 de mayo, de creación y gestión de áreas metropolitanas en la Comunidad valenciana (*DOGV*: 14/07/04).
- Ley 6/2004, de 13 de julio, de modificación de la Ley 5/2002, de 19 de junio, 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*: 14/07/04).
- Ley 7/2004, de 19 de octubre, de modificación de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio cultural valenciano (*DOGV*: 21/10/04).
- Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda de la Comunidad valenciana (*DOGV*: 21/10/04).
- Ley 9/2004, de 7 de diciembre, del Consejo valenciano de personas mayores (*DOGV*: 09/12/04).
- Ley 10/2004, de 9 de diciembre, del suelo no urbanizable (*DOGV*: 10/12/04).
- Ley 11/2004, de 22 de diciembre, de crédito extraordinario en el Presupuesto del Ejercicio 2004, para la cobertura de la subvención pública de gastos electorales a la que se refieren los artículos 41 y siguientes de la Ley 1/1987, de 31 de marzo, Electoral valenciana (*DOGV*: 27/12/04).
- Ley 12/2004, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat valenciana (*DOGV*: 29/12/04).
- Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de caza de la Comunidad valenciana (*DOGV*: 29/12/04).
- Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad valenciana (*DOGV*: 31/12/04).

### ***10. Extremadura***

- Ley 1/2004, de 19 de febrero, de creación de la empresa pública "Gestión de infraestructuras, suelo y vivienda en Extremadura" (*DOE*: 06/03/04).
- Ley 2/2004, de 10 de mayo, de modificación de la Ley 5/1992, de 26 de noviembre, sobre la ordenación de las producciones agrarias de Extremadura (*DOE*: 11/05/04).
- Ley 3/2004, de 28 de mayo, de reforma del sistema financiero de Extremadura (*DOE*: 01/06/04).
- Ley 4/2004, de 28 de mayo, de modificación de la Ley 4/2000, de 16 de noviembre, de creación de la empresa pública "Corporación extremeña de medios audiovisuales" (*DOE*: 01/06/04).

- Ley 5/2004, de 24 de junio, de prevención y lucha contra los incendios forestales en Extremadura (*DOE*: 29/06/04).

- Ley 6/2004, de 4 de noviembre, de concesión de crédito extraordinario para subvencionar los gastos ocasionados a los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones por su concurrencia a las elecciones a la Asamblea de Extremadura del año 2003 (*DOE*: 06/11/04).

- Ley 7/2004, de 19 de noviembre, por la que se declara a Cornalvo Parque Natural (*DOE*: 30/11/04).

- Ley 8/2004, de 23 de diciembre, para la aplicación al municipio de Mérida, capital de Extremadura, del régimen de organización de los municipios de gran población contemplado en el Título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen local, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local (*DOE*: 30/12/04).

- Ley 9/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2005 (*DOE*: 31/12/04).

## ***II. Galicia***

- Ley 1/2004, de 21 de abril, de modificación de las Leyes 7/1985, de 17 de julio, de Cajas de Ahorros gallegas y 4/1996, de 31 de mayo, de Cajas de Ahorro de Galicia, para adaptarlas a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero (*DOG*: 22/04/04).

- Ley 2/2004, de 21 de abril, por la que se crea el servicio de guardacostas de Galicia (*DOG*: 22/04/04).

- Ley 3/2004, de 7 de junio, de creación del Instituto Tecnológico para el control del medio marino de Galicia (*DOG*: 17/06/04).

- Ley 4/2004, de 28 de junio, para la aplicación a los municipios de Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra y Santiago de Compostela del régimen de organización de los municipios de gran población (*DOG*: 07/07/04).

- Ley 5/2004, de 8 de julio, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Galicia (*DOG*: 21/07/04)

- Ley 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*: 22/07/04).

- Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de hombres y mujeres (*DOG*: 03/08/04).

- Ley 8/2004, de 30 de julio, de protección, control, infracciones y sanciones en materia marítimo-pesquera de Galicia (*DOG*: 20/08/04).

- Ley 9/2004, de 10 de agosto, de seguridad industrial de Galicia (*DOG*: 26/08/04).
- Ley 10/2004, de 2 de noviembre, de modificación de la Ley 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del turismo en Galicia (*DOG*: 17/11/04).
- Ley 11/2004, de 19 de noviembre, de inspección de consumo de Galicia (*DOG*: 02/12/04).
- Ley 12/2004, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 8/1985, de 13 de agosto, de elecciones al Parlamento de Galicia (*DOG*: 16/12/04).
- Ley 13/2004, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2005 (*DOG*: 30/12/04).
- Ley 15/2004, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (*DOG*: 31/12/04).
- Ley 16/2004, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 9/1991, de 2 de octubre, gallega de medidas básicas para la inserción social (*DOG*: 31/12/04).

## ***12. Islas Baleares***

- Ley 1/2004, de 19 de febrero, de crédito extraordinario para subvenciones electorales (*BOIB*: 28/02/04).
- Ley 2/2004, de 2 de marzo, de creación del Colegio Oficial de Ingenieros en Informática de las Islas Baleares (*BOIB*: 11/03/04).
- Ley 3/2004, de 2 de marzo, de creación del Colegio de Ingenieros Técnicos en Informática de las Islas Baleares (*BOIB*: 11/03/04).
- Ley 4/2004, de 2 de abril, de la Sindicatura de Cuentas de las Islas Baleares (*BOIB*: 10/04/04).
- Ley 5/2004, de 20 de diciembre, de creación del Colegio Oficial de Guías turísticos de las Islas Baleares (*BOIB*: 25/12/04).
- Ley 6/2004, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2002, de 21 de junio, de subvenciones (*BOIB*: 30/12/04).
- Ley 7/2004, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el año 2005 (*BOIB*: 30/12/04).
- Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública (*BOIB*: 30/12/04).

### ***13. Madrid***

- Ley 1/2004, de 31 de mayo, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2004 (*BOCM*: 01/06/04).

- Ley 2/2004, de 31 de mayo, de medidas fiscales y administrativas (*BOCM*: 01/06/04).

- Ley 3/2004, de 10 de diciembre, de creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la reeducación y reinserción del menor infractor (*BOCM*: 14/12/04).

- Ley 4/2004, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2005 (*BOCM*: 30/12/04).

- Ley 5/2004, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (*BOCM*: 30/12/04).

- Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de creación del Tribunal de Defensa de la competencia de la Comunidad de Madrid (*BOCM*: 30/12/04).

- Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de medidas en materia sanitaria (*BOCM*: 30/12/04).

### ***14. Murcia***

- Ley 1/2004, de 24 de mayo, de modificación de la Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia (*BORM*: 14/06/04).

- Ley 2/2004, de 24 de mayo, de modificación de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia (*BORM*: 14/06/04).

- Ley 3/2004, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 6/2003, de 12 de noviembre, de los Consejos Reguladores (*BORM*: 14/06/04).

- Ley 4/2004, de 22 de octubre, de asistencia jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (*BORM*: 10/11/04).

- Ley 5/2004, de 22 de octubre, del voluntariado en la Región de Murcia (*BORM*: 10/11/04).

### ***15. Navarra***

- Ley foral 1/2004, de 17 de febrero, por la que se da nueva redacción al artículo 67 bis de la Ley foral 22/1998, de 30 de diciembre, del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que regula la deducción por pensiones de viudedad (*BON*: 20/02/04).

- Ley foral 2/2004, de 29 de marzo, por la que se modifica la Disposición Adicional V de la Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo (*BON*: 02/04/04).

- Ley foral 3/2004, de 29 de marzo, por la que se amplía el programa PREVER (*BON*: 02/04/04).

- Ley foral 4/2004, de 2 de junio, de modificación del artículo 21 de la Ley foral 16/1986, de 17 de noviembre, reguladora de las elecciones al Parlamento de Navarra (*BON*: 11/06/04).

- Ley foral 5/2004, de 2 de junio, de Cuentas Generales de Navarra 2002 (*BON*: 11/06/04).

- Ley foral 6/2004, de 9 de junio, de creación del Colegio Oficial de dietistas-nutricionistas de Navarra (*BON*: 18/06/04).

- Ley foral 7/2004, de 24 de junio, por la que se declara de utilidad pública y se aprueba la desafectación de 159.224 metros cuadrados de terreno comunal, perteneciente al Ayuntamiento de Murillo el Fruto (*BON*: 02/07/04).

- Ley foral 8/2004, de 24 de junio, de protección pública a la vivienda en Navarra (*BON*: 02/07/04).

- Ley foral 9/2004, de 20 de octubre, por la que se establecen medidas a favor de los afectados por las inundaciones producidas en la Comunidad foral de Navarra durante el mes de septiembre del presente año (*BON*: 25/10/04).

- Ley foral 10/2004, de 29 de octubre, por la que se declara de utilidad pública y se aprueba la desafectación de 157. 834,45 metros cuadrados de terreno comunal perteneciente al Ayuntamiento de Funes (*BON*: 05/11/04).

- Ley foral 11/2004, de 29 de octubre, para la actualización del régimen local de Navarra (*BON*: 05/11/04).

- Ley foral 12/2004, de 29 de octubre, del Plan de Infraestructuras locales para el periodo 2005-2008 (*BON*: 05/11/04).

- Ley foral 13/2004, de 3 de diciembre, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 195.000 euros para financiar las necesidades presupuestarias surgidas en el Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud (*BON*: 15/12/04).

- Ley foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente (*BON*: 15/12/04).

- Ley foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (*BON*: 15/12/04).

- Ley foral 16/2004, de 3 de diciembre, de medidas relativas al personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra (*BON*: 15/12/04).

- Ley foral 17/2004, de 3 de diciembre, 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 2005 a 2008 (*BON*: 15/12/04).

- Ley foral 18/2004, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año 2005 (*BON*: 31/12/04).

- Ley foral 19/2004, de 29 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias (*BON*: 31/12/04).

### ***16. País Vasco***

- Ley 1/2004, de 25 de febrero, de ordenación de los cuerpos y escalas de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos (*BOPV*: 05/03/04).

- Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la agencia vasca de protección vasca (*BOPV*: 04/03/04).

- Ley 3/2004, de 25 de febrero, del sistema universitario vasco (*BOPV*: 12/03/04).

- Ley 4/2004, de 18 de marzo, de transporte de viajeros por carretera (*BOPV*: 29/03/04).

- Ley 5/2004, de 7 mayo, de ordenación vitivinícola (*BOPV*: 25/05/04).

- Ley 6/2004, de 21 de mayo, de red ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea (*BOPV*: 02/06/049).

- Ley 7/2004, de 30 de septiembre, de segunda modificación de la Ley sobre Prevención, Asistencia e Inserción en materia de Drogodependencias (*BOPV*: 15/10/04).

- Ley 8/2004, de 12 de noviembre, de Industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi (*BOPV*: 29/11/04).

- Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (*BOPV*: 15/12/04).

- Ley 10/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2005 (*BOPV*: 31/12/04).

### ***17. La Rioja***

- Ley 1/2004, de 16 de febrero, para la aplicación al municipio de Logroño del régimen de organización de los municipios de gran población (*BOR*: 19/02/04).

- Ley 2/2004, de 22 de abril, de creación del Colegio Oficial de Fisioterapeutas de la Rioja (*BOR*: 26/04/04).
- Ley 3/2004, de 25 de junio, de Consejos Escolares de La Rioja (*BOR*: 01/07/04).
- Ley 4/2004, de 5 de octubre, por la que se autoriza la cesión de un inmueble al Ente Público Radio Televisión Española (*BOR*: 07/10/04).
- Ley 5/2004, de 5 de octubre, para la aprobación y autorización del protocolo de colaboración del Gobierno de La Rioja y la Diputación Foral de Álava para la planificación y obras de carreteras de la red viaria en zonas colindantes (*BOR*: 07/10/04).
- Ley 6/2004, de 18 de octubre, de Cajas de Ahorros de La Rioja (*BOR*: 23/10/04).
- Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja (*BOR*: 23/10/04).
- Ley 8/2004, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2005 (*BOR*: 30/12/04).
- Ley 9/2004, de 22 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2005. (*BOR*: 30/12/04).



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

(De 1 de enero de 2004 a 31 de diciembre de 2004)

*Enrique Belda Pérez-Pedrero*

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

*En el presente apartado del Anuario, se realiza una referencia sucinta a las sentencias del Tribunal Constitucional que afectan, con carácter general, a las Comunidades Autónomas, mencionando aquellos datos o criterios jurisprudenciales que parecen destacables, con la brevedad que aconseja esta sección. Se evita el análisis detallado de las normas jurídicas enjuiciadas por el Tribunal en tanto no se refieran directamente a nuestra Comunidad Autónoma. Los números que se indican en el sumario corresponden a una referencia otorgada cronológicamente a cada sentencia.*

## SUMARIO

- *Sentencias que afectan directa y únicamente a Castilla-La Mancha: 0.*
- *Sentencias que afecten a CCAA: 21 sentencias o series de sentencias.*

*Según procesos:*

- *Sentencias en Conflictos de Competencia: 3. (Números: 7, 12 y 16).*
- *Sentencias en Recursos de Inconstitucionalidad: 10. (Números: 1, 2, 3, 5, 8, 10, 11, 13, 15, 17 y 19).*
- *Sentencias en Cuestiones de Inconstitucionalidad: 5. (Números: 4, 5, 14, 18 y 20).*
- *Sentencias en Recursos de Amparo: 3. (Números: 6, 9 y 21).*

*Según materia:*

- *Sentencias competenciales: 18.*
- *Sentencias sobre instituciones y otros temas: 3. (Números 6 y 9, -tutela judicial efectiva de Comunidad Autónoma-, y 21, -ejercicio de las funciones del cargo parlamentario-).*

## Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional

### 1. STC 14/2004

La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 14/2004, de 12 de febrero, tiene un objeto ciertamente peculiar, evaluando el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra el núm. 222 de la directriz duodécima, apartado II, de la letra D) de los principios que figuran en un anexo de la Ley aragonesa 7/1998, de 16 de julio, de ordenación del territorio. La directriz, eminentemente política, tiene dos apartados, uno que prohíbe que el Estado establezca en esa región centros penitenciarios para más población reclusa que la que resulte de la media generada en la Comunidad en los últimos cinco años, y un segundo, que persigue prohibir la ubicación de almacenes de residuos nucleares producidos fuera de Aragón.

Con respecto al tema de prisiones, el Estado contrapone su competencia exclusiva en materia de legislación penitenciaria (art. 149.1.6 CE) a la autonómica sobre administración del territorio. El Tribunal recuerda en el choque competencial su reiterada doctrina sobre la necesidad de apreciar tanto el sentido o finalidad de los títulos competenciales y estatutarios, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido, delimitando así la regla competencial aplicable al caso (STC 153/1989, FJ 5º, o STC 197/1996, FJ 3º, entre otras). Sin olvidar tampoco el criterio general a tener en cuenta en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales: el de la prevalencia de la regla competencial específica sobre la más genérica (sin que este último criterio se maneje como un valor absoluto (STC 213/1988, FJ 3º o STC 197/1996, FJ 4º). Tras un pormenorizado análisis el tribunal encuadra la capacidad de limitar reclusos en las prisiones en el ámbito estatal, declarando inconstitucional este apartado (FJ 7º).

Por lo que se refiere a los cementerios nucleares, la pugna se sustenta, por una parte, en los títulos estatales bases del régimen energético y, en menor medida, seguridad pública (arts. 149.1.25 y 29 CE). Por otra parte, Aragón aduce las materias ordenación del territorio y medio ambiente. El Tribunal delimita con más exactitud la pugna entre las competencias de bases de régimen energético y medio ambiente, para optar por la aplicación de la primera (FJ 10º). De esta competencia régimen energético, el Estado sólo ostenta las Bases, pero es suficiente a la luz del modelo legislativo español para comprender que la Ley aragonesa configura un modelo de almacenamiento de residuos excluyente de aquellos que pudieran producirse en otras Comunidades

Autónomas, incurriendo también en infracción del orden constitucional de competencias (FJ 13°).

Un voto particular de Jiménez de Parga coincide en lo sustancial del Fallo pero resalta la necesaria concurrencia del principio de solidaridad interterritorial, para contribuir también a la inconstitucionalidad de estas prescripciones anuladas.

## **2. STC 38/2004**

La Sentencia 38/2004, de 11 de marzo, estudia el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno frente a la Ley asturiana 4/1996, que reforma la ordenación de la función pública. El Tribunal va a anular el precepto legal cuestionado (la citada ley modificaba un artículo de la legislación funcionarial de 1985, a través de un artículo único) ya que el Principado pretendía establecer unas pruebas de acceso que no podían ser calificadas como libres a tenor de lo establecido en el art. 19.1 de la Ley estatal 30/1984, una vez que queda clara la competencia estatal en el acceso a la función pública (art. 149.1.18, normativa básica estatal en la materia -FFJJ 1° y 2°- y art. 23.2 CE, vertiente de protección del derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a los puestos de la función pública -FJ 7°-). En la resolución, el Tribunal repasa los requisitos para permitir la excepcional restricción en las oposiciones de acceso a la administración, tasada temporalmente desde la entrada en vigor de la función pública de 1984 (FJ 4°).

## **3. STC 47/2004**

La Sentencia 47/2004, de 25 de marzo, da respuesta al recurso de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno frente a la Ley gallega 11/1993 sobre el recurso de casación en materia de Derecho Civil Especial. El Tribunal corrige varios preceptos para adaptarlos al orden constitucional de reparto competencial en el campo del proceso civil. La legislación procesal es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE), permitiéndose no obstante en el citado precepto, la intervención autonómica en el ámbito de las especialidades de su derecho sustantivo, lo que asume Galicia a través del art. 27.5 de su Estatuto de Autonomía. Una jurisprudencia sólida, delimita la intervención autonómica, para la normación de los extremos directamente conectados con esas particularidades asociadas al derecho civil especial histórico de cada Comunidad (entre otras SSTC 71/82, 121/1992 o 127/1999), debiendo justificar el legislador autonómico las "necesarias especialidades" objeto de excepción en el art. 149.1.6 CE (FJ 4°). El constitucional evalúa la presunta especialidad de las reglas de casación que se quieren establecer, así como el régimen estatal de la misma, sopesando la con-

gruencia de las reformas en aras a la conexión con la especificidad del Derecho Civil Especial de Galicia (FFJJ. 5º a 7º), anulando los preceptos autonómicos que, o bien solo reproducen la legislación procesal del Estado en la materia, o innovan reglas generales sin justificación (véase el art. 4 de la ley impugnada, que altera criterios en la imposición de costas procesales), y salvando, finalmente, aquellos otros en los que esa relación se produce (por ejemplo, la exención de prueba en la apreciación de determinados usos y costumbres autóctonos -FJ 13º-).

Un voto particular suscrito por los Magistrados Cachón y Casas disiente en la percepción de la mayoría acerca de la inconexión de uno de los preceptos de reforma casacional con las "necesarias especialidades" del derecho propio, proponiendo salvar la constitucionalidad, también, del art. 2.1 de la Ley impugnada, relativo a la apreciación de la doctrina jurisprudencial en un derecho civil especial, que tiene mayor influencia de los usos y costumbres. Un segundo voto, redactado por el Magistrado Conde y con la adhesión del Magistrado García-Calvo, entiende desde una óptica más restrictiva, la necesidad de separar la casación, como instituto estrictamente procesal y alejado de cualesquiera especialidad, de cualquier tipo de intervención autonómica, y en consecuencia aboga por la inconstitucionalidad de todo el texto impugnado, en atención a la materia, que consideran en exclusiva del Estado.

#### **4. STC 48/2004**

La Sentencia 48/2004, de 25 de marzo, evalúa una serie de cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sobre la Ley catalana 5/1987 de régimen provisional de las competencias de las Diputaciones Provinciales, en relación a las leyes 15/1990 de ordenación sanitaria y 26/1991 de transferencia a las Diputaciones y a los Consejos Comarcales, en materia de servicios y asistencia social. En el marco de la tradicional tensión entre la Comunidad Autónoma y algunas administraciones intermedias de Cataluña, hemos tenido ocasión en pasados anuarios de tratar la necesaria vigencia del principio de autonomía local, y sus contenidos, ante el neocentralismo de la práctica de las Comunidades Autónomas. En esta ocasión, el máximo órgano judicial en territorio catalán, alerta sobre el desapoderamiento competencial que el art. 12 de la ya antigua ley de 1987, produce en las Diputaciones, transfiriendo funciones en favor de la administración autonómica, por una parte, y de los Consejos Comarcales, por otra (FJ 2º). Tras un pormenorizado análisis de la situación planteada y la fijación del objeto del recurso, el Tribunal Constitucional define como núcleo común del problema suscitado, la presunta

vulneración de los art. 142 CE (autonomía de las diputaciones y recursos financieros suficientes). A menos servicios, estos entes locales demandarán menos fondos, y las consecutivas normas de transferencia que profundicen en el desamparamiento de funciones, continuarán mermando sus ingresos (FJ 9º). Tras el repaso de la doctrina sobre autonomía local, comenzada por la STC 32/1981, así como las reglas de su garantía constitucional, que incluye la suficiencia financiera (FJ 10º), el Tribunal declara inconstitucional y nulo del precepto cuestionado, sin afectar a las situaciones jurídicas a las que ha dado cobertura en los últimos diecisiete años, en aras de salvaguardar el principio constitucional de seguridad jurídica.

Al respecto procede comentar que la declaración de nulidad a instancias de un órgano del Poder Judicial, utilizando el mecanismo de la Cuestión, es una prueba de la falta de resortes reactivos que han padecido las corporaciones locales hasta 1999, para alertar sobre las vulneraciones a sus autonomía.

Con la firma de las Magistradas Pérez Vera y Casas, un voto particular disidente de la nulidad declarada, desechando la infracción al art. 142 CE, y salvando la legalidad constitucional de intervenciones del Estado y las Comunidades Autónomas sobre las diputaciones, mostrando una capacidad de restringir la autonomía financiera de éstas últimas, dentro de los límites establecidos en el bloque de constitucionalidad, sin que la autonomía local se erija, como señalaba la STC 109/1998 (FJ 10º), en una esfera total y absolutamente resistente a cualquier mínima incidencia o afectación proveniente de otros niveles de gobierno.

### **5. STC 51/2004**

La Sentencia 51/2004, de 13 de abril, trata las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que provienen de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación a una Disposición Transitoria del texto refundido de legislación vigente urbanística en esa Comunidad (Decreto Legislativo 1/1990 de 12 de julio). El Tribunal anula un adverbio de la ley, "también" pues excedía los cometidos de la refundición ampliando el significado de una norma refundida.

Con motivo de la modificación de un plan de ordenación urbana, que afecte a elementos con una incidencia territorial circunscrita a un término municipal, la iniciativa no sólo correspondería al municipio afectado sino también a la Comisión de Urbanismo de Barcelona (sucesora de la extinta entidad municipal metropolitana de Barcelona, órgano autonómico), conculcando la autonomía

local de los municipios de esa Comarca (art. 140 CE) (FJ 12). Como se observa, el contenido de derecho autonómico de esta resolución es limitado, tratándose más bien de un problema de apreciación de fuentes. No obstante, un voto particular redactado por el Magistrado García Manzano, y con la adhesión de los Magistrados Conde y Casas, cuestiona el punto de partida de la mayoría, entendiendo que la Disposición Transitoria se refería en el texto refundido al planeamiento metropolitano o supramunicipal, con lo cual existe una causa de intervención que justifica la pérdida de exclusividad municipal en la iniciativa del proceso de planeamiento urbanístico.

#### **6. STC 58/2004**

La Sentencia 58/2004, de 19 de abril, aborda un recurso de amparo que promueve la Generalidad de Cataluña frente a una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que otorgó la razón a un particular en un asunto fiscal referido a la tasa del juego. Como en otras ocasiones, nos limitamos a subrayar la legitimación activa de los órganos de una Comunidad Autónoma en el seno de cualquier procedimiento cuando entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva durante el transcurso de un litigio del cual es parte. En este caso también, la Comunidad alegó infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, igualmente, del art. 24 CE. El Tribunal Constitucional ampara a la administración recurrente entendiéndolo que, efectivamente, los tribunales ordinarios han inaplicado una ley autonómica vigente al tiempo de dictar sentencia, por la que se establecía un recargo tributario en materia de juego, con base en unas sospechas de inconstitucionalidad sobre la norma impugnada. Lo procedente en esa tesitura para los órganos jurisdiccionales, es suspender el proceso planteando una cuestión de constitucionalidad, o incluso si una norma de la Unión Europea estuviese en liza, la Sala del Tribunal Superior de Justicia podría haber utilizado el mecanismo de la cuestión prejudicial del art. 234 del Tratado de la Comunidad (FJ 13). Parecido criterio se sostenía por la STC 173/2002.

#### **7. STC 77/2004**

La Sentencia 77/2004, de 29 de abril, resuelve el conflicto de competencia (positivo) promovido por el Gobierno catalán en relación a una orden ministerial de febrero de 1996, reguladora de la concesión de ayudas para actividades enumeradas en el plan marco de modernización del comercio interior. A lo largo de esta crónica en anuarios pasados, se han tratado numerosos problemas competenciales en torno al comercio interior y la planificación de la actividad económica. En este caso, el tribunal estima parcialmente el conflicto anulando

varios preceptos invasores derivados de una orden del extinto Ministerio de Comercio y Turismo, tras evaluar que su contenido quedaba fuera de la competencia estatal exclusiva de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), cuando se trata de repartir subvenciones sobre una materia atribuida en exclusiva a la Autonomía recurrente: comercio interior (art. 12.1.5 de su Estatuto). Repite, asimismo, su consolidada doctrina al respecto de negar al Estado una competencia para subvencionar libremente, desvinculándose del orden competencial (FJ 3).

### **8. STC 98/2004**

La Sentencia 98/2004, de 25 de mayo, trata el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno en torno al art. 51 y a una disposición adicional de la Ley canaria 5/1996, de presupuestos generales para 1997, de esas Islas. El Tribunal estudia si desde esta norma se ha invadido alguna competencia estatal cuando fija unos precios de referencia en las especialidades farmacéuticas y, asimismo, cuando hace posible que se financien públicamente las especialidades que excedan de ellos, siempre que exista un informe complementario del servicio autonómico de salud que justifique el coste mayor del medicamento elegido. La mayoría del Tribunal busca la interpretación del precepto más favorable a su conservación, de acuerdo a su sólida jurisprudencia interpretadora que ya comienza con la STC 4/1981 de 2 de febrero. Concluye, que lo que ha de entenderse es que la Comunidad Autónoma de Canarias, a través del art. 51 de la ley de presupuestos, sólo fija precios de referencia respetando los mínimos de la normativa básica estatal sobre sanidad (FJ 8).

La solución aportada por la mayoría del Tribunal es discutida por gran parte de sus miembros a través de dos votos particulares suscritos por cinco Magistrados. El primero, formulado por el Magistrado Conde, y firmado por Jiménez Sánchez y Delgado Barrio, que discrepa sobre varios extremos, entre ellos que se estimase constitucional el apartado primero del art. 51 de la mencionada norma, estimando que invade a su juicio el título competencial del Estado sobre bases y coordinación general de la sanidad. El segundo, redactado por el Magistrado Rodríguez-Zapata, y con la adhesión de García Calvo en el que se realiza una interesante disertación sobre la necesidad de promover unas garantías para establecer en todo el territorio nacional una regulación uniforme y mínima del sistema sanitario, para cumplir las exigencias del Estado social de derecho y la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes, lo que a su juicio no se consigue con el fondo de la sentencia, que como se aprecia, facilita que en esa Comunidad se pueda acceder a

determinados productos farmacéuticos a menor precio. También, como el primer voto particular, estiman la inconstitucionalidad del art. 51.1 de la Ley autonómica.

### **9. STC 106/2004**

La STC 106/2004, de 28 de junio, resuelve un recurso de amparo interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias ante una inadmisión por parte del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad basándose en falta de legitimación activa de la Administración Regional para formular un recurso contencioso-administrativo. Nuestro interés ha de ser en este caso meramente procesal, dejando al margen los contenidos de derecho autonómico, para recordar de nuevo la legitimación reconocida a las Comunidades Autónomas para impugnar las decisiones de los Tribunales económico-administrativos, dependientes de la Administración del Estado. En caso contrario se produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, cuya titularidad puede también esgrimirse por las Comunidades.

### **10. STC 108/2004**

La STC 108/2004, de 30 de junio, nos obliga a permanecer en la Comunidad Canaria y retomar un tema recurrente en las decisiones de este año y del pasado, como son los conflictos en torno a la interpretación del régimen fiscal de las Islas. Para ello el Tribunal hace algunas remisiones sobre la peculiaridad del régimen económico a anteriores resoluciones y a los mecanismos de relación con el Estado (por ejemplo, SSTC 16/2003 y 137/2003). En este caso se recurren por parte de la Comunidad tres apartados del art. 8 del Real Decreto-ley 12/1996, sobre medidas tributarias urgentes, que modificaron el tipo de gravamen del impuesto especial sobre el alcohol y las bebidas derivadas. El Tribunal, tras resolver cuestiones procedimentales realiza una interesante historia del tratamiento fiscal diferenciado de las bebidas alcohólicas en las Islas (FFJJ 5º y 6º). En cuanto al fondo del litigio, estima la adecuación constitucional de la actuación estatal, que ha utilizado el mecanismo del Real Decreto-ley (art. 86.1 CE), sobre ciertos elementos de este impuesto indirecto, instantáneo, objetivo y real, cosa que se concilia con el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE) sin necesidad de utilizar el instrumento de la Ley, ya que se limita a una alteración de poca relevancia (FJ 8º). Por otra parte, la Comunidad Autónoma también alertaba en este recurso sobre su falta de participación en la aprobación de la norma estatal, que afectaba según su criterio al régimen especial. La consideración de la existencia de una modificación o afectación de este régimen, es rechazada por el Tribunal Constitucional, con argu-

mentos similares a los expuestos en la STC 137/2003, pero concluyendo esta vez la falta de convergencia de los extremos fiscales afectados con el núcleo del régimen canario, lo que hace innecesario el informe sobre ello del Parlamento de Canarias, previsto en el art. 46.3 del Estatuto de Autonomía de esa Comunidad, así como en la DA 3ª de la Constitución.

### **11. STC 109/2004**

En la STC 109/2004, de 30 de junio, de nuevo el Parlamento y el Gobierno de Canarias, ven resueltos sus recursos de inconstitucionalidad acumulados frente a varios preceptos de la Ley 66/1997, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, como no podía ser de otra manera, también por una disensión en la interpretación de normas fiscales. La Comunidad estima que se vulnera el principio de franquicia fiscal sobre el consumo, que formaría parte de su régimen económico y fiscal, garantizado constitucional y estatutariamente (DA 3ª CE y art. 46 del Estatuto de Canarias), además de ignorar la exigencia de informe favorable de su Parlamento, que acabamos de recordar en la anterior sentencia reseñada, contenida en el art. 46.3 del Estatuto, cuando se trata de alterar sustancialmente el régimen específico de las Islas. El Tribunal, rechazando el eje principal de la impugnación tras aplicar reiterada doctrina (SSTC 35/1984 o 16/2003, entre otras), va a estimar el recurso sólo en lo referido a un apartado de una Disposición Transitoria de la Ley, declarando inconstitucional la actuación del Estado para regular los criterios de distribución y porcentajes de reparto de los recursos derivados del régimen económico y fiscal, por carecer de competencia desde 1997 (tras una modificación estatutaria operada en diciembre de 1996, que otorga la exclusividad material a la Comunidad Autónoma), con lo que el Estado ha incurrido en clara invasión (FJ 8).

### **12. STC 132/2004**

La STC 132/2004 de 22 de julio se limita a declarar la extinción del conflicto de competencia promovido por el Gobierno de Baleares frente a un Real decreto de 1994 que establecía el régimen del patrimonio y del personal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y de su Consejo Superior. La sentencia es fruto de los cambios en la relación competencial que se producen en el transcurso de los años que median entre el planteamiento de los conflictos y la resolución de los mismos. En esta serie de sentencias que venimos relatando desde hace años, en el anuario que tienen en sus manos, es frecuente la pérdida de objeto en determinados extremos de los conflictos y recursos planteados ante el Tribunal, al completarse el traspaso de materias competenciales desde el Estado a la Comunidad Autónoma. En esos casos, hemos considerado conve-

niente omitir los aspectos de derecho procesal constitucional puesto que las pretensiones de estos comentarios son las de analizar e informar de aquellos extremos con significación práctica para el operador del derecho autonómico, sea o no jurista especializado. Desde otras revistas, la de conocimiento más generalizado en esta materia, la Revista española de Derecho Constitucional, se atiende con extraordinaria precisión, cada uno de los aspectos de carácter procesal de las sentencias que aquí se apuntan.

Siendo frecuente que una sentencia considere concluido un conflicto en alguna de sus partes, por la asunción competencial sobrevenida, es menos habitual que todo el conflicto se declare extinto en la sentencia por coincidir el grueso del ámbito material debatido con el traspaso realizado entre el periodo del planteamiento y la resolución.

### **13. STC 134/2004**

La STC 134/2004 de 22 de julio resuelve dos recursos de inconstitucionalidad acumulados, promovidos por el Parlamento y el Gobierno de las Islas Canarias contra la DA 3ª de la Ley 14/1996 de cesión de tributos del Estado y de medidas fiscales complementarias, en su afectación a la zona especial de esa Comunidad. Sobre ella sólo cabe apuntar que se produce, como en el caso anterior, una nueva extinción de los recursos por pérdida de su objeto, pero en esta ocasión se añade un elemento adicional para constatar que es innecesario resolver el problema de fondo. Se trata de comprobar que se ha solicitado el informe a la Comunidad Autónoma, previsto en la DA 3ª CE y en el art. 46 del Estatuto canario, al que ya hemos hecho referencia en otras pugnas competenciales protagonizadas por esta Comunidad, que exige la participación de los órganos autonómicos recurrentes cuando se quiere modificar cualquier extremo del régimen fiscal de las Islas.

### **14. STC 156/2004**

La STC 156/2004 de 21 de septiembre surge a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad que plantea la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto del art. 90 de la Ley 20/1991 de modificación de varios extremos del régimen fiscal de Canarias, con objeto de resolver una pugna jurídica relativa a la producción e importación en esa Comunidad de ciertos embutidos. Como puede observarse, a lo largo del presente año, han convergido muchos de los procesos abiertos durante la década pasada de cara a la interpretación del régimen fiscal canario. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional desestima la Cuestión al estimar que el precepto traído a colación

por el Tribunal Superior de Justicia no vulnera ningún artículo de la Constitución o del Estatuto canario pues trataba de la regulación de un tributo estatal, no cedido (FJ 10).

#### **15. STC 157/2004**

La STC 157/2004 de 21 de septiembre estudia el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno frente a varios preceptos de la Ley Foral navarra 17/2001 de comercio. La sentencia repasa los artículos enjuiciados declarando inconstitucionales, entre otros, el art. 23.3 III de la Ley navarra referido a la regulación autonómica de un extremo referido a la defensa de la competencia, que es de titularidad estatal (FFJJ 3 y 4), o el exceso en el que incurre el art. 46.1, al regular las rebajas, por incidir en el contenido contractual de este tipo de ventas, sobrepasando el ámbito autonómico (FFJJ 10 y 11).

Un voto particular firmado por los Magistrados Gay y Pérez Tremps discrepa de la interpretación de la mayoría sobre el empleo de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE, en línea con pronunciamientos anteriores (por ejemplo, STC 132/1989).

#### **16. STC 158/2004**

La STC 158/2004 de 21 de septiembre aborda el conflicto de competencia promovido por el Gobierno de Cataluña contra una Resolución del Instituto Nacional de Empleo del 2003, que prorrogaba para un nuevo curso la convocatoria de ayudas para permisos individuales de formación. El Tribunal estima parcialmente el conflicto reconociendo la invasión por parte de la norma estatal de las competencias exclusivas de la Generalidad en el ámbito de la ejecución de la legislación laboral, por regular un procedimiento que afecta a la gestión de las ayudas introduciendo en el mismo a órganos o entes administrativos adscritos a la Administración Central del Estado (FJ 6º).

#### **17. STC 168/2004**

La STC 168/2004 de 6 de octubre da respuesta al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra el articulado de la Ley catalana 4/1997, de 20 de mayo, de protección civil, que disponía un gravamen sobre los elementos patrimoniales afectos a las actividades que pudieran demandar la puesta en marcha de los planes previstos para la protección civil. El recurso es desestimado tras estudiar que el gravamen autonómico sobre este supuesto no es un tributo de carácter contributivo, sino que prima en él una vertiente retributiva no dependiente del valor del bien o de la renta que potencialmente pro-

duzca (más bien de la peligrosidad que depare). Persigue, en definitiva, un fondo de seguridad, sin caer en la doble imposición detallada por la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (FJ 10). Tampoco se admite la invasión de la competencia básica estatal en materia energética (art. 149.1.25 CE), justificando la normación autonómica sobre el transporte de energía por la necesidad de regular la peligrosidad y procurar la tranquilidad colectiva (FJ 11).

### **18. STC 178/2004**

La STC 178/2004 de 21 de octubre se presenta como una de las más complejas de este período en cuanto a su interpretación del sistema de fuentes. Aborda dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 11 de la Ley vasca 17/1994 de medidas urgentes en materia de vivienda, de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística; el art. 2.2 del Real Decreto-Ley 5/1996 de medidas liberalizadoras en materia de suelo; o el art. 2 de la Ley 7/1997 sobre la misma cuestión, entre otras normas de carácter urbanístico. Se trata de solicitar del Tribunal un pronunciamiento para descubrir el régimen de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano, tras el terremoto jurídico causado en el derecho urbanístico con posterioridad a la STC 61/1997 que anuló buena parte de la ley del suelo. En este caso entran en juego las competencias sobre urbanismo entrelazadas con la sucesión temporal de leyes y normas estatales y autonómicas, anteriores y posteriores, a la STC 61/1997. La brevedad exigida en estas reseñas, nos obliga a constatar la decisión de declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dos de los preceptos cuestionados (el art. 2 del Real Decreto-Ley 5/1996 y el art. 2 de la Ley 7/1997) tras el análisis del derecho aplicable en cada caso, siguiendo los criterios ya conocidos en este ámbito material, salvando por tanto la constitucionalidad de la actuación legislativa del Parlamento Vasco en este campo, y respaldando el art. 11 de la Ley 17/1994, que permitía a la Comunidad determinar un concreto porcentaje de aprovechamiento urbanístico.

La sentencia se acompaña de un extenso voto particular del Magistrado Rodríguez-Zapata, que cuenta con la adhesión del Magistrado García-Calvo, con trascendentes consideraciones sobre el sistema de fuentes, y muy en especial, sobre el juego de la cláusula de prevalencia como mecanismo para solventar situaciones de incertidumbre jurídica como la provocada tras la sentencia de 1997, lo que llevaría a aplicar el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, en lugar de la Ley vasca 17/1994.

### **19. STC 194/2004**

La STC 194/2004, de 4 de noviembre, trata los recursos de inconstitucionalidad acumulados que formularon los Gobiernos de Andalucía y Aragón, así como las Cortes de esta última Comunidad, respecto de la Ley 41/1997 de 5 de noviembre, sobre espacios naturales protegidos, que modificaba a su vez otra ley estatal sobre la materia, la Ley 4/1989. El Tribunal declara la nulidad de diversos preceptos de esta última norma, tras la nueva redacción de 1997 (los relativos a la presencia de la Administración Central del Estado en los órganos gestores de los espacios protegidos intrautonómicos, que vulneran las competencias de la Comunidades) e interpreta una Disposición Adicional de la Ley 41/1997 (relativa a la iniciativa en la ampliación de espacios protegidos), salvando su constitucionalidad. De la sentencia, que naturalmente tiene una lectura para Comunidades como la nuestra, cabe resaltar la diferencia entre el posibilidad estatal de coordinación y cooperación a partir de su competencia básica en la materia, de la cogestión de los parques intrautonómicos, que no se considera lo mismo (FFJJ 12 y 13), así como la imposibilidad de continuar con el sistema actual de Comisiones-Mixtas (FJ 14). También, por último, los instrumentos de planeamiento son objeto de atención por el Tribunal expulsando del ordenamiento ciertos preceptos estatales que excedían de su competencia.

Un voto particular de la Magistrada Casas defiende también la inconstitucionalidad del art. 23 bis IV de la Ley 4/1989, tras su nueva redacción, por entender que tampoco debiera ostentar la condición de norma básica estatal, por su carácter organizativo interno, sin trascender a los administrados, invadiendo por ello la esfera autonómica.

**20.** El pronunciamiento numerado en la presente relación como 18, la STC 178/2004 de 21 de octubre, sirve de base para resolver dos problemas concordantes, relativos a las fuentes y el derecho aplicable tras la ya histórica resolución de 1997 en materia de suelo. Por un lado las SSTC 205 a 217/2004, de 18 de noviembre resuelven trece cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 11 de la Ley vasca 17/1994 de medidas urgentes en materia de vivienda, de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística; desestimando las mismas, en concordancia con la validación de este texto por la STC 178/2004, que acabamos de relatar en el punto anterior. Como es lógico, los Magistrados Rodríguez-Zapata y García-Calvo, reiteran su voto particular.

Por otro lado, las SSTC 228 a 241/2004, de 2 de diciembre dan respuesta a catorce cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas desde la misma instancia judicial, aunque en este caso referidas al artículo único de la Ley vasca 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística. Coherente con lo planteado en la STC 178/2004 y en la serie de sentencias subsiguientes, se desestiman las cuestiones por ser la actividad legislativa de la Comunidad Autónoma capaz de fijar este porcentaje (un quince por ciento), ante la ausencia de una norma básica estatal en ese momento (llegaría con la Ley 6/1998 de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones).

### **21. SSTC 226 Y 227/2004**

Las SSTC 226 y 227/2004 de 29 de noviembre son traídas a colación por su repercusión en el funcionamiento de una Asamblea autonómica, en este caso el Parlamento de Galicia, si bien su contenido gira en torno a los derechos de los representantes en toda su extensión, siendo el eje de la toma de decisiones el art. 23.2 CE, más que el juego del sistema de fuentes de derecho estatal y autonómico. Las resoluciones resuelven, respectivamente, los recursos de amparo formulados por los diputados socialistas de esa Cámara (STC 226/2004), y por los encuadrados en el Bloque Nacionalista Gallego, ante el acuerdo de la Mesa del Parlamento, de interpretar el Reglamento de la Cámara (art. 50) de manera que permitiese disolver una comisión de investigación sobre el accidente del buque Prestige. Tras sopesar el Tribunal las facultades emanadas de los derechos de los parlamentarios, centrados en la cobertura del derecho fundamental al ejercicio del cargo en condiciones de igualdad (ejercicio de funciones representativas, art. 23.2 CE), y de otra parte la autonomía de la Cámara y la potestad de emitir actos, por parte de sus órganos de gobierno, ante la constatación de lagunas reglamentarias, decide amparar a los recurrentes por entender que esta interpretación ha causado un menoscabo en el derecho fundamental alegado por los recurrentes, cercenando el debate político, y subrayando muy en particular, que la actividad de los órganos parlamentarios a la hora de interpretar el Reglamento no puede conllevar una modificación del mismo, afectando la reserva que esta norma jurídica ostenta formalmente (FJ 6º).

Las sentencias se acompañan de sendos votos particulares del Magistrado Rodríguez-Zapata, que defiende, con fundamentos basados en el derecho parlamentario, una parcela de actuación interna mayor a favor de las Cámaras, en la interpretación de sus propias normas organizativas.

**Nota adicional:** Este año cabe reseñar además de las sentencias comentadas, una sucinta referencia a un Auto del Tribunal Constitucional de gran repercusión pública: el ATC 30/2003 de 28 de enero, emitido desde el Pleno y que estudia la impugnación del Gobierno frente a un plan soberanista de las instituciones vascas para profundizar en su autogobierno, conocido como Ibarreche. La mayoría de los Magistrados desestima la inconstitucionalidad de los actos parlamentarios en tanto no concluyan con un acto que integre el ordenamiento jurídico, o lesionen derechos o intereses concretos. El Tribunal no puede conocer de cualquier ataque a la Constitución: le afectan aquellos que se produzcan por una norma jurídica. Finalmente y respecto de una cuestión procesal de fondo, tampoco cabe que desde las instituciones centrales se pueda utilizar recurso alguno para suspender iniciativas parlamentarias de las Comunidades, puesto que de esa manera se desdibujaría la autonomía territorial.



# ACTIVIDAD DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA

*(De 1 de enero de 2004 a 31 de diciembre de 2004)*

*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 sobre la actividad social y económica.*

*Leyes de carácter tributario, financiero o económico.*

### *2. Actividad de control y orientación política.*

### *1. Actividad legislativa año 2004*

Durante el periodo legislativo estudiado -año 2004- han sido doce las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha, tres menos que en el periodo anterior. Puede decirse por lo tanto que continuamos en la línea de buena producción legislativa, aunque sin llegar a la producción alcanzada en periodos como el de 2002, en que se llegó a las veinticinco leyes aprobadas.

En cuanto a la actividad no referida a la aprobación de Propositiones No de Ley, también puede hablarse de buena actividad; no tan abundante como en otras ocasiones pero al menos no tan escasa como en el periodo anterior.

Es éste un periodo especial para la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha, marcado fundamentalmente por dos acontecimientos de distinta índole: el cambio de Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el IV Centenario del Quijote.

En primer lugar hemos de señalar que para los ciudadanos la renuncia de D. José Bono a la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para ocupar el Ministerio de Defensa del Gobierno de la Nación, ha sido algo más que la marcha de un Presidente. Recordemos que el Sr. Bono fue elegido Presidente por el pueblo castellano-mancheño durante seis legislaturas. En su lugar, ha sido nombrado Presidente de la Junta D. José María Barreda Fontes, elegido por mayoría absoluta.

Por otro lado, no podemos olvidar que nos encontramos en el año del IV Centenario de la publicación del Quijote. Estamos de celebración, y esto hace que el Centenario se haga notar en todos los ámbitos de la Región: económico, social, cultural, político. Nos enorgullecemos de ser castellano-mancheños especialmente en acontecimientos como éste, cuando a nivel mundial se reconoce nuestra tierra y lo que se ha forjado en ella, y es por esto que en este Centenario queremos y debemos ofrecer lo mejor de nosotros mismos.

Más adelante analizaremos a fondo cada una de las leyes estructuradas por materias. A continuación, haremos una sucinta exposición de las leyes aprobadas cronológicamente; éstas han sido las siguientes:

*Ley 1/2004, de 1 de abril, de Modificación de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 32, de 25 de marzo de 2004; DOCM, núm. 52, de 8 de abril de 2004).*

*Ley 2/2004, de 1 de abril, de creación del Colegio Oficial de Educadores Sociales de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 32, de 25 de marzo de 2004; DOCM, núm. 52, de 8 de abril de 2004).*

*Ley 3/2004, de 1 de abril, de Modificación de la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 32, de 25 de marzo de 2004; DOCM, núm. 52, de 8 de abril de 2004).*

*Ley 4/2004, de 18 de mayo, de la Explotación Agraria y del Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 39, de 6 de mayo de 2004; DOCM, núm. 88, de 25 de mayo de 2004).*

*Ley 5/2004, de 18 de mayo, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 117.240,68 euros para sufragar los gastos de las Elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 25 de mayo de 2003 (BOCCM, núm. 39, de 6 de mayo de 2004; DOCM, núm. 88, de 25 de mayo de 2004).*

*Ley 6/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Albacete del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

*Ley 7/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Ciudad Real del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

*Ley 8/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Guadalajara del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

*Ley 9/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Talavera de la Reina del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

*Ley 10/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Cuenca del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM,*

núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; *DOCM*, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).

*Ley 11/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Toledo del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

*Ley 12/2004, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2005 (BOCCM, núm. 61, de 21 y 22 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

### **Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento**

En este apartado vamos a englobar un grupo constituido por seis leyes con igual denominación, creadas para la aplicación a los municipios de Albacete, Ciudad Real, Guadalajara, Talavera de la Reina, Cuenca y Toledo -respectivamente en cada una de las leyes-, del régimen de organización de los municipios de gran población.

La aplicación de este régimen de organización de los municipios de gran población a dichos municipios castellano-manchegos es propiciado gracias al crecimiento de sus poblaciones, producido respectivamente por una serie de acontecimientos que han impulsado en gran medida el desarrollo económico-social.

A continuación, estudiaremos cada una de las Leyes, destacando los hechos más relevantes para la aplicación de este régimen en cada uno de los municipios anteriormente citados.

*Ley 6/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Albacete del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

Albacete, simplemente por su condición de capital de provincia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local*, puede acogerse al régimen de organización de los municipios de gran población. Así las cosas el Pleno del Ayuntamiento acordó solicitar tal reconocimiento en sesión celebrada el 30 de diciembre de 2003.

Por lo tanto, para la aplicación de este régimen al municipio de Albacete lo que se ha tenido en cuenta ha sido exclusivamente el hecho objetivo de que una Ley lo preveía para las capitales de provincia; no se ha entrado a analizar el crecimiento de su población, su desarrollo empresarial, su Universidad, nada de eso ha sido necesario.

Se trata de una Ley sencilla, compuesta de dos artículos y una Disposición Final Única.

*Ley 7/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Ciudad Real del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

Al igual que ocurría en el caso de Albacete, Ciudad Real, por su condición de capital de provincia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local*, puede acogerse al régimen de organización de los municipios de gran población. A este efecto, el Pleno del Ayuntamiento acordó solicitar tal reconocimiento en sesión celebrada el 9 de febrero de 2004.

No obstante, en el caso de Ciudad Real no podemos dejar de mencionar algunos acontecimientos, ya que algunos han cambiado el rumbo de la historia de Ciudad Real y otros, seguramente volverán a hacerlo en un futuro no muy lejano.

Ciudad Real ha experimentado un desarrollo en los últimos veinte años, difícilmente superable. Este desarrollo y crecimiento son, en gran medida, consecuencia del Tren de Alta Velocidad y, sobre todo, de la Universidad. Ya hemos dejado atrás ese concepto de Ciudad Real como ciudad de tránsito para concebirla como lugar de residencia, un lugar donde se vive muy bien, donde el 80% de la población vive del sector servicios y está inmersa en una serie de proyectos que impulsan aún más su progresivo crecimiento. Nos estamos refiriendo a la próxima construcción del aeropuerto y del Reino de Don Quijote. Este último, concebido como uno de los mayores parques de ocio para los ciudadanos.

En suma, puede decirse que esta ciudad está en un momento crucial de su historia, en un momento de desarrollo y crecimiento; por este motivo, independientemente de su condición de capital de provincia estaría justificada la necesidad de aplicarle el régimen de organización de los municipios de gran población.

La presente Ley se estructura en dos artículos y una Disposición Final Única.

*Ley 8/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Guadalajara del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

En este caso ocurre lo mismo que en los anteriores. Por su condición de capital de provincia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local*, Guadalajara puede acogerse al régimen de organización de los municipios de gran población. Así, el Pleno del Ayuntamiento acordó solicitar tal reconocimiento en sesión celebrada el 24 de septiembre de 2004.

Además, en el caso de Guadalajara es preciso destacar su importancia estratégica en el Corredor de Henares, en la línea que enlaza Madrid, Zaragoza y Barcelona. Esta situación ha propiciado su crecimiento y expansión urbana en los últimos años; tal expansión hace necesaria la aplicación a este municipio del régimen de organización de los municipios de gran población.

La Ley se compone únicamente de dos artículos y una Disposición Final Única.

*Ley 9/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Talavera de la Reina del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

Mediante esta Ley se establece la aplicación del régimen de organización de los municipios de gran población a Talavera de la Reina, en cumplimiento de lo previsto en el Título X de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local*.

Se acuerda la aplicación de dicho régimen por tratarse de una población con más de 75.000 habitantes, además de contar con unos servicios que caracterizan a esta ciudad como una "gran población".

La Ley consta de dos artículos y de una Disposición Final Única.

*Ley 10/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Cuenca del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

Cuenca es otro de los municipios que, por constituir capital de provincia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local*, puede acogerse al régimen de organización de los municipios de gran población. Llevando al efecto dicha Ley, el Pleno del Ayuntamiento acordó solicitar tal reconocimiento en sesión celebrada el 6 de julio de 2004.

Sin embargo estas condiciones legales no son las únicas que concurren para aconsejar la aplicación del régimen de organización de los municipios de gran población a Cuenca. Han de señalarse ciertas circunstancias que envuelven a la ciudad y que hacen precisa la aplicación del citado régimen.

Como ha ocurrido en el caso de otras ciudades castellano-manchegas, la de Cuenca ha experimentado en los últimos veinticinco años sus cambios más importantes. Durante ese periodo ha pasado a ser una ciudad bien dotada en administración y servicios, se ha expandido sorprendentemente en población, y continúa su crecimiento y expansión. Otro factor a tener en cuenta es su inclusión en la Lista del Patrimonio Cultural de la Humanidad, posicionándose internacionalmente, lo cuál ha impulsado cultural y turísticamente a la ciudad. No hay que olvidar, además, su estratégica situación geográfica, debido a su proximidad con Madrid y Valencia, lo que unido a su calidad ambiental hacen de Cuenca un lugar privilegiado.

En cuanto a su estructura, la presente Ley consta tan sólo de dos artículos y de una Disposición Final Única.

*Ley 11/2004, de 21 de diciembre, para la aplicación al municipio de Toledo del régimen de organización de los municipios de gran población (BOCCM, núm. 60, de 16 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

Esta Ley se crea para la aplicación del régimen de organización de los municipios de gran población a Toledo. En este caso nos encontramos ante un supuesto especial ya que Toledo, además de gozar de la condición de capital de pro-

vincia, es capital de nuestra Comunidad. Por ambos motivos y de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local*, puede acogerse al régimen de organización de los municipios de gran población.

El hecho de ser la capital de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, ha generado un fuerte desarrollo de la actividad social, económica y cultural en Toledo. A estos efectos es preciso señalar que en esta ciudad además de haber constituido su sede el Gobierno Regional y las Cortes Regionales, también se acogen otras importantes instituciones como el Consejo Consultivo, la Sindicatura de Cuentas o la Universidad.

Por último, no podemos dejar de mencionar la importancia histórico-cultural de Toledo, declarada "Ciudad Patrimonio de la Humanidad" por la UNESCO en 1986; sin olvidar que ya en 1940 fue declarada en su conjunto "monumento histórico-artístico".

Esta Ley se compone de dos artículos y una Disposición Final Única.

### **Leyes sobre la actividad social y económica**

*Ley 1/2004, de 1 de abril, de Modificación de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 32, de 25 de marzo de 2004; DOCM, núm. 52, de 8 de abril de 2004).*

La evolución sufrida por las fórmulas de distribución comercial desde la aprobación de la *Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha*, hacen necesaria su reforma en determinados aspectos; un extremo sobre el que se hace más esencial la reforma, por tratarse de un concepto que ha experimentado una mayor evolución, es el denominado "Gran Establecimiento Comercial".

La mencionada *Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha*, ya modificada en una ocasión por la *Ley 13/2000, de 26 de diciembre*, establecía una política de ordenación del comercio, sustentada sobre el principio de libre competencia, que respondía a las necesidades tanto de comerciantes como de consumidores. No obstante, la evolución de ciertos conceptos como el de "Gran Establecimiento Comercial", hacen necesaria una nueva modificación de dicha Ley, adaptándolo a su concepción actual.

La presente Ley se compone de un solo artículo - "artículo único"-, estructurado en doce apartados en los que se recogen todas las modificaciones de artículos completos o de partes de artículos de la citada *Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista en Castilla-La Mancha*. Por último, la Ley se completa con tres Disposiciones: Disposición Transitoria, Disposición Derogatoria y Disposición Final.

La *Ley 1/2004, de 25 de marzo, de Modificación de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha*, se centra, por lo tanto, en la definición del concepto de "Gran Establecimiento Comercial", modificando la ya dada de él en la anterior Ley. En la actual redacción se establece que: "Tendrán la consideración de gran establecimiento comercial los establecimientos individuales dedicados al comercio minorista, polivalente o especializado, estén o no integrados en un establecimiento de carácter colectivo, que tengan una superficie útil para la venta y exposición de productos igual o superior a: Los 2.000 m en los municipios con población igual o superior a los 25.001 habitantes. Los 1.000 m en los municipios con población comprendida entre los 10.001 y los 25.000 habitantes. Los 750 m en los municipios que tengan una población igual o inferior a los 10.000 habitantes." Es decir, que el tamaño necesario para considerar el establecimiento como "gran establecimiento comercial", está en función de la población del municipio en que se encuentre situado tal establecimiento. En este punto es donde radica la diferencia con lo previsto en la anterior Ley, ya que en ella sólo se preveía la consideración de gran establecimiento comercial cuando éste superaba los 2.000 metros cuadrados de extensión, sin tener en cuenta el tamaño o la población del municipio donde se situara el establecimiento.

Continuando con la ampliación del concepto de gran establecimiento comercial introducida en el apartado 1, en tres tipos según el tamaño de la población, se modifica también la concesión de licencias comerciales específicas. De este modo, mientras la anterior Ley sólo preveía la necesidad de licencia comercial específica para la ampliación de establecimientos comerciales que superasen los 2.000 metros cuadrados, el apartado 2 de la presente Ley, prevé la necesidad de esta licencia para la ampliación de cualquiera de los tres tipos de establecimiento de los especificados en su apartado 1-antes mencionado-. Se introduce también una novedad en lo referente a las prórrogas, estableciendo la Ley que las prórrogas otorgadas a las licencias podrán ser renovadas por un periodo máximo de dieciocho meses, mientras que la anterior Ley sólo concedía una prórroga por un periodo de seis meses y sin posibilidad de renovación.

La Disposición Transitoria hace una aclaración al establecer que los procedimientos de concesión de licencias comerciales específicas para grandes establecimientos comerciales, iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se resolverán de acuerdo con la anterior normativa.

*Ley 2/2004, de 1 de abril, de creación del Colegio Oficial de Educadores Sociales de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 32, de 25 de marzo de 2004; DOCM, núm. 52, de 8 de abril de 2004).*

A través de esta Ley, se crea el Colegio Oficial de Educadores Sociales de Castilla-La Mancha.

La educación social obtuvo su reconocimiento académico en nuestro país en 1991, mediante el Real Decreto 1.420/1991, de 30 de agosto, a través del cuál se le otorgó el título de Diplomatura Universitaria de Educación Social. Este reconocimiento académico surgió como respuesta a las necesidades sociales que cubre esta profesión. Son muchos los fines sociales cubiertos por el gremio de los trabajadores sociales, pudiéndose afirmar que todos aquellos responden a las exigencias constitucionales propias de un estado democrático como el nuestro, tal como se desprende de nuestro Texto Constitucional.

Teniendo en cuenta la importante función llevada a cabo por estos profesionales, se observa la necesidad de crear el Colegio Oficial de Educadores Sociales en nuestra Región. De este modo, se crea el Colegio Oficial de Educadores Sociales de Castilla-La Mancha, con el objetivo de organizar la actividad de estos profesionales y velar por sus intereses, garantizando del mismo modo una mejor acción social hacia los colectivos sociales desfavorecidos, a quienes se dirige la actuación de los educadores sociales. El Colegio creado se configura como una Corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad, siendo la Comunidad de Castilla-La Mancha su ámbito territorial. Esta figura se crea con la intención de agrupar exclusivamente a los "...Diplomados Universitarios en Educación Social que ejerzan la profesión en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha", pudiéndose integrar en él también algunas excepciones.

Como en cada Ley regional sobre creación de Colegios Profesionales, se establece en su normativa reguladora -artículo 5- que se regirá por la legislación básica del Estado en materia de Colegios Profesionales, por sus Estatutos y por su Reglamento de Régimen Interior

La Ley se estructura en cinco sencillos preceptos, seguidos de una Disposición Adicional, dos Disposiciones Transitorias y una Disposición Final que la cierra.

*Ley 4/2004, de 18 de mayo, de la Explotación Agraria y del Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 39, de 6 de mayo de 2004; DOCM, núm. 88, de 25 de mayo de 2004).*

Como ya es sabido, en nuestro país no existe un modelo único de agricultura; debido a la gran variedad de paisajes agrarios, cada región cuenta con espacios agrarios bien diferenciados que obligan a establecer políticas agrarias de organización y gestión económico-social del sector diferentes por parte de cada Comunidad Autónoma. Así las cosas, todas las Comunidades han asumido competencias sobre materia de agricultura en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

En el caso de nuestra Región, sus características socio-económicas propias hacen que siempre hayan ocupado un lugar destacado por su importancia, su sector agrario y su industria agroalimentaria, actualmente en expansión.

Mediante esta *Ley 4/2004, de Explotación Agraria y Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha*, se crea el marco jurídico para adoptar las medidas propias con las que defender el mundo rural frente al reciente y creciente proceso de liberalización. Al mismo tiempo, se diseña y potencia un modelo de agricultor acorde con las necesidades del sector agrícola en Castilla-La Mancha.

En la Exposición de Motivos de la Ley que nos ocupa, se fijaban los objetivos principales de nuestra Región, respecto a la explotación agraria y al desarrollo rural. Estos son los que se fijaban como tales:

- Adaptar el sector agrario castellano-mancheño al nuevo escenario, facilitando la supervivencia de las explotaciones, asegurando el equilibrio ecológico y justificando la concesión de apoyos públicos.

- Promover un modelo de agricultura sostenible.

- Actuar tanto en zonas favorecidas o rurales, en las que la agricultura es la principal actividad económica; como en zonas desfavorecidas, en las que tienen grandes limitaciones medioambientales.

- Asegurar nuevas vías de intervención de los poderes públicos.

El objetivo de todas estas medidas previstas por la presente Ley, no es sino fomentar el rendimiento de las producciones agrarias rentables en la Región. Se trata, en suma, de mejorar la calidad de los productos y de aumentar la competitividad, como instrumento básico de desarrollo económico en el mundo rural.

Esta Ley consta de sesenta artículos estructurados en tres Títulos; completada por una Disposición Adicional, una Disposición Transitoria y tres Disposiciones Finales.

### **Leyes de carácter tributario, financiero o económico**

*Ley 3/2004, de 1 de abril, de Modificación de la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 32, de 25 de marzo de 2004; DOCM, núm. 52, de 8 de abril de 2004).*

Mediante la presente Ley, se establece una medida para promover y facilitar el establecimiento de casinos de juego en las zonas de especial interés turístico para la Región. Es decir, que a través de una medida tributaria, se introduce una fórmula para promocionar locales de juego en ciertas zonas. Esto es debido a las dificultades que supone el establecimiento de dichos locales de juego, ocasionadas por el alto desembolso de capital exigido a sus empresas titulares.

La Ley es de artículo único. En este precepto, se modifica el artículo 5.1º.b de la *Ley 15/2003, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. La anterior redacción establecía que en los casinos de juego debía aplicarse la tarifa general o la reducida, según los casos, establecidos en la *Ley 21/2002, de 14 de noviembre, de medidas fiscales de apoyo a la familia y a determinados sectores económicos y de gestión tributaria*; sin embargo, sólo preveía la aplicación del tipo reducido "... para la determinación de las cuotas devengadas durante los diez primeros años naturales desde el inicio de la actividad". Con la nueva redacción se amplía la aplicación del tipo reducido "...para la determinación de las cuotas devengadas durante el periodo al que se extienda su autorización inicial o su renovación automática ...".

De este modo, con esta medida se intenta diseñar un sistema menos gravoso para la actividad de los casinos de juego, incentivando de esta forma su establecimiento.

*Ley 5/2004, de 18 de mayo, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 117.240,68 euros para sufragar los gastos de las Elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 25 de mayo de 2003 (BOCCM, núm. 39, de 6 de mayo de 2004; DOCM, núm. 88, de 25 de mayo de 2004).*

En nuestra Región, los gastos electorales en las elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha los sufraga la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Así lo dispone la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha, en cuya modificación realizada mediante Ley 8/1998, de 19 de noviembre, de modificación parcial de dicha Ley, se prevé expresamente la atribución de los gastos originados por las actividades electorales a la Junta de Comunidades.

De igual modo, se prevé legalmente la cuantía de los gastos electorales sufragados por la Junta de Comunidades, estableciendo que éstos estarán en función de cada escaño y voto conseguido. De acuerdo esta previsión, los partidos políticos deberán presentar una contabilidad y documentación detallada de sus gastos electorales para conseguir la subvención prevista por dicha Ley.

En cumplimiento de la Ley, la Junta de Comunidades concedió varios adelantos de las subvenciones electorales a los partidos políticos. Sin embargo, una vez conocidas por la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha las cantidades que les correspondían percibir en concepto de subvenciones electorales, en función de los ingresos y gastos electorales presentados en la documentación aportada por los partidos políticos, se plantea la necesidad de ampliar las subvenciones acreditadas mediante el denominado "crédito extraordinario". Por este motivo se crea la presente Ley; nace con la finalidad de conceder dicho crédito extraordinario, cubriendo así las necesidades de gasto electoral de los partidos políticos, ampliando las subvenciones electorales previstas inicialmente para ellos.

Esta Ley consta tan sólo de dos preceptos, seguidos de una Disposición Final, y se completa con un Anexo.

*Ley 12/2004, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2005 (BOCCM, núm. 61, de 21 y 22 de diciembre de 2004; DOCM, núm. 247, de 30 de diciembre de 2004).*

El presupuesto para el año 2005 se ha elaborado entorno a los ejes más importantes para el desarrollo de la sociedad castellano-manchega. En primer

lugar, recoge en gran medida las líneas estratégicas comprendidas en el Pacto por el desarrollo y la competitividad. Por otro lado, se fijan como objetivo fomentar las tecnologías de la información y el conocimiento, como medio de desarrollo y competitividad para nuestras empresas. La educación se constituye como otro de los ejes centrales del presupuesto, promocionando la mejora del sistema educativo. Finalmente, se conciben como objetivos centrales del presupuesto elaborado para 2005: la sanidad y los servicios sociales.

En la elaboración de los presupuestos para el 2005 ha influido un acontecimiento especial que destacar por su enorme trascendencia en toda la actividad de nuestra Región durante el año 2005 y por tratarse de un elemento de desarrollo de Castilla-La Mancha: el IV Centenario de la primera edición de "El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha".

Aprovechando este acontecimiento, el 2005 será un año en el que se pondrá en marcha un gran programación cultural en nuestra Región, haciendo una llamada al turismo, para lo cuál se hará una gran promoción al exterior. Esto favorecerá económicamente a la Región, por lo que el presupuesto presentado para el 2005, se hace eco de este acontecimiento.

La Ley consta de cincuenta y tres artículos, estructurados a lo largo de siete títulos -"De la aprobación de los presupuestos y de sus modificaciones", "De la ejecución y liquidación presupuestaria", "De los créditos de personal", "De la Gestión de los Presupuestos docentes", "De las operaciones financieras", "De las Tasas" y "De la solidaridad de Castilla-La Mancha"-, organizados a su vez en sus respectivos capítulos.

Tras el articulado, completan la Ley doce Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria Única y tres Disposiciones Finales. Por último, cierran la Ley y la completan con datos económicos dos anexos -como viene siendo habitual en la Leyes de Presupuestos-.

## ***2. Actividad no legislativa***

Durante este período (enero-diciembre 2004), la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha, como viene siendo habitual, se ha centrado esencialmente en las Resoluciones aprobadas en virtud de los Debates Generales celebrados sobre asuntos concretos de interés para la Región. No obstante, tam-

bién merecen mención las Propositiones No de Ley aprobadas. Por otra parte, también incluimos en la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha la actividad de control político, llevado a cabo éste a través de preguntas e interpelaciones.

Como hemos señalado, los Debates Generales son tradicionalmente el eje central de la actividad no legislativa ya que es en ellos donde se tratan los temas que más preocupan a los intereses de los ciudadanos castellano-manchegos, aprobándose tras el Debate la oportuna Resolución en la que se adoptan las medidas correspondientes al tema en cuestión. Por este motivo, dejando a un lado las Leyes, las Resoluciones adoptadas en virtud de Debates Generales cobran tanta importancia. Además, interesan al ciudadano por los temas tratados, girando estos entorno a materias de interés general, tales como: agua, infraestructuras, educación y cultura, vivienda, sectores económicos, sanidad, salud, medio ambiente, prestaciones sociales y empleo, y otras de difícil catalogación.

Tras las elecciones generales celebradas el 14 de marzo de 2004, en las que triunfó también el PSOE dando un vuelco al panorama político, D. José Bono ha dejado la Presidencia autonómica para ocupar el Ministerio de Defensa en el equipo de Gobierno de D. José Luis Rodríguez Zapatero -Presidente del Gobierno-, pasando a ocupar su puesto D. José María Barreda. Este hecho ha sido de gran trascendencia para la comunidad castellano-manchega, tras haber dado la Presidencia durante seis legislaturas a D. José Bono Martínez, considerado un símbolo de la Región para muchos ciudadanos. Él mismo dedicó palabras de emoción, cariño y agradecimiento a Castilla-La Mancha y a toda su gente por el apoyo mostrado durante estos años, y justificó su marcha como acto debido al Presidente del Gobierno y como una continuación de dedicación a la ciudadanía (en su escrito de renuncia a la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha).

El Pleno de las Cortes, en sesión celebrada los días 26 y 27 de abril de 2004, ha elegido por mayoría absoluta, como Presidente de la Junta de Comunidades a D. José María Barreda Fontes -ex Vicepresidente de la Junta-.

Comenzaremos el repaso de la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante este año 2004, con un breve análisis de su labor llevada a cabo a través de los Debates Generales, esto es, mediante las Resoluciones aprobadas en virtud de estos. A este efecto y como viene siendo tradicional en esta publicación, seguiremos un orden sistemático en fun-

ción de las materias objeto de dichos Debates. Así, pueden señalarse las siguientes:

\* *En materia de educación y cultura*, destacamos la aprobación durante este periodo de dos Resoluciones, relacionadas ambas con la educación:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el inicio del curso escolar (*BOCCM* núm. 47, de 21 de septiembre de 2004). En esta Resolución, se reconoce el esfuerzo de la comunidad educativa castellano-manchega a favor de una educación de calidad. Las Cortes Regionales aprovechan la ocasión para manifestar su satisfacción por el talante de debate y diálogo sobre las reformas legislativas por parte del Ministerio de Educación y Ciencia. Se muestra el interés y la predisposición de las Cortes de Castilla-La Mancha por la mejora educativa en nuestra Comunidad.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre los criterios de admisión de alumnos en los centros docentes anteriores a la Universidad sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (*BOCCM* núm. 32, de 26 de marzo de 2004). Con ella se pretende dar más transparencia y objetividad a los procesos de solicitud y adjudicación de plazas escolares en los centros educativos sostenidos con fondos públicos, anteriores a la Universidad, en nuestra Comunidad. Se trataría de llevar a cabo el proceso con una reducción máxima de trámites, con la mayor simplificación administrativa posible y garantizando el control público durante toda su tramitación.

\* *En materia de infraestructuras*, hemos de señalar: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las repercusiones que la *Ley del Sector Ferroviario* tendrá para Castilla-La Mancha (*BOCCM* núm. 27, de 20 de febrero de 2004). En esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha dan su apoyo al Gobierno Regional en su decisión de presentar un recurso de inconstitucionalidad ante determinados preceptos de la Ley del Sector Ferroviario. Su objetivo es que dicha Ley suponga una auténtica reordenación del ferrocarril en España.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual del proyecto de la línea férrea de alta velocidad Madrid-Extremadura-Lisboa (*BOCCM* núm. 41, de 26 de mayo de 2004). Mediante esta Resolución las Cortes de Castilla-La Mancha, además de ratificar su apoyo al Acuerdo alcanzado por el Gobierno castellano-manchego sobre la ejecución de

la línea de alta velocidad Madrid-Extremadura, solicitan a dicho Gobierno la defensa de los intereses de sus ciudadanos a efectos de la ejecución del proyecto de la línea de alta velocidad Madrid-Extremadura-Lisboa.

\* *En materia de prestaciones sociales*, han protagonizado una vez más este periodo dos temas de gran interés social: la vivienda y la violencia de género, cada uno de los cuáles ha sido objeto de la aprobación de una Resolución, tras el correspondiente Debate General. En relación a la vivienda, se ha aprobado la Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación de la vivienda en Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 50, de 8 de octubre de 2004). Debido a la fuerte problemática actual existente entorno al acceso a la vivienda, mediante esta Resolución las Cortes de Castilla-La Mancha solicitan al Gobierno español la elaboración de un nuevo Plan Nacional de Vivienda y Suelo que amplíe la oferta de viviendas, con el objetivo de poder garantizar una vivienda digna a todos los ciudadanos castellano-manchegos, especialmente a los de rentas más bajas, que no pueden acceder a viviendas de renta libre. De igual modo y paralelamente, instan al Gobierno Regional a la elaboración de un nuevo Plan Regional de Vivienda y Suelo.

En relación a la violencia de género, se ha aprobado la Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Informe de la Ley de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las mujeres maltratadas, correspondiente al año 2003 (BOCCM núm. 56, de 26 de noviembre de 2004). Mediante esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha hacen balance positivo del *III Informe de la Ley de Prevención de Malos Tratos y de Protección a Mujeres Maltratadas del año 2003*, ya que supone un logro en la lucha por la igualdad de la mujer y en la erradicación de la violencia de género, por los datos que refleja. Las Cortes aprovechan esta Resolución para mostrar su apoyo y solidaridad a todas las mujeres víctimas del maltrato doméstico, así como a sus hijos; les hace un llamamiento a seguir denunciando, señalando que el número de denuncias está aumentando considerablemente; y agradece su valentía a las que dieron su consentimiento para publicar las sentencias condenatorias. También agradece la participación de los Centros de la Mujer, proyectando la creación de diez centros más, debido a la gran función que desempeñan y la necesidad que hay de ellos. En cuanto a la Asistencia Jurídica Gratuita, también insta al Gobierno su mejora debido al crecimiento del número de mujeres que la solicitan. Por último, las Cortes consideran muy positivas en la protección de la mujer contra la violencia de género, medidas como: los dispositivos de localización inmediata, utilizados para mujeres en situación de riesgo y urgente necesi-

dad; así como el "Programa de Prevención de la violencia de género en el ámbito escolar", inculcando en el ámbito escolar la igualdad de género.

\* *En materia de agricultura:* la Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las repercusiones que para Castilla-La Mancha tendrá la próxima reforma de la Organización Común de Mercado del aceite de oliva, por parte de la Unión Europea (BOCCM núm. 40, de 24 de mayo de 2004). En ella, las Cortes instan al Gobierno Regional a defender el olivar de baja producción con el objetivo de obtener los apoyos económicos suficientes para el mantenimiento del cultivo.

De igual forma puede señalarse la aprobación de la Resolución del Pleno de las Cortes relativa a la Declaración Política, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular, sobre el cultivo del olivar (BOCCM núm. 49, de 4 de octubre de 2004). Mediante ésta, las Cortes instan al Gobierno español a tomar todas las medidas necesarias para que los criterios aplicables a las ayudas procedentes de la Unión Europea, aseguren el cultivo del olivar, importante fuente de producción en nuestra Región.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las repercusiones que para Castilla-La Mancha se derivan del reparto de las cuotas de azúcar del MAPA (BOCCM núm. 49, de 4 de octubre de 2004). En esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha instan al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación a que garantice el mantenimiento de la cuota de producción de azúcar reconocida tradicionalmente en Castilla-La Mancha. Esto surge como consecuencia de la orden dada a la azucarera de Ciudad Real para ceder gratuitamente gran parte de su azúcar (30.000 Toneladas), dictado por Sentencia del Tribunal Supremo.

\* *En otras materias,* se han aprobado Resoluciones de muy distinta índole. Es preciso reseñar algunas de éstas:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Pacto Local (BOCCM núm. 45, de 29 de junio de 2004). En esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha se congratulan por el anuncio del Gobierno español, de aumentar las competencias de las entidades que integran la Administración Local y de mejorar su financiación, adoptando para ello las medidas legislativas necesarias. A este efecto, las Cortes Regionales instan al Gobierno de la Nación para que impulse un Acuerdo de Estado sobre la Autonomía Local.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Acuerdo por el Empleo de Castilla-La Mancha (*BOCCM* núm. 47, de 21 de septiembre de 2004). En ella, las Cortes Regionales manifiestan su entusiasmo por el nuevo acuerdo alcanzado entre el gobierno, las organizaciones sindicales y empresariales de la Región, consolidando una estrategia regional centrada en políticas activas de empleo. Una vez más, este acuerdo alcanzado, es fruto del diálogo y la concertación social.

Resolución del Pleno de las Cortes sobre la futura ratificación de la Constitución Europea (*BOCCM* núm. 60, de 17 de diciembre de 2004). Mediante esta Resolución, las Cortes de Castilla-La Mancha muestran su apoyo a la Constitución Europea, incentivando a los ciudadanos castellanos manchegos a la participación con su voto favorable en el referéndum convocado para su aprobación. Además, se comprometen a fomentar, poniendo en marcha las actividades y medios pertinentes, el conocimiento de la Constitución Europea por parte de los ciudadanos, así como su participación en el referéndum.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno "Debate sobre el estado de la Región" (*BOCCM* núm. 52, de 22 de octubre de 2004).

En cuanto a la actividad del control político del Gobierno Regional, como viene siendo tradicional, no se desarrolla como la función esencial de las Cortes de Castilla-La Mancha. Por el contrario, queda reducida a las preguntas e interpelaciones presentadas por la oposición.

En cuanto a las Proposiciones No de Ley, durante este periodo -año 2004-, a diferencia del anterior, la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha ha sido bastante abundante. Se han aprobado Proposiciones No de Ley de muy distinta índole como veremos a continuación, señalando las más significativas: PNL relativa a los Planes de Excelencia y Dinamización Turística de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 19 de febrero de 2004 (*BOCCM* núm. 27, de 20 de febrero de 2004); PNL relativa a la puesta en marcha de una unidad administrativa dedicada a la gestión del Servicio Regional de Seguridad y Salud Laboral, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 26 de febrero de 2004 (*BOCCM* núm. 28, de 1 de marzo de 2004); PNL relativa al precio del carburante de uso agrícola, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, aprobada el 7 de octubre de 2004 (*BOCCM* núm. 50, de 8 de octubre de 2004); PNL relativa

la Orden del Ministerio de Trabajo de 15 de julio de 1999 por la que se establecen las bases de concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificadas como I+E, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 25 de noviembre de 2004 (*BOCCM* núm. 56, de 26 de noviembre de 2004); PNL relativa a la puesta en marcha de un Centro Regional de energías renovables, presentada por don José Manuel Caballero Serrano y otros Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 2 de diciembre de 2004 (*BOCCM* núm. 57, de 3 de diciembre de 2004); PNL relativa a la ampliación de la zona de producción de ganado ovino para la obtención de queso con denominación de origen "Queso Manchego", presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada el 2 de diciembre de 2004 (*BOCCM* núm. 57, de 3 de diciembre de 2004).

Por último, no podemos finalizar sin hacer mención a ciertos pronunciamientos, tales como acuerdos, informes, resoluciones y comunicaciones, realizados por las de las Cortes de Castilla-La Mancha, bien por su importancia a nivel informativo, bien por hacerse eco de preocupaciones de interés social. De este modo, podemos destacar durante este periodo, los siguientes: Declaración Institucional con motivo del día internacional para la eliminación de la Violencia contra la Mujer (*BOCCM*, núm. 56, de 26 de noviembre de 2004); Informe de las Cortes Regionales de 2003 de la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha, correspondiente al año 2003 (*BOCCM*, núm. 43, de 18 de junio de 2004); Convocatoria de ayudas a la investigación de las Cortes de Castilla-La Mancha (*BOCCM*, núm. 59, de 15 de diciembre de 2004).

Dentro de este apartado de informes, comunicaciones y acuerdos, hemos de hacer mención aparte a los acuerdos relativos a la renuncia de D. José Bono Martínez a la Presidencia de la Junta de Comunidades y a la elección del nuevo Presidente. Así podemos señalar, para finalizar los siguientes: Acuerdo de la Mesa de las Cortes sobre la renuncia del Excmo. Sr. D. José Bono Martínez como Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Acuerdo de la Presidencia de las Cortes relativo a la publicación del escrito de renuncia del Excmo. Sr. D. José Bono Martínez a la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Acuerdo de la Mesa de las Cortes sobre la renuncia del Excmo. Sr. D. José Bono Martínez a su condición de Diputado Regional (los tres Acuerdos, contenidos en *BOCCM*, núm. 34, de 19 de abril de 2004). Acuerdo del Pleno de la Cámara sobre la elección del Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (*BOCCM*, núm. 37, de 29 de abril de 2004), en el que por mayoría absoluta se eligió como Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha a D. José María Barreda.

**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 ya viene siendo habitual, en el presente trabajo se expondrá la principal doctrina del Consejo Consultivo, recogida en los dictámenes emitidos en ejercicio de sus competencias constitucionales y estatutarias atribuidas por la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Cabe destacar en este año, por la especial trascendencia de las materias sobre las que versan, los dictámenes emitidos en relación con los Anteproyectos de Ley de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha, de la Explotación Agraria y del Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha, y el proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

Al igual que en las exposiciones realizadas en años anteriores se incluye en primer lugar un resumen de la materia concreta sobre la que versan los distintos dictámenes, para después aludir a los aspectos principales de la doctrina del Consejo contenida en los mismos, si bien se ha considerado conveniente no reproducir la doctrina de aquellos dictámenes cuyas consideraciones no ofrecen novedad o particularidad alguna respecto a las consideraciones formuladas en otros a los que sí se alude o se ha aludido en años anteriores. No obstante al final de la exposición, se citan esos otros dictámenes cuya doctrina no se reproduce, recaídos igualmente en materia constitucional y estatutaria.

### *I. Dictámenes sobre Anteproyectos de Ley*

#### **- Dictamen número 1/2004, de 16 de enero, solicitado por la Consejera de Agricultura, sobre el Anteproyecto de Ley de la Explotación Agraria y del Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha.**

La memoria justificativa del Anteproyecto normativo se centraba en resaltar la conveniencia e incidencia del mismo, señalando al efecto que con él se pretendía que nuestra región pudiera afrontar los retos de futuro, buscando un enfoque territorial de las actuaciones capaces de subordinar una parte del apoyo público al cumplimiento de unas condiciones que respondieran a las crecientes preocupaciones en materia de medio ambiente, seguridad y calidad alimentaria, salud pública, ordenación del espacio, mantenimiento del mundo rural, protección de los recursos naturales y crecimiento económico sostenible; se señalaba igualmente que con el Anteproyecto se quisiera dar sentido al "concepto de multifuncionalidad", que significaba la retribución de las distintas funciones que los agricultores y residentes en el medio rural prestaban a la sociedad, con el fin de legitimar un nuevo tipo de intervención pública en la agricultura que mida su efi-

cacia no sólo en términos económicos y de producción de alimentos, sino también en términos de utilidad global.

El texto del Anteproyecto que se sometió al dictamen del Consejo Consultivo constaba de Exposición de Motivos, sesenta y seis artículos estructurados en tres Títulos, dos Disposiciones Adicionales, una Transitoria, y dos Finales.

El Título Preliminar, "Disposiciones Generales", comprendía los artículos 1 al 3, en los que se especificaba el objeto de la Ley (artículo 1), se enumeraban los fines que pretendía (artículo 2), y se establecían una serie de definiciones de diversos conceptos que empleaba la Ley (artículo 3).

El Título Primero, "La Explotación Agraria" comprendía los artículos 4 al 16, estructurados a su vez en tres Capítulos. El Capítulo I, "Determinación", establecía los conceptos de explotación agraria de carácter singular y explotación agraria preferente (artículos 4 y 5). El Capítulo II, "Situaciones de preferencia, ayudas económicas y beneficios fiscales", establecía los efectos que se derivan para las explotaciones agrarias calificadas como prioritarias, preferentes y de carácter singular (artículo 6); las situaciones de preferencia derivadas de tales calificaciones (artículo 7); establecía asimismo la previsión de que el Consejo de Gobierno pudiera habilitar los fondos que estimase oportunos para llevar a cabo medidas de fomento destinadas a tales explotaciones (artículo 8); determinaba que mediante Ley se establecerían las bonificaciones fiscales aplicables a las transmisiones de explotaciones agrarias singulares y preferentes (artículo 9); y regulaba las causas de pérdida de la condición de explotación prioritaria, singular o preferente (artículo 10). El Capítulo III, "Registro General de Explotaciones", creaba dicho Registro (artículo 11); regulaba sus objetivos (artículo 12); los actos que serían objeto de inscripción obligatoria (artículo 13); su organización (artículo 14); la preceptividad de la inscripción para acceder a los beneficios y ayudas que se establecieran por la Administración Regional (artículo 15); y la certificación acreditativa de la inscripción (artículo 16).

El Título II, "Desarrollo rural", comprendía los artículos 17 al 66 estructurados en seis capítulos. El Capítulo I, "Objetivos y líneas de actuación", constaba de un único artículo, el 17 en el que se establecían los objetivos básicos en materia de desarrollo rural. El Capítulo II, "Cooperación para el Desarrollo Rural", determinaba en qué consiste el modelo de cooperación local para el desarrollo rural (artículo 18); definía el concepto de "Grupo de Desarrollo Rural" y establecía sus funciones régimen estatutario, obligaciones e incompatibilidades de

sus miembros (artículos 19 a 23). El Capítulo III, "Obras y mejoras territoriales", establecía una serie de normas comunes (artículo 24); clasificaba las obras de interés agrícola (artículo 25) y definía las de interés agrícola general, común, y privado así como las obras complementarias (artículos 26 a 29); establecía a quien correspondía su ejecución, financiación y contratación (artículos 30 a 32); el régimen de garantías aplicable (artículo 33); la entrega de las obras (artículo 34); y su régimen de conservación (artículo 35). El Capítulo IV "Actuaciones en materia de regadíos", comprendía los artículos 36 a 58, estructurados a su vez en siete Secciones; en los artículos 36 a 38, no incluidos en Sección alguna, se establecían una serie de normas comunes a tener en cuenta en las actuaciones en materia de regadíos, se regulaban las zonas de interés regional, y se facultaba a la Administración Autonómica a celebrar convenios con la Administración Central para coordinación la ejecución de las actuaciones programadas en el Plan Nacional de Regadíos; la Sección 1ª, "Transformaciones en regadío de zonas declaradas de interés regional de la Comunidad Autónoma", regulaba determinados aspectos de la concentración parcelaria (artículo 39), el Plan General de Transformación (artículo 40), el Plan de Obras (artículos 41), las superficies a transformar a cada propietario (artículo 42) así como los proyectos de obras, la clasificación de las mismas, su ejecución, financiación, entrega y duración de la puesta en riego (artículos 43 a 48); en la Sección 2ª, "Transformaciones en regadío de zonas declaradas de interés agrícola general de la nación", se facultaba a la Consejería competente en materia de agricultura para llevar a cabo determinadas actuaciones en relación con tales transformaciones (artículo 49); la Sección 3ª, "Actuaciones complementarias en zonas de concentración parcelaria", regulaba las obras complementarias (artículo 50), los derechos de los propietarios radicados antes de la transformación (artículo 51), los de los solicitantes ubicados en el sector transformable (artículo 52), los de los arrendatarios y aparceros (artículo 53), y determinados aspectos relacionados con el proyecto de transformación (artículo 54); la Sección 4ª, "Actuaciones en zonas singulares", establecía las especialidades a aplicar en tales zonas (artículo 55); la Sección 5ª, "Mejora, consolidación y modernización de regadíos de iniciativa pública", determinaba las normas aplicables a tales actuaciones (artículo 56); la Sección 6ª, "Realización directa por los o las particulares de las actuaciones de iniciativa pública", regulaba el régimen de autorización de dichas actuaciones (artículo 57); y la Sección 7ª, "Regadíos de iniciativa privada", determinaba la normativa aplicable a dichos regadíos (artículo 58). El Capítulo V, "Unidades Mínimas de Cultivo", comprendía los artículos 59 al 63, en los que se definía tal concepto (artículo 59); se establecían los criterios de división de una finca rústica y ciertas excepciones a los mismos (artículos 60 y 61); se regu-

laba la obligatoriedad de expresar en las inscripciones de las fincas determinados aspectos de las mismas (artículo 62), y se facultaba a la Administración regional para regular la explotación agraria mínima (artículo 63). Finalmente, el Capítulo VI, "Arrendamientos Rústicos", comprendía los artículos 64 a 66 en los que se establecía la duración y prórroga de los mismos y se facultaba al Gobierno para establecer ayudas concretas para incentivar y facilitar a los arrendatarios el acceso a la propiedad de las fincas rústicas que vinieren explotando.

La Disposición Adicional primera declaraba de aplicación con carácter supletorio, lo dispuesto en el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

La Disposición Adicional segunda contenía dos apartados. En el apartado uno se modificaba el artículo 8 de la Ley 10/2003, de 20 de marzo, de modulación de ayudas agrarias en Castilla-La Mancha, que regula el destino de los fondos procedentes de la modulación, introduciendo que las cantidades procedentes de la aplicación del mecanismo de la modulación irían destinadas a financiar todas o algunas de las ayudas concedidas al amparo del Reglamento CE 1257/1999 del Consejo. En el apartado 2 se modificaba el Anexo III de la Ley al objeto de adecuar su regulación a la contenida en el artículo 4 de la misma.

La Disposición Transitoria determinaba que la inscripción preceptiva de las explotaciones y sus titulares y la certificación acreditativa, previstas en los artículos 16 y 17, comenzarían a aplicarse cuando lo determinasen los reglamentos que desarrollasen las disposiciones de la Ley.

La Disposición Final primera facultaba al Consejo de Gobierno para llevar a cabo el desarrollo reglamentario de la Ley; y la segunda establecía la entrada en vigor de la Ley el día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de Castilla-La Mancha*.

El dictamen del Consejo Consultivo realizó determinadas observaciones que se consideraron esenciales, por cuanto el contenido normativo de los preceptos que se analizaban pudiera ser contrario a la Constitución, a las normas básicas estatales o al orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Estas observaciones fueron las siguientes:

-Artículo 24, apartados 5 y 6, artículo 41, apartado 2 y artículo 56.

Por lo que respecta a los apartados de los dos primeros artículos menciona-

dos, atribuían a los órganos de la Administración regional facultades para regular la coordinación de la actuación de los distintos "órganos" para la realización de obras de desarrollo rural y las necesarias para la concentración parcelaria.

El Consejo entendió que, si el precepto se interpretaba en el sentido de que la facultad de regulación de la coordinación de actividades con otros "organismos públicos" se atribuía a los mismos órganos autonómicos cuando se tratase de regular la coordinación de actuaciones que corresponden a distintas Administraciones Públicas, "la competencia autonómica en materia de agricultura, por más que se establezca en el Estatuto de Autonomía con carácter de exclusiva, no permite la invasión de las competencias de las demás Administraciones Públicas ni aún por la pretensión de la coordinación de dichas competencias. Es cierto que las distintas administraciones pueden acordar, voluntariamente, el ejercicio coordinado de sus competencias, y la Ley prever esta posibilidad, pero no es posible al legislador regional la atribución a un órgano de la Comunidad Autónoma de una facultad de regulación de las competencias de otras administraciones públicas, ni atribuir al Consejo de Gobierno la resolución de las discrepancias que en el ejercicio conjunto de las competencias pudieran surgir".

Igual apreciación se realizó respecto del apartado 2 del artículo 41 y del artículo 56, en cuanto pretendiera atribuir a la Comunidad Autónoma la competencia para establecer condiciones a las obras de transformación en regadíos y a las actuaciones de mejora, consolidación y modernización de regadíos declarados de interés agrícola general nacional que trasciendan del ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

- Artículo 34, apartados 1 y 6.

El apartado 1 establecía el carácter administrativo del acuerdo de entrega de las obras de desarrollo rural, y su recurribilidad, pero limitaba ésta a que "la obra no se ajuste a los proyectos correspondientes o no se entregare a quien corresponda". El dictamen del Consejo entendió que "esta limitación de los motivos del recurso pudiera ser inconstitucional, y parece que deriva de la copia del artículo 78 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. En cuanto acto administrativo que pone fin a un procedimiento, el acuerdo de entrega puede ser recurrido con invocación de cuantas causas de nulidad o anulabilidad pudieran concurrir en él, y no sólo por las recogidas en el precepto del Anteproyecto que se comenta".

Por su parte, el apartado 6 establecía que, firme el acuerdo de entrega de las obras ejecutadas por la Consejería, se estimaba hecha la entrega "y transmitido el dominio en el momento en que se notifique el acuerdo de entrega". Asimismo, el Consejo estimó que "este último inciso supone la regulación de las condiciones de traslación del dominio, materia civil ajena a la competencia de la Comunidad Autónoma, que en concreto aparece prevista en el artículo 609 del Código Civil".

- Artículo 47, apartado 2.

Este precepto facultaba a la Administración para que pudiera obligar o facultar a los beneficiarios a designar un técnico que se agregaría a la dirección de obra. Según la apreciación del Consejo, la Ley no establecía ningún elemento reglado de la facultad que otorgaba a la Administración, de modo que resultaba, más que discrecional, arbitraria, pues ésta podría indistintamente según los casos o no ejercerla, u obligar al beneficiario o facultarle para hacer la designación.

Por otra parte el precepto atribuía al técnico designado por el beneficiario funciones de inspección y supervisión, conceptos que implicaban una competencia sobre la dirección de obra que correspondía a ésta; y que parecía dirigida a dar algún fundamento a la obligación que se imponía a ese técnico designado de prestar su conformidad a las certificaciones de obra. Según el dictamen del Consejo, "en ningún caso cabe imponer esta obligación, todo lo mas podría, en relación a la eventual facultad que se le pudiera atribuir de examinar la realización de las obras, exigírsele su firma en las certificaciones, no para obligarle a prestar su conformidad sino para acreditar su conocimiento y sus eventuales observaciones.

De este modo, la finalidad del precepto no tendría que describirse en la equívoca forma en que se hace ("Con el fin de evitar reclamaciones..."), sino en cuanto facilitara la participación, contribuiría a un desarrollo correcto y conforme de la obra".

- Artículo 53.

Este artículo establecía una regulación sobre arrendamientos y aparcerías sobre zonas en las que se produjera una transformación a regadío que incidiera en el ámbito del derecho civil para lo cual la Comunidad Autónoma carecía de competencias.

El dictamen del Consejo indicó que "se trata de una reproducción del artículo 89 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, esto es preconstitucional, normas que por la naturaleza civil de las mismas no es discutible la capacidad del Estado para dictarlas en virtud de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.8ª de la Constitución, capacidad sin embargo de la que carece la Comunidad Autónoma".

- Artículos 60, 61, 62 y 64.

Los citados artículos establecían el régimen jurídico de las fincas rústicas, regulación coincidente con la prevista al respecto por el Título II de la Ley 19/1995, de 5 de julio, de Modernización de las explotaciones agrarias, referido al régimen de las unidades mínimas de cultivo.

El Consejo Consultivo observó que "el artículo 60 corresponde en su literalidad con el artículo 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, artículo éste dictado en el ejercicio de la facultad contenida en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, que atribuye al Estado competencia plena en materia de legislación civil. Así lo establece la Disposición Adicional segunda de la referida Ley. En consecuencia la norma autonómica propuesta resultaría inconstitucional, aunque se limite a reproducir la norma estatal tanto de modo formal por cuanto reproduce legislación sobre la que se carece de cualquier tipo de competencia, como materialmente por cuanto la materia sobre la que se ejercita la potestad legislativa, derecho civil, es ajena a la competencia autonómica. Por las mismas razones deben estimarse inconstitucionales los artículos 61 (excepciones a la indivisión de las fincas derivada del establecimiento de la unidad mínima de cultivo), 62 (inscripción en el Registro de la Propiedad de las fincas rústicas) y 64 (duración y prórroga de los contratos de arrendamientos rústicos) copia de los artículos 25, 26 y 28, respectivamente de la ya citada Ley 19/1995, de 4 de julio, dictados igualmente en el ejercicio de la competencia plena estatal". Significándose además "que el artículo 64 del Anteproyecto reproduce una regulación estatal en materia de duración y prórrogas de los contratos de arrendamientos rústicos, que ha sido derogado expresamente por la reciente Ley 49/2003, de 26 de noviembre de Arrendamientos Rústicos".

Asimismo, la autoridad consultante planteó de modo específico, en su escrito de solicitud de dictamen, el pronunciamiento del Consejo sobre las previsiones contenidas en el artículo 9 del Anteproyecto, referido a los beneficios fiscales aplicables a las explotaciones agrarias prioritarias, preferentes y singulares.

Respecto a esta cuestión el dictamen del órgano consultivo estimó que "nada impide, que, en buena técnica normativa, por norma específica tributaria, se establezcan las bonificaciones fiscales o exenciones tributarias que se estimen pertinentes, siempre dentro del marco de la capacidad normativa atribuida a la Comunidad Autónoma principalmente por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas, en la redacción dada por la Ley 7/2001, de 21 de diciembre, por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y por la Ley 26/2002, de 1 de julio, del Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

En consecuencia, puede concluirse, que dentro del marco que establecen las normas estatales de cesión de tributos, puede la Comunidad Autónoma establecer las bonificaciones y exenciones fiscales que estime convenientes, resultando mas adecuado para ello la tramitación de normas específicas de índole tributaria, por lo que el actual artículo 9 del Anteproyecto de Ley resulta innecesario".

Seguidamente, el Consejo Consultivo realizó otras observaciones al Anteproyecto, sin carácter esencial, que podían contribuir a mejorar en unos casos su calidad técnica, y en otros su comprensión y posterior aplicación, referidas principalmente al empleo de conceptos jurídicos indeterminados y de tecnicismos, a la inclusión de artículos o partes de los mismos que carecían de valor normativo, y al esfuerzo en emplear un lenguaje no sexista, que dificultaría en gran medida la comprensión e incluso posterior aplicación de la norma.

Por último, se incluyeron en el dictamen otras observaciones de carácter conceptual y de sistemática jurídica que pretendían, al igual que las anteriores, contribuir a mejorar la coherencia y comprensión de la futura norma.

**- Dictamen número 132/2004, de 19 de octubre, solicitado por el Consejero de Bienestar Social, sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha.**

Este Anteproyecto, que regularía la mediación familiar de Castilla-La Mancha, configuraba esta actividad como un servicio social especializado de carácter público, y se estructuraba en una Exposición de Motivos, 40 artículos, agrupados en seis títulos, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y dos disposiciones finales.

El Título I -artículos 1 al 9-, que se denominaba "Disposiciones Generales", contenía varias determinaciones de tal índole referidas al objeto de la Ley, su ámbito de aplicación, el concepto de conflicto familiar susceptible de mediación, las materias objeto de mediación, la mediación familiar internacional, el Servicio social de mediación familiar, las competencias de la correspondiente Consejería en materia de mediación familiar, la mediación familiar organizada por los colegios profesionales, el concepto de mediación familiar privada y su sometimiento a determinados preceptos de la Ley.

El Título II -artículos 10 y 11- se denominaba "Principios de la Mediación Familiar" y versaba sobre éstos y los costes de la actividad de mediación en sus distintas modalidades.

El Título III se denominaba "El Mediador o Mediadora" y constaba de varios artículos -del 12 al 14- que se ocupaban de la Cualificación Profesional y la formación especializada del mediador, y de sus derechos y deberes.

El Título IV regulaba el "procedimiento de mediación familiar" y se componía a su vez de dos capítulos relativos a normas generales -Capítulo I, artículos 15 al 27- y normas específicas del procedimiento seguido como servicio social público especializado -Capítulo II, artículos 28 al 34-. Las disposiciones del Capítulo I se referían a normas generales del procedimiento, la especial protección de los intereses de menores e incapaces, la relación entre el procedimiento de mediación y los procesos judiciales, el inicio del procedimiento, el desarrollo de la sesión inicial, el carácter personalísimo de la intervención de las partes, la finalización del procedimiento, la protección singular de los intereses de menores e incapaces, la eficacia de los acuerdos alcanzados y su incidencia sobre los convenios reguladores, la confidencialidad del expediente de mediación familiar y los deberes de protección y comunicación de datos impuestos a los mediadores. Las disposiciones de Capítulo II trataban sobre la posible prohibición del inicio del procedimiento en ciertos supuestos, el acta de la sesión inicial, la posible presencia de terceras personas en las sesiones de mediación, el desistimiento del procedimiento y la colaboración de las partes, la duración del procedimiento, su terminación y el acta final del mismo.

El Título V, compuesto por el artículo 35, versaba sobre el "Registro de Personas Mediadoras de Castilla-La Mancha".

El Título VI, denominado "Régimen Sancionador", constaba de cinco artículos -del 36 al 40-, referidos a la responsabilidad del mediador, los órganos san-

cionadores y el procedimiento aplicable, clases de infracciones, sanciones y reglas de graduación de las sanciones.

Las cuatro disposiciones adicionales versaban sobre normas deontológicas aplicables a la actividad de mediación, la creación de la Comisión Regional de la Familia, la actualización de la cuantía de las sanciones y las formas de prestación del servicio social especializado de carácter público gestionado por la Administración Regional.

Las dos disposiciones transitorias se referían a fórmulas de colaboración para organizar cursos de formación especializada en actividades de mediación familiar y a la Creación del Registro de Personas Mediadoras de Castilla-La Mancha.

Por último, las dos disposiciones finales que daban término al texto proyectado contenían determinaciones sobre el desarrollo reglamentario de la Ley y su entrada en vigor.

En cuanto al procedimiento de elaboración del Anteproyecto de Ley, el dictamen del Consejo Consultivo advirtió de la posibilidad de que el objeto del mismo afectase a materias que, por su contenido normativo, requirieran el informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo, a la vista de la contestación que fue dada por el órgano consultante, el Consejo decidió realizar un pronunciamiento sobre el Anteproyecto, sin perjuicio de que el examen del mismo llevara a requerir el citado informe al máximo órgano de los jueces.

Seguidamente, el Consejo analizó si la regulación contenida en el Anteproyecto era adecuada a la naturaleza y a la regulación básica de los Colegios Profesionales, ya que el proyecto normativo "impone el total sometimiento de la mediación organizada por los Colegios profesionales a las normas de la futura Ley de Mediación Familiar, exceptuando solamente las específicas dictadas para el servicio público de mediación. Pero ha de advertirse que ni la Ley atribuye a los Colegios la obligación de prestar un servicio público de Mediación Familiar, encargo que encontraría amparo en la Ley de Colegios tanto estatal como de Castilla-La Mancha, y que supondría la realización de funciones públicas por dichas Corporaciones y su sometimiento a la total regulación de dicho ejercicio de funciones públicas, ni se circunscribe la regulación que pretende el Anteproyecto de Ley al ejercicio de la mediación por los Colegios mediante "convenio, contrato o cualquier forma de prestación de servicios públicos" a que se refiere la Disposición Adicional cuarta del Anteproyecto, cuando regula la forma de prestación del servicio social especializado de mediación

familiar. Nos encontramos pues ante la regulación de una prestación, la de mediación familiar, realizada por los Colegios Profesionales, como persona jurídica que no se inserta en el ámbito de las funciones públicas que en cuanto Corporación pueden tener asignadas, esto es una actividad realizada como persona jurídico privada".

Respecto a esta cuestión el Consejo consideró que "la actividad de la mediación, la búsqueda del acuerdo extrajudicial de los conflictos de familia, puede ser una actividad que puede desarrollarse de modo profesional o de modo informal y que el Anteproyecto de Ley sólo pretende la regulación de la intermediación profesional. Pero debe igualmente darse por sentado que el Anteproyecto de Ley no puede excluir, o imponer su regulación, a las actividades de mediación que, en el ámbito de sus competencias profesionales, puedan realizar los profesionales, incluidos los citados en el artículo 12 del Anteproyecto, que se realiza con la mera sujeción a las normas legales y deontológicas de aplicación a su especialidad. Abogados, psicólogos, etc., ejercen de forma común funciones de mediación sin sometimiento a las reglas que el Anteproyecto impone, sino sólo a las derivadas de su *lex artis* y las deontológicas establecidas por sus órganos colegiales. La pretensión de aplicar a dichas formas de mediación alguno de los preceptos que la Ley parece imponer a los profesionales en esas actividades puede contradecir elementos fundamentales del ejercicio de su profesión. La pretensión expresada en la Exposición de Motivos de la norma de "establecer un régimen jurídico básico aplicable a cualquier procedimiento de mediación" supone las interferencias tanto en la regulación de las profesiones tituladas, como en otro tipo de normas, en especial civiles implicadas en la relación contractual entre las personas que solicitan la mediación y el mediador, cuando éste sólo actúa en el ejercicio libre de su profesión".

Después de señalar algunos ejemplos del articulado, que permitían llevar a la estimación de que la regulación del Anteproyecto podía excederse en cuanto a lo que pudiera corresponderle respecto a la actuación de los Colegios Profesionales en materia de mediación familiar, el Consejo recomendó que se delimitara con precisión bastante cuál sería el ámbito en el que la Ley sería aplicable. Así, "si se trata tan sólo de la creación de un servicio público especializado y su regulación (artículo 6.1 del Anteproyecto), aun cuando su prestación pueda realizarse en las formas previstas en la Disposición Adicional cuarta, esto es, mediante gestión indirecta, poco habría de objetarse a la norma analizada, puesto que el legislador autonómico puede configurar dicho servicio en la forma que estime más conveniente ejerciendo los amplios poderes de auto-organización que el Estatuto

de Autonomía le confiere. Sin embargo, si la norma pretende además configurar un servicio profesional de mediación familiar que puede ser ejercido por profesionales, en ejercicio libre de su profesión, o por Corporaciones de Derecho Público en el ejercicio de sus actividades privadas, la capacidad normativa de la Comunidad Autónoma queda fuertemente restringida, pues sobre la actividad de los profesionales, su regulación, corresponde en primer lugar al Estado en ejercicio de la competencia básica establecida en el artículo 149. 1. 30 de la Constitución, y en segundo lugar por las normas legales reguladoras de los Colegios Profesionales, de la obligación de colegiación y de las normas dictadas por dichos colegios. En el primer caso debería procederse a un nuevo análisis por parte del órgano consultante de la redacción de la norma propuesta, dejando claro, como se ha dicho, que su objeto se contrae a la constitución del servicio público especializado de mediación familiar llevando dicha finalidad incluso al título de la norma. De pretenderse la finalidad resumida en el segundo de los supuestos se plantean de forma frontal la totalidad de las cuestiones analizadas en la presente consideración sobre la posibilidad competencial de la regulación que se pretende".

Una vez expuesto lo anterior respecto al objeto del Anteproyecto, se realizaron diversas observaciones concretas respecto de determinados artículos, todas ellas de carácter esencial, que sólo cobrarían sentido pleno si el órgano consultante no excluyera la mediación privada o colegial en ejercicio de actividad privada del objeto propio de la Ley. Se terminó aconsejando una revisión del Anteproyecto para determinar de modo preciso el alcance de su regulación, ya que "los preceptos de los artículos 8 y 9 del mismo, y todos los vinculados con ellos, exceden de la competencia de la Comunidad Autónoma en cuanto se pretenda la regulación de la mediación familiar fuera del estricto ámbito del servicio público especializado de mediación familiar, sin perjuicio de que los principios aplicables a la mediación puedan ser fijados por la norma autonómica".

Asimismo, el dictamen del Consejo Consultivo realizó otras observaciones concretas, también esenciales, a determinados artículos del proyecto, cuyo tenor fue el siguiente:

-El artículo 13. 1. d) del Anteproyecto atribuía a quienes ejercieran profesionalmente la actividad de mediación familiar el deber de "poner en conocimiento de la autoridad competente las circunstancias que revelen la existencia de hechos presuntamente delictivos perseguibles de oficio, o de una situación de riesgo para la vida o la integridad física o psíquica de una persona, en particular

el maltrato a los hijos y las hijas menores o al otro miembro de la pareja". Dicha obligación tenía, a su vez, posterior reflejo en los artículos 26. 2. c) y 38. 3. e), que incidían sobre el referido deber de delación, configurándolo como motivo de quiebra del principio de confidencialidad y como elemento definitorio del consiguiente tipo infractor.

El Consejo entendió que "el controvertido deber de delación representa una injerencia en el ámbito normativo definitorio de las reglas deontológicas de actuación de los colectivos habilitados para realizar la referida actividad de mediación, con incidencia sobre el alcance del secreto profesional operante en cada uno de ellos, debiendo ser conscientes, además, de la importancia que tiene la preservación de dicho deber de confidencialidad para la adecuada práctica de cada profesión titulada, en ajustado contraste con las normas penales y procesales dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas. Así las cosas, sólo parece viable a este Consejo una regulación del referido deber de denuncia que deje a salvo las imposiciones inherentes al mantenimiento del secreto profesional aplicables a cada colectivo, en una línea similar a la de la formulación acogida en el artículo 9. e) de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana, en la que se establece que la persona mediadora estará obligada a "mantener la reserva respecto de los hechos conocidos en el curso de la mediación, salvo que el levantamiento de la misma sea compatible con la legislación vigente respecto al secreto profesional o exista aceptación expresa de las partes."

-El artículo 20. 2. g) plasmaba de forma circunstancial -en cuanto mero contenido informativo de la sesión inicial del procedimiento de mediación- una obligación impuesta a las partes en conflicto de comprometerse a no proponer a la persona mediadora como testigo o perito en un eventual proceso judicial que tenga por objeto el mismo conflicto sometido a mediación. Este compromiso bilateral y forzoso tenía a su vez otra posterior expresión en el artículo 29. 1, relativo a su reflejo documental en los procedimientos específicos desarrollados por el servicio social público especializado.

El dictamen emitido respecto a este Anteproyecto significó que "el mantenimiento de este precepto en su redacción actual exigiría el dictamen previo del Consejo General del Poder Judicial en virtud de lo establecido en el artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que establece la preceptividad del mismo cuando se trate de disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten a "aspectos jurídico-cons-

titucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales".

-El artículo 24 apartado 1 del Anteproyecto, encuadrado en el Capítulo I del Título IV -que suponía su aplicabilidad a todos los procedimientos de mediación familiar regulados en la Ley-, se refería a la eficacia de los acuerdos logrados en su seno en los siguientes términos: "1.- Los acuerdos alcanzados por las partes en el procedimiento de mediación familiar tendrán la validez y eficacia propia de los contratos, siempre que concurran en ellos los requisitos generales exigidos por el Código Civil. [ ] Las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar a escritura pública los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación familiar y documentados en el acta final".

Según el dictamen del Consejo, esta disposición acogía en su primer apartado una determinación carente de un genuino contenido normativo, en cuanto se limitaba a decir que los acuerdos alcanzados tendrían la fuerza vinculante de los contratos cuando reunieran los requisitos de éstos según la legislación civil. Esta remisión a lo establecido por la legislación civil revelaba de por sí la falta de competencia en que se movía la Comunidad Autónoma para determinar la naturaleza jurídica y eficacia de los acuerdos resultantes de los procedimientos de mediación familiar -ya que dependería de su propio contenido-, así como que resultaba prescindible cualquier determinación al efecto, habida cuenta que los posibles acuerdos habrían de operar en el ámbito de lo accesible a la libre disponibilidad de las partes, con sometimiento a las normas reguladoras de las relaciones de derecho privado.

Así el Consejo Consultivo consideró que lo establecido en el citado apartado 1 del artículo 24, pareciendo configurar una nueva fórmula contractual de naturaleza civil, se hallaba vedado al legislador autonómico, por resultar contrario al orden constitucional de distribución de competencias.

-El artículo 36, apartado 2 del Anteproyecto remitía a un desarrollo reglamentario posterior la posible exigencia de suscribir por parte del mediador familiar "un contrato de seguro que cubra la responsabilidad civil en la que pueda incurrir en el desarrollo de las actividades de mediación". Constituía esta previsión una novedad sin precedente en el derecho autonómico comparado regulador de la mediación familiar y que suscitó al Consejo serias dudas en cuanto a su posible encaje legal.

El dictamen señaló que, en cuanto el precepto pretendía dejar abierta la posibilidad de exigirse vía reglamentaria la suscripción del seguro tanto a la mediación privada como a la organizada por los colegios profesionales, nos encontraríamos ante un nuevo caso de injerencia en la actividad privada de dichos colectivos, sin tener en cuenta que en muchos casos la responsabilidad civil pudiera estar cubierta por seguros propios o colegiales.

Se añadió además que tal exigencia parecía configurarse como una obligación sobreañadida en la consideración de la figura del mediador como una profesión titulada con contenido distinto al propio de las distintas profesiones tituladas que contemplaba el artículo 12 del Anteproyecto. De entenderse ello así, habría de declararse la incompetencia de la Comunidad Autónoma para afrontar tal regulación, pues de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, corresponde al legislador estatal ex artículo 149.1.30ª de la Constitución, "atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, determinar cuando una profesión debe pasar a ser profesión titulada" (Sentencia 122/1989, de 6 de julio).

- El artículo 40, apartado 1 del Anteproyecto contemplaba los diversos criterios a tener en cuenta en la graduación de las sanciones, observándose que entre ellos se relacionaban los previstos con carácter básico en los apartados a) y b) del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a excepción de la reincidencia prevista en el apartado c) del mismo artículo.

Entendió el Consejo que el establecimiento por el legislador autonómico de los criterios de graduación de las sanciones había de respetar los previstos con carácter básico en la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues no es otra la conclusión que cabía extraer de la propia dicción de la Ley cuando dispone que en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas "se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar [...]".

En consecuencia, se aconsejó la inclusión, en el apartado objeto de estudio, del elemento de la reincidencia como criterio a tener en cuenta en la graduación de las sanciones previstas por el Anteproyecto.

Finalmente, el dictamen del órgano consultivo efectuó otras observaciones al contenido del Anteproyecto, referidas a cuestiones conceptuales, aspectos de técnica normativa o simples extremos de redacción, cuyo acogimiento por la Consejería consultante podría mejorar la calidad técnica de la norma.

**- Dictamen número 156/2004, de 1 de diciembre, solicitado por el Consejero de Relaciones Institucionales, sobre el Anteproyecto de Ley de los Consejos de la Juventud de Castilla-La Mancha.**

En la memoria justificativa del referido Anteproyecto de Ley, se señalaba como antecedente de la iniciativa legislativa que se pretendía adoptar la Ley 2/1986, de 16 de abril, que estableció los principios para la creación del Consejo Regional de la Juventud de Castilla-La Mancha. Seguidamente se señalaron como objetivos principales de la iniciativa que se pretendía adoptar el de revisar y actualizar los criterios de pertenencia al Consejo de la Juventud; desarrollar la normativa básica de los Consejos Locales de Juventud; suprimir los Consejos Provinciales y crear Consejos de Juventud Comarcales y Mancomunados; así como revisar el modelo de financiación del Consejo Regional, a fin de que sus presupuestos anuales fueran aprobados por las Cortes Regionales en lugar de por la Asamblea General.

El texto del Anteproyecto que se sometió a dictamen constaba de Exposición de Motivos, quince artículos estructurados en dos Títulos, dos Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, una Derogatoria, y dos Finales.

En la Exposición de Motivos se aludía en primer término al marco competencial que amparaba la iniciativa legislativa adoptada, citando a tales efectos los artículos 9.2 y 48 de la Constitución, así como los artículos 4.2 y 31.1.20<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Seguidamente se señalaba que la Ley se adaptaba a la realidad asociativa de la Comunidad Autónoma y que con la misma se pretendía evitar la dispersión normativa que supondría la mera enmienda del texto de 1986, dotando de unidad y coherencia a dicha regulación. Finalmente se exponía el contenido del Anteproyecto, para concluir señalando que la Ley seguía las directrices del Libro Blanco de la Comisión Europea "Un nuevo impulso para la juventud europea".

El Título I, "El Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha" se hallaba estructurado en cuatro capítulos.

El Capítulo I, "Naturaleza, régimen jurídico, objetivos, fines y funciones", comprendía los artículos 1 al 3, en los que se definía al Consejo de la Juventud como entidad de derecho público, de base asociativa privada, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (artículo 1); se establecían cuáles son sus objetivos y fines (artículo 2); y sus funciones (artículo 3).

El Capítulo II, "Composición", comprendía los artículos 4 y 5 en los que se establecía quienes podrían ser los miembros del Consejo de la Juventud, así como las causas de pérdida de la condición de miembro del Consejo.

El Capítulo III, "Órganos", comprendía los artículos 6 al 10, en los que se establecían los órganos del Consejo de la Juventud (artículo 6); se definían y regulaban las funciones de la Asamblea y la Comisión Permanente (artículos 7 y 8); se definía asimismo la Comisión de Responsables como órgano consultivo de la Comisión Permanente (artículo 9); y se definían finalmente las denominadas Comisiones Especializadas como órganos con funciones de estudio y asesoramiento, sin perjuicio de las competencias propias de la Asamblea y de la Comisión Permanente (artículo 10).

El Capítulo IV, "Recursos económicos y presupuesto", establecía de una parte los diferentes recursos económicos con los que había de contar el Consejo de la Juventud (artículo 11); y de otra, la obligatoriedad de que el presupuesto anual que elaborara el Consejo de la Juventud fuera autorizado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (artículo 12).

El Título II, "De los Consejos de ámbito territorial inferior", comprendía los artículos 13 al 15, en los que se regulaban los Consejos Locales de la Juventud así como los Consejos Comarcales y Mancomunados de Juventud (artículos 13 y 14), y se prohibía la existencia de más de un Consejo de la Juventud en el mismo ámbito local, mancomunado o comarcal (artículo 15).

La Disposición Adicional primera establecía el régimen de impugnación de los actos dictados por la Asamblea del Consejo de la Juventud y por los demás órganos de los Consejos. La Disposición Adicional segunda extendía al Consejo de la Juventud las mismas exenciones y bonificaciones tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en cuanto actuara en el ejercicio de funciones administrativas.

La Disposición Transitoria primera establecía un plazo de seis meses para la adaptación a los requisitos de la Ley de las organizaciones y entidades miembros del Consejo Regional de la Juventud. La Disposición Transitoria segunda establecía idéntico plazo de seis meses para que los Consejos Locales de la Juventud acreditaran el cumplimiento de los requisitos exigidos legal y reglamentariamente para ser reconocidos como tales y seguir perteneciendo al Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha.

La Disposición Derogatoria dejaba sin efecto la Ley 2/1986, de 16 de abril, sobre creación del Consejo Regional de la Juventud y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradijeran lo dispuesto en la Ley.

La Disposición Final primera establecía un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley para que el Consejo de Gobierno dictase las disposiciones necesarias para su aplicación. Y por último, la Disposición Final segunda establecía la entrada en vigor de la Ley el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

Teniendo en cuenta que el Consejo de la Juventud quedaba excluido del sector público regional, y era indiscutible su completa autonomía a la hora de aprobar su presupuesto, aun en el caso de que la parte fundamental de sus ingresos procediera de la subvención nominativa que figurara en la Ley de Presupuestos Generales de Castilla-La Mancha, el Consejo Consultivo entendió procedente que "la Ley deje claramente sentado la independencia del Consejo de la Juventud respecto del sector público regional dado que lo contrario podría suscitar pleitos iniciados, quizás precisamente, en una consideración equívoca de la naturaleza del mismo, como así ha sucedido en relación con la contratación de su personal, y aun cuando hayan sido resueltos en la posición que mantiene este Consejo. A modo de ejemplo puede citarse la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Toledo, de 10 de octubre de 1996, en la que planteada una demanda de despido por un trabajador del Consejo Regional de la Juventud, el citado Juzgado admitió la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el letrado de la Junta de Comunidades señalando al respecto que "[...] la Junta nada tiene que ver con la demanda más que en lo referente en la aportación económica que como Legislativo-ejecutivo le compete, ya que la demandada goza de personalidad propia e independiente, aunque su vida económica esté supeditada a las aportaciones que la propia Junta le concede [...]".

A este respecto, el dictamen del Consejo Consultivo realizó una observación de carácter esencial a la regulación contenida en los artículos 8, apartados 2 y 12 del Anteproyecto. Ambos artículos atribuían a la Asamblea del Consejo la competencia para aprobar su presupuesto si bien se exigía que el mismo fuera autorizado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (artículo 12), y en concreto se requería la "previa autorización de la Consejería competente en materia de juventud" (artículo 8.2.d).

El Consejo mostró su disconformidad con la atribución a la Administración de la facultad de autorización de su presupuesto, puesto que tal y como quedó expuesto, el Consejo de la Juventud no formaba parte del sector público regional, y tampoco se encontraba sometido a la tutela de la Consejería competente en materia de juventud, al no adscribirse ni depender de ningún órgano de la Administración Regional, sino que tan sólo se relacionaba con ésta a través de la Consejería competente en materia de juventud (artículo 1, apartado 4). Carecía por tanto de toda lógica jurídica pretender que su presupuesto sea autorizado previamente por la Consejería, sin que sea razón bastante para ello el hecho de que su presupuesto se nutra fundamentalmente de una subvención nominativa que se le asigna por Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma.

En definitiva, el dictamen del Consejo expresó que "la previsión de autorización previa por parte de la Administración en la aprobación del presupuesto del Consejo de la Juventud, constituye una exigencia que genera una gran confusión y que ensombrece la delimitación de la naturaleza jurídica de aquél, pudiendo incluso servir de base para exigir eventuales responsabilidades, razón por la cual estima este Consejo que procede su eliminación del texto del Anteproyecto".

Finalmente, se efectuaron determinadas observaciones en su mayoría de carácter conceptual, y otras de técnica normativa, que perseguían mejorar la comprensión y coherencia interna de la norma, y con ello, su posterior aplicación.

**- Dictamen número 163/2004, de 22 de diciembre, solicitado por el Consejero de Vivienda y Urbanismo, sobre el proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.**

La refundición pretendida con el proyecto se dirigía a la formación de un

texto único de la Ley 2/1998, de 4 de junio, en el que habrían de incorporarse las modificaciones introducidas por la Ley 1/2003, de 17 de enero, además de regularizar, aclarar y armonizar dichos textos legales, todo ello dentro de los límites establecidos por la Ley delegante.

El texto del proyecto de Decreto Legislativo que se sometió a dictamen del Consejo Consultivo constaba de Exposición de Motivos, un artículo que aprobaba el texto refundido, una Disposición derogatoria que dejaba sin efecto las normas legales que se incorporaban al Decreto Legislativo y declaraba expresamente vigentes ciertas normas reglamentarias dictadas en desarrollo de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, y una Disposición final que fijaba la entrada en vigor del Decreto Legislativo y del texto refundido el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

Por su parte, el texto refundido constaba de una Disposición preliminar, 201 artículos estructurados en siete Títulos, una Disposición adicional, siete transitorias, y dos finales. Atendiendo a lo extenso del texto, no se cree conveniente aludir al concreto contenido de cada uno de sus Títulos, si bien se detallarán aquellos extremos de su regulación que fueron objeto de observación en el dictamen emitido por el Consejo Consultivo con ocasión de dicho texto.

El citado órgano, en la consideración VII de su dictamen, analizó la fidelidad con la que el Texto refundía las dos Leyes citadas, teniendo en cuenta que el Gobierno sólo podía reunir en una sola Ley aquéllas respetando plenamente cómo fueron en su día aprobadas por las Cortes regionales, "si bien introduciendo las innovaciones que sin alterar su contenido y finalidad, permitan regularizar, aclarar y armonizar los dos textos producidos y aprobados en tiempos distintos".

Así, se examinaron las alteraciones que en el proyecto se producían con relación a los dos textos legales de los que traía causa, para constatar si constituían nuevas normas adicionales o complementarias necesarias para la regulación, aclaración y armonización de las Leyes que se unían, encaminadas a lograr la coherencia y sistemática del texto único en que se refunden, o, por el contrario, iban más allá, excediendo las competencias atribuidas al Gobierno Regional, incurriendo, en consecuencia, en el denominado vicio de *ultra vires*, que se produce cuando el poder ejecutivo se extralimita de la delegación o apoderamiento recibido del legislador en su labor refundidora.

Conforme a lo anterior, se realizaron observaciones de carácter esencial respecto a los siguientes preceptos:

- El artículo 15.2.e) del proyecto introducía un nuevo objeto para las Instrucciones Técnicas de Planeamiento consistente en "la definición de requisitos sustantivos que deban cumplir determinadas actividades en suelo rústico". Competencia que, al ser incorporada a las indicadas Instrucciones, se sustruía a la potestad planificadora de los Municipios para atribuirla al Consejero competente en materia de ordenación territorial y urbanística, que es a quien correspondía aprobar aquéllas, sin que existiera habilitación legal alguna para ello en las normas que se refundían.

En el informe evacuado por el Servicio de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Vivienda y Urbanismo se justificó tal innovación en la necesidad de concordar las materias que podían ser objeto de las Instrucciones Técnicas de Planeamiento con lo previsto en el artículo 63.1.1º, a) y b) de la LOTAU; sin embargo, el Consejo entendió que "la definición de requisitos sustantivos que deban cumplir determinadas actividades en suelo rústico" que se incluye en el proyecto de texto refundido va mucho más allá de la fijación de superficies mínimas que para edificaciones adscritas al sector primario y para las viviendas familiares atribuyen las letras a) y b) del artículo 63.1.1º a las Instrucciones Técnicas de Planeamiento. Por ello, el artículo 15.2.e) del proyecto sólo no incurrirá en el denunciado vicio de "ultra vires" si restringe su contenido hablando de "la definición de los requisitos sustantivos que, según el artículo 63.1.1º, a) y b), deben cumplir las actividades en suelo rústico a las que se refieren tales letras" u otra fórmula similar".

- El artículo 38.1.a) del proyecto, en su primer párrafo, sólo admitía que los particulares pudieran promover, en desarrollo de un Programa de Actuación Urbanizadora, además de los Planes Parciales, los Planes Especiales de Reforma Interior, cuando la LOTAU permitía que los particulares pudiesen promover, en desarrollo de un Programa de Actuación Urbanizadora, otras clases de Planes Especiales.

Por consiguiente, la restricción que se producía incurría, según el Consejo, en vicio de *ultra vires*.

- Por su parte, el mismo artículo 38.1.a) introducía un nuevo párrafo tercero del siguiente tenor: "Respecto de los Planes Especiales que afectan a elementos

integrantes de la ordenación detallada, únicamente la Administración, de oficio, podrá promoverlos y aprobarlos".

La razón que se daba, en el "Informe del Servicio de Asuntos Jurídicos al proyecto de Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística" que obraba en el expediente remitido a dictamen, justificaba esta innovación diciendo que "con ello se aclara que estos Planes Especiales que afectan a la ordenación detallada, de forma independiente, es decir, sin integrarse en un PAU, sólo pueden ser promovidos por la Administración de oficio, excluyendo a los particulares".

El Consejo Consultivo entendió que "si bien esto es lo que dice el párrafo primero del artículo 38.1.a), *in fine*, no existe, sin embargo, precepto alguno en los textos que se refunden del que resulte que un particular no pueda ser adjudicatario de un Programa de Actuación Urbanizadora relativo a un Plan Especial que afecte a elementos integrantes de la ordenación detallada. Es más, el artículo 38.1 de la Ley 2/1998, en redacción que no fue modificada por la Ley 7/2003 y que incluso se mantiene en el texto refundido, comienza hablando, en forma inequívoca, de "la elaboración y tramitación de los [...] Planes Especiales que afectan a elementos integrantes de la ordenación detallada [...] de iniciativa [...] particular". Por todo ello, también en el párrafo tercero del artículo 38.1.a) del proyecto se incurre en exceso del contenido que este precepto tenía en la LOTAU, incurriendo, además, en contradicción entre lo que se permite al principio del precepto -Planes Especiales que afecten a elementos integrantes de la ordenación detallada de iniciativa particular- y lo que se prohíbe en este párrafo -Planes Especiales que afectan a elementos integrantes de la ordenación detallada de iniciativa particular-".

- El artículo 64.7.c), *in fine*, disponía, con relación a la posibilidad de consulta sobre actuaciones urbanizadoras en suelo rústico, que "transcurrido un plazo de tres meses sin que el Ayuntamiento Pleno se hubiese pronunciado sobre dicha consulta, se entenderá en sentido negativo". Párrafo que no aparecía en ninguna de las Leyes refundidas y que viene, por tanto, a introducir un nuevo supuesto de silencio negativo sin apoyo legal alguno.

Además de declarar el carácter *ultra vires* del indicado precepto, el Consejo recordó que ya se pronunció negativamente "sobre un artículo de contenido similar en su dictamen 29/2004, al analizar el proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Suelo Rústico de la Ley 2/1998, de 4 de junio, dicien-

do que: "El artículo 36, apartado 6 del proyecto establece el carácter negativo del silencio del Ayuntamiento si no hay pronunciamiento expreso sobre la consulta previa para realizar actuaciones urbanizadoras en suelo rústico de reserva [...] La prohibición de dicho artículo puede resultar contraria a lo previsto en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece el carácter positivo del silencio en todas las solicitudes salvo que una norma con rango de ley establezca lo contrario, sin que pueda ser aplicable al presente supuesto la excepción de que con la estimación de la solicitud se transfieran al solicitante facultades relativas al dominio público o al servicio público".

- La Disposición transitoria primera del proyecto de texto refundido, en su apartado 1.1.c), se ocupaba de la regularización de uso residencial de las actuaciones realizadas en suelo rústico, con infracción o al margen de la legislación urbanística en vigor con anterioridad a la Ley 1/2003, mediante su delimitación en un área territorial homogénea, distinguiendo que tales actuaciones no superasen la densidad de 6 viviendas por hectárea o que sí la superaran, estableciéndose, en el primer supuesto, que el suelo se clasificaría como rústico de reserva y se sometería a una serie de reglas que se detallaban en la misma Disposición.

Con esta Disposición se pretendía aclarar lo que establecía la Disposición transitoria de la Ley 1/2003, en su apartado 1.1.c), que, en el supuesto de asentamientos de menos de 6 viviendas por hectárea, se remitía al régimen previsto en la letra b) del apartado 1º del número 1 del artículo 63. Se omitía, sin embargo, en la disposición, una limitación que aparecía recogida en el mencionado artículo 63.1.1º.b), segundo párrafo, cual es la de que, en la ordenación que se prevea para tales asentamientos, en ningún caso podría superarse la densidad de más de 6 viviendas por hectárea. Limitación que debía incorporarse a la disposición transitoria primera del texto refundido para que fuera transcripción fiel de las Leyes que refundía.

**- Dictamen número 169/2004, de 22 de diciembre, solicitado por el Consejero de Educación y Ciencia, sobre el Anteproyecto de Ley de la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha.**

La finalidad de la creación de un organismo administrativo denominado "Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha", era la asunción, en esta Comunidad Autónoma, de las funciones de evaluación, certificación y acreditación previstas en el artículo 31 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de septiembre, de Universidades.

El Anteproyecto optó por la constitución de un organismo autónomo, a semejanza de la fórmula jurídica empleada en las Comunidades Autónomas de Canarias y Andalucía, mediante la aprobación de una norma con rango de Ley, estimando que ello deviene necesario en virtud de lo establecido en el artículo 31. 5 [sic] de la Ley Orgánica antes mencionada.

El Anteproyecto sometido a dictamen constaba de Exposición de Motivos, 13 artículos, y tres Disposiciones Finales.

En la Exposición de Motivos se contenían las correspondientes explicaciones respecto de las causas que daban lugar a la iniciativa legislativa, concebida como instrumento normativo ligado a las medidas de control de la calidad del sistema universitario contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Así, se señalaba en el referido texto que la Ley proyectada se fundamentaba en las previsiones de la citada Ley Orgánica, ya que "en su artículo 31. 3 remite a la regulación normativa de las Comunidades Autónomas la posible creación, mediante Ley, de un organismo que pueda desarrollar estas competencias en el ámbito territorial de cada una de ellas, previendo, en caso contrario, que las mismas sean efectuadas por la Agencia Nacional (ANECA)."

El artículo 1 establecía la creación de la citada Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha, configurada como organismo autónomo adscrito a la Consejería competente en materia de enseñanza universitaria.

El artículo 2 contenía previsiones sobre su naturaleza jurídica.

El artículo 3 se ocupaba de plasmar los objetivos de la Agencia.

El artículo 4, de sus funciones.

El artículo 5 versaba sobre las relaciones de colaboración encomendadas a la Agencia.

El artículo 6 contenía las reglas básicas de su organización.

En los artículos 7 al 10 se recogían las normas reguladoras de sus órganos de gobierno y dirección, tratando respectivamente del Director, el Consejo, el Secretario-Gerente y las Comisiones de Evaluación.

El artículo 11 incorporaba previsiones en materia de tratamiento de información y confidencialidad de los datos manejados.

El artículo 12 se ocupaba de su régimen económico y financiero.

El artículo 13 contenía disposiciones sobre el régimen de su personal.

La Disposición Final Primera contenía una autorización al Consejo de Gobierno para aprobar normas de desarrollo y aplicación de la Ley.

La Disposición Final Segunda autorizaba a la Consejería de Economía y Hacienda para llevar a cabo las modificaciones presupuestarias que se precisaran para la aplicación de la Ley.

La Disposición Final Tercera se ocupaba de fijar su fecha de entrada en vigor.

El dictamen emitido por el Consejo Consultivo en relación con este Anteproyecto no realizó observaciones de carácter esencial respecto a su contenido, si bien expuso algunas consideraciones tanto en relación al procedimiento seguido para la aprobación del proyecto normativo, como respecto a determinadas cuestiones conceptuales, de técnica normativa y simples extremos de redacción que, de ser atendidas, redundarían en beneficio de la calidad técnica de la norma.

Respecto a las consideraciones expuestas sobre el procedimiento de elaboración del Anteproyecto, merece ser destacado que la emisión del dictamen fue solicitada por el órgano consultante con carácter de urgencia, sin que en la documentación obrante en el expediente se incluyera explicación alguna sobre las causas que motivaran dicha premura, lo que impidió la apreciación de razones que justificasen la reducción del plazo para la emisión del dictamen solicitado, contenido en el artículo 51.2 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

No obstante, el Consejo Consultivo aprobó su dictamen dentro del plazo de urgencia, si bien manifestó que "la noción de urgencia es un concepto jurídico indeterminado, susceptible, por tanto, de control. Así lo ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de julio de 1989, RJ Aranzadi 6106), al señalar que "esto significa que su naturaleza no es discrecional, sino reglada: no permite elegir entre varias soluciones igualmente justas, es decir,

jurídicamente indiferentes, sino que sólo admite una única solución justa, sin perjuicio del margen de apreciación que se reconoce a la Administración en la zona de incertidumbre o penumbra que separa las zonas de certeza positiva y negativa [...]. Más concretamente será de indicar que la urgencia es un concepto de una esencial dimensión temporal: implica que algo ha de ser llevado a cabo inmediatamente o por lo menos rápidamente. Si toda la actuación administrativa ha de ser llevada a cabo con celeridad -artículo 29.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo-, la urgencia alude a un supuesto en que actuando rápidamente en el procedimiento ordinario, la solución, dada la duración de aquél, habría de llegar tarde: las circunstancias concurrentes demandan una decisión que con la tramitación general ya sería tardía. Se sacrifican las garantías ordinarias porque con ellas la solución no serviría ya para resolver el problema. En último término se trata de una manifestación del principio de la eficacia administrativa recogido en el artículo 103.1 de la Constitución".

En cuanto a las cuestiones conceptuales y de técnica normativa que puso de manifiesto el dictamen del Consejo, revisten mayor interés las siguientes:

- El artículo 7 de texto normativo propuesto preveía en su apartado 2, como uno de los supuestos de cese del Director de la Agencia, "...enfermedad que haga imposible la continuidad de su misión, valorada por un pronunciamiento expreso de las dos terceras partes de los miembros del Consejo...".

El Consejo Consultivo observó que "el texto transcrito suscita primeramente serias dudas respecto a la procedencia de que el carácter incapacitante de la enfermedad eventualmente sufrida por el titular de un cargo -en este caso, el Director del organismo- deba ser sometido a un acuerdo mayoritario adoptado en el seno de un órgano colegiado, erigiéndose en motivo de cese en caso de obtener el suficiente respaldo, toda vez que en la valoración de la imposibilidad física o psíquica para desempeñar un cargo debería cobrar lógica prevalencia el criterio facultativo proporcionado por el personal médico que atiende al afectado, considerando la naturaleza de su discapacidad, las perspectivas de recuperación existentes y el tipo de exigencias que comporte el puesto de trabajo detentado, así como, naturalmente, la propia percepción de la incapacidad que tenga quien la padece".

- El régimen de personal de la Agencia, contenido en el artículo 13 del Anteproyecto, se encontraba afectado por una patente ambigüedad, según consideró el Consejo, "dado que la referencia a la cobertura de puestos de trabajo por

funcionarios de la Junta de Comunidades o de la Universidad de Castilla-La Mancha, configurada en la norma como una mera posibilidad o alternativa -"también" disponible-, induce a pensar que el texto proyectado pretende propiciar que la referida Agencia pueda nombrar funcionarios propios; es decir, integrados en Cuerpos o Escalas de la misma, que hayan accedido a éstos a través de procesos selectivos específicos, previa formulación de una Oferta Pública de Empleo diferenciada y que deberían ser objeto de inscripción en su propio Registro de Personal. Así mismo, la mención a la existencia de una "plantilla propia" localizada en su primer apartado, puede constituir un elemento disgregador de la unidad actualmente imperante en la materia, en tanto que no parece compatible con el criterio establecido en el artículo 32. 1 de la Ley 14/2003, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2004, en el que se establece que "constituye la plantilla presupuestaria el conjunto de puestos de trabajo dotados presupuestariamente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos".

Continuó exponiendo el dictamen que "...el régimen de recursos humanos esbozado no resulta coherente con los criterios uniformizadores seguidos hasta la fecha en las normas de ordenación de los demás organismos autónomos existentes en la Junta de Comunidades, destacando de entre todas ellas, por su concreción, la regulación dada para el personal que pase a prestar servicios en el Servicio Público de Empleo de Castilla-La Mancha -artículo 18, de la Ley 2/2003, de 30 de enero, reguladora del mismo-, en la que se prevé la cobertura de sus puestos de trabajo de empleados laborales mediante procedimientos de provisión sujetos a las determinaciones del Convenio Colectivo de la Junta de Comunidades, y la ocupación de los puestos reservados a personal funcionario mediante provisión por funcionarios de la Administración Autonómica o de otras Administraciones Públicas. Tampoco el modelo de personal definido encuentra parangón en las previsiones -ciertamente genéricas- halladas en las disposiciones reguladoras de las Agencias de calidad del sistema universitario de otras Comunidades Autónomas que han adoptado por la misma forma de personificación jurídica -como Andalucía y Canarias-, en las que no se contienen referencias a la citada independencia de plantilla, ni a la posibilidad de seleccionar funcionarios propios".

Por todo ello, se sugirió reconsiderar la regulación proyectada en este ámbito, con el fin de dar una mayor precisión al modelo de personal que se configurase, valorando en profundidad las consecuencias que se derivasen de la opción elegida.

## *II. Dictámenes sobre recursos de inconstitucionalidad*

**- Dictamen número 15/2004, de 12 de febrero, solicitado por el Consejero de Obras Públicas, sobre la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.**

El Consejero de Obras Públicas solicitó, con carácter de urgencia, el dictamen de este Consejo acerca de la posible interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, sin perjuicio de entrar a valorar el texto completo de la norma.

A su solicitud acompañó informe del Director General de Carreteras y Transportes, comprensivo de los preceptos que, a su juicio, adolecían de tal inconstitucionalidad, que eran : el artículo 4.3, ya que el Ministerio de Fomento podía traspasar determinadas infraestructuras a la Comunidad Autónoma porque dejase de considerarla de interés general, siendo resuelto por el Consejo de Ministros y, por lo tanto, sin el consentimiento de la Comunidad Autónoma correspondiente; el artículo 7 sobre incidencias de las infraestructuras ferroviarias sobre el planeamiento urbanístico y el artículo 10, consideración urbanística de las zonas de servicio, ya que permitían que el Ministerio de Fomento pudiera planificar urbanísticamente en el entorno de las líneas de ferrocarriles sin el previo consentimiento de los órganos que tienen las competencias urbanísticas, tanto en la Comunidad Autónoma como en los municipios, contravieniendo lo establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía; y el artículo 16 sobre límite de edificación, que permitía al Ministerio modificar la línea límite de edificación situada a 50 metros de la arista exterior, por razones geográficas o socioeconómicas, sin tener en cuenta la planificación urbanística realizada por los municipios y las Comunidades Autónomas.

A los preceptos aludidos se adicionaba además, sin determinar los motivos por los que se proponían, el artículo 28 sobre el estatuto del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, los artículos 44, 49, 50 y 51 sobre licencias de empresas ferroviarias, los artículos 53 y 54 sobre intervención administrativa, el artículo 57 sobre certificado de seguridad, el artículo 81 sobre competencias del Ministerio de Fomento y la Disposición Adicional Novena sobre las líneas que forman parte de la Red de Interés General del Estado.

El dictamen del Consejo Consultivo consideró inconstitucionales los artículos 4 y en conexión con él los artículos 11, 16, 44, 49, 50, 51, 53 y 54, 81.1.f) y

la Disposición Adicional Novena, y los artículos 57 y 81.1.g) y m) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, ya que invadían las competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha contempladas en el artículo 31.1.4ª y 26ª de su Estatuto de Autonomía.

La clave fundamental para la apreciación de la inconstitucionalidad de los preceptos citados estaba en el concepto que de "Red Ferroviaria de Interés General" incorporaba el artículo 4 de la Ley. Este precepto definía dicha Red como aquella "integrada por las infraestructuras ferroviarias que resulten esenciales para garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado o cuya administración conjunta resulte necesaria para el correcto funcionamiento de tal sistema común de transporte, como las vinculadas a los itinerarios de tráfico internacional, las que enlacen las distintas Comunidades Autónomas y sus conexiones y accesos a los principales núcleos de población y de transporte o a instalaciones esenciales para la economía o la defensa nacional".

El Consejo advirtió, en primer lugar, la heterogeneidad de los elementos competenciales que se integraban en la redacción del precepto transcrita, vías de tráfico internacional, que enlacen distintas Comunidades Autónomas, instalaciones esenciales para la economía o la defensa nacional. Se consideró reprochable que el legislador estatal no hubiera expresado el título competencial que autorizaba cada uno de los artículos del texto de la Ley, recordando que este mismo reproche lo hizo el Consejo de Estado.

En los supuestos antedichos, se consideró adecuado el nuevo concepto de Red Ferroviaria de Interés General, como Red de titularidad estatal, bien porque su trazado excediera del ámbito de una Comunidad Autónoma, bien porque el Estado pudiera invocar legítimamente otros títulos competenciales exclusivos.

Sin embargo, había conceptos en los que se prescindía de la territorialidad como criterio delimitador de competencias para sustituirlo por otro distinto, el de "interés general". Así la referencia a los "principales núcleos de población y de transporte" del propio apartado 1 del artículo 4, o la que se contenía en el segundo párrafo del apartado 2 sobre la posibilidad de incorporar a la Red Ferroviaria de Interés General infraestructuras ferroviarias que discurren íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma y sin conexión con el resto de la Red. Así, la Ley parecía sustituir como criterio de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no el que la línea

(y en consecuencia, los servicios ferroviarios) transcurrieran íntegramente por el territorio de una sola Comunidad Autónoma, sino que la línea respondiera o no a un "interés general" que correspondería definir (artículo 4.2) al Ministerio de Fomento. En igual sentido el apartado 3 del mismo artículo obviaba la territorialidad como criterio delimitador de la competencia para entender como criterio de determinación de ésta el "interés general" de forma que el Consejo de Ministros podía en cada momento determinar el alcance de la competencia estatal en materia de líneas férreas. Esta misma observación se realizó en relación al artículo 11 de la Ley que otorgaba al Consejo de Ministros la facultad de clausurar líneas ferroviarias altamente deficitarias cuando se hubiera acreditado la desaparición de los motivos de interés general que justificaron su inclusión en la Red, si bien en este punto, resultaba aún más desvirtuado el fundamento para la invocación de tales motivos, en cuanto el propio precepto preveía que sólo se procedería a la clausura y, por tanto, a su exclusión de la Red, si las Comunidades Autónomas o Entidades Locales afectadas no asumieran la financiación de la misma, pudiendo -al menos teóricamente- darse el caso de que la Comunidad Autónoma asumiera la financiación de la línea y ésta permaneciera incluida en la Red Ferroviaria de Interés General dependiente del Estado.

Para el Consejo, resultaba obvio que una Ley no podía alterar los criterios de determinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas fijadas en la Constitución y en las normas estatutarias, por lo que en la medida que el artículo 4 analizado pretendiera establecer un criterio distinto al del artículo 149.1.21<sup>a</sup> de la norma suprema y al artículo 31.1.4<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía sería inconstitucional.

Así, se consideró que sólo las líneas férreas de competencia estatal, puesto que exceden del ámbito de una Comunidad Autónoma, integrarían la Red de Interés General atribuida al Estado, sin que éste pudiera determinar, por imprecisas razones no fijadas por la Ley, la posibilidad de incorporar otras líneas que desde la perspectiva de los Estatutos fueran de competencia autonómica.

Desde esta interpretación de la norma se contempló el contenido de la Disposición Adicional Novena de la Ley analizada, que incluía en la Red Ferroviaria de Interés General la totalidad de las infraestructuras ferroviarias administradas por RENFE, GIF y FEVE, lo que de hecho privaba a la Comunidad Autónoma de toda competencia en la materia, por cuanto no existían otras infraestructuras ferroviarias en la Región. Se añadía a eso que las futuras líneas que la Comunidad Autónoma pudiera crear se hallaran sujetas al

poder de disposición del Estado a través de los mecanismos previstos en otros preceptos.

También se observó que el artículo 4.2, segundo párrafo, sólo requería el consentimiento de la Comunidad Autónoma en los supuestos de infraestructuras que discurrieran íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma "y sin conexión con el resto de la Red" lo que hacía todavía más clara la eliminación de la competencia autonómica en la materia. La determinación por la Ley de que las líneas de competencia autonómica no sólo discurrieran íntegramente por el territorio de una sola Comunidad Autónoma sino que además, para que fueran de titularidad autonómica, no podían estar conectadas a la Red Ferroviaria de Interés General, evidentemente desbordaba el campo previsto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Como última observación de carácter fundamental el dictamen del Consejo Consultivo señaló que los restantes preceptos que se analizaban referidos a las infraestructuras ferroviarias y los transportes ferroviarios parecían dirigidos a la regulación de la Red Ferroviaria de Interés General, por lo que era el juicio sobre el contenido de dicha Red lo que debía, en definitiva, determinar el juicio sobre la constitucionalidad de aquéllos. Dicho de otro modo, sería el juicio de constitucionalidad sobre el concepto de Red Ferroviaria de Interés General el que determinaría la constitucionalidad de todos los preceptos que se vinculaban a la configuración de dicha Red.

**- Dictamen número 28/2004, de 8 de marzo, solicitado por el Consejero de Obras Públicas, sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 129 de la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.**

El Consejero de Obras Públicas cursó requerimiento a este órgano consultivo, instando la emisión de dictamen preceptivo en relación con la posible interposición por el Consejo de Gobierno de un recurso de inconstitucionalidad contra lo establecido en el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Los motivos por los cuales se propuso la interposición del referido recurso de inconstitucionalidad contra el contenido del artículo 129 de la citada Ley 62/2003, se contenían en el informe propuesta redactado por la Directora General del Agua que formaba parte del expediente remitido al Consejo, y que eran los siguientes:

1º.- La modificación efectuada en el Texto Refundido de la Ley de Aguas mediante el citado artículo 129 "sobrepasa la trasposición de la Directiva 2000/60/CE, al introducir en el mismo *ex novo*, preceptos no contemplados en la misma". Así se consideraba que afectaba el nuevo artículo 121 bis de dicho texto refundido, sobre responsabilidad comunitaria, que afectaba de modo directo a las Comunidades Autónomas.

2º.- De otro lado, cabría aplicar a todo el contenido de la mencionada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y de su artículo 129 en particular, las mismas tachas de inconstitucionalidad encontradas en los preceptos de las Leyes de Presupuestos que sobrepasan su contenido posible o necesario, según la doctrina enunciada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992.

En esa línea argumental, el informe hacía referencia al contenido del voto particular formulado por el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga respecto de la Sentencia del alto tribunal 32/2000, de 3 de febrero, que proclamaba la inadecuación de la técnica legislativa plasmada en las denominadas "leyes de acompañamiento". Así mismo, se remitía al contenido de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003, relativa al posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con un precepto de la Ley 50/1998, de "acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1999", considerando que los criterios de constitucionalidad ponderados en la misma llevaban a estimar que la modificación del Texto Refundido de la Ley de Aguas producida a través del artículo 129 de la Ley 62/2003, incurría en los presupuestos fijados por dicho Tribunal para motivar el planteamiento de la referida cuestión.

Corolario de lo anterior, se afirmaba que el precepto cuestionado comportaba una violación del principio constitucional de seguridad jurídica -artículo 9.3 CE-, afectando, igualmente, a la "posición constitucional del Poder Legislativo (artículo 66.2 CE) y a los principios y valores de la representación y el pluralismo político (artículos 1 y 66. 1 CE)".

El apartado 37 del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre citada introdujo un nuevo artículo 121 bis en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, precepto al que se contrajo el análisis de inconstitucionalidad solicitado. Esta disposición señalaba textualmente que "las Administraciones Públicas competentes en cada demarcación hidrográfica, que incumplieran los objetivos ambientales fijados en la planificación hidrológica o el deber de informar sobre

estas cuestiones, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. En el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración afectada, pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba".

Previamente al análisis de los motivos de inconstitucionalidad susceptibles de valoración de este precepto, el Consejo determinó la entidad y verdadera naturaleza de la problemática a la que se pretendía dar respuesta con el mismo, indicando que "es un hecho constatado que el reino de España puede ser sancionado económicamente por las instituciones europeas a causa de incumplimientos de la normativa comunitaria, así como que tal inobservancia sea vinculable causalmente a acciones u omisiones de otras Administraciones Públicas, distintas de la estatal, derivadas del ejercicio de sus legítimas competencias. Tal posibilidad puede dar lugar, en efecto, a que la multa impuesta al Reino de España, como único sujeto responsable ante las instituciones europeas, tenga origen en una conducta atribuible en exclusiva a una Comunidad Autónoma o en una situación de incumplimiento detectada en un ámbito material sobre el que varias Administraciones ejerzan competencias de forma concurrente, planteando serias dificultades la determinación de la cuota de responsabilidad correspondiente a cada parte. Es evidente, por tanto, que el propósito de la medida analizada es poner a disposición de la Administración del Estado, aunque se deje implícito tal extremo, un mecanismo de derivación de responsabilidades que permita a ésta, con la mayor agilidad, trasladar el importe de las sanciones recaídas sobre el Reino de España a las Administraciones competentes para el cumplimiento de los deberes de información y consecución de objetivos ambientales establecidos en dicha Directiva, declarando de forma unilateral tales responsabilidades originarias a través del citado procedimiento".

Finalmente, el Consejo Consultivo realizó determinadas apreciaciones sobre el verdadero significado del nuevo artículo introducido en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, indicando que "...el contenido normativo del artículo 121 bis lo que implanta es un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración en el que subvierte el funcionamiento de esta institución jurídica, otorgando un privilegio a la Administración General del Estado cuando ésta ha sufrido un daño patrimonial a consecuencia del incumplimiento, por otras Administraciones Públicas, de las obligaciones vinculadas al ejercicio de sus competencias.

En efecto: en el supuesto de hecho que el artículo 121 bis contempla, existe un daño efectivo evaluable económicamente, que el legislador estatal considera que la Administración del Estado no tiene el deber jurídico de soportar, y que su causación es imputable en un procedimiento administrativo a otras Administraciones Públicas. Nada empece a la operatividad del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración para que a su través se dilucide la imposición de responsabilidades planteadas entre Administraciones Públicas, pues la jurisprudencia viene admitiendo con criterio pacífico que la expresión "los particulares", a que hace referencia la norma constitucional caracterizadora de la figura -artículo 106.2 CE-, incluye "no sólo a los sujetos privados, sino también a los públicos, cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración" -Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1994 (Ar. RJ 1994\1235) o de 14 de diciembre de 2000 (Ar. RJ 2001\220); pero la respuesta jurídica que da al supuesto de hecho el precepto cuestionado subvierte la institución: el dañado se convierte en juez de su propia reclamación, la Administración supuestamente responsable sólo tiene derecho a ser oída y ha de soportar que se ejecute la resolución que le impone indemnización del daño mediante la compensación de su importe a costa de transferencias que le son debidas.

Ciertamente, la Comunidad Autónoma -obviando aquí la posibilidad de plantear con ocasión de la aplicación del precepto un conflicto constitucional de competencias- tendría legitimación para acudir a la vía contencioso-administrativa y demandar a la Administración del Estado que ha dictado la resolución. Tal eventualidad evidencia también otro efecto subversivo, que incide ahora sobre el sistema de control de la actividad establecido constitucionalmente, pues al situarse a la Comunidad Autónoma en posición de demandante, frente a la resolución que pusiera fin al procedimiento de imputación de responsabilidad, en lugar de demandada, por incumplimientos de sus obligaciones y daños concomitantes, dicha alteración subjetiva comportaría, merced a las reglas de distribución de asuntos plasmadas en los artículos 7 al 13 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, una modificación de los órganos jurisdiccionales competentes para fiscalizar la actividad de la Comunidad Autónoma; lo que conlleva, a su vez, una anómala distorsión del ámbito territorial de ejercicio de la jurisdicción en el que deben resolverse las cuestiones derivadas del control jurisdiccional de las acciones u omisiones de las Comunidades Autónomas.

La falta de congruencia de esta inversión de posiciones jurídicas entre Administración General del Estado y Comunidad Autónoma, hace que quepa

calificar la medida de arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica del artículo 9. 3 de la Constitución Española. El privilegio que se le otorga a la Administración General del Estado es arbitrario, ajeno a su ámbito competencial y choca frontalmente con el art. 39 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que establece que en el ejercicio de sus competencias goza de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado. Dicho de otro modo, el arbitrario privilegio que otorga a la Administración del Estado el nuevo artículo 121 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas lo es frente a la facultad vinculada a sus competencias que tiene la Comunidad Autónoma de incoar, de oficio o a solicitud del reclamante, el procedimiento y de resolver sobre su propia responsabilidad, sin perjuicio como es obvio de quedar sometida al control jurisdiccional, en la forma y por los órganos predeterminados en la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

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 2004:

**- Dictamen número 2/2004, de 16 de enero, solicitado por la Consejera de Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Oficial de Educadores Sociales de Castilla-La Mancha.**

**- Dictamen número 106/2004, de 22 de septiembre, solicitado por la Consejera de Economía y Hacienda, sobre el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el ejercicio 2005.**

# RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

(De 1 de enero de 2004 a 31 de diciembre de 2004)

*M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño*

*Profesora Asociada de Derecho Constitucional  
Universidad de Castilla-La Mancha*

## SUMARIO

1. *VIII Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “Comunidades Autónomas y Poder Judicial” (Cuenca, 16 y 17 de marzo).*
2. *Seminario de profesores de Derecho Constitucional: “La Reforma Constitucional” (Toledo, 18 de junio).*
3. *I Jornadas de Verano del Foro de Debate Constitucional: “La Reforma de la Constitución” (Ciudad Real, 13 y 14 de julio).*
4. *IX Jornadas de Derecho Constitucional: “Libertades de expresión e información” (Ciudad Real, 28 y 29 de octubre).*
5. *V Jornadas de Justicia Constitucional: “Los procesos de Conflicto” (Toledo, 15 y 16 de diciembre).*
6. *Otras actividades de Derecho Público:*
  - 6.1. *IV Edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos (Toledo, 12 a 29 de enero).*

***1. VIII Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “Comunidades Autónomas y Poder Judicial”. (Cuenca, 16 y 17 de marzo)***

Año tras año Cuenca, y más concretamente la Facultad de Ciencias Sociales, va consolidándose como la sede del derecho autonómico de Castilla-La Mancha, al acoger los días 16 y 17 de marzo de 2004, la octava edición de las Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha, dirigidas por los Profesores Titulares de la Universidad de Castilla-La Mancha: D. Francisco Javier Díaz Revorio y D. Enrique Belda Pérez-Pedrero.

Si en anteriores ediciones estas Jornadas abordaron temas como la administración local, el gobierno autonómico, el sistema competencial y últimas transferencias, el sistema electoral o el Defensor del Pueblo; en esta ocasión se trató el tema del Poder Judicial en el ámbito autonómico.

Para aquellos que no sean expertos en derecho constitucional sorprenderá la vinculación entre el ámbito autonómico y el poder judicial, ya que desde la Constitución se impone el principio de unidad jurisdiccional y por tanto la imposibilidad de poder hablar de dos niveles en el ámbito del Poder Judicial, el central y el autonómico. No obstante esta centralización en el ámbito judicial no despoja a las Comunidades Autónomas en su totalidad de competencias en este campo, sino que residualmente éstas poseerán competencias en materias tales como la organización de los Tribunales, además de culminar su organización territorial con la creación de un Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma.

Con esta perspectiva se iniciaron las octavas jornadas de derecho autonómico de Castilla-La Mancha. La conferencia inaugural corrió a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III, actual Secretario de Estado de Justicia, D. Luis López Guerra, que tal y como viene siendo habitual en las primeras ponencias de un seminario como el que estamos comentando, tuvo un carácter general, haciendo referencia a lo qué significa constitucionalmente la unidad del Poder Judicial, que no veta en modo alguno la intervención de las Comunidades Autónomas en material tales como el personal al servicio de la Administración de Justicia; la delimitación de las demarcaciones judiciales y la creación de los Tribunales Superiores de Justicia. Esta ponencia inaugural fue complementada por las conferencias que impartieron D.

Fernando Ledesma Bartret, Magistrado del Tribunal Supremo y Ex Ministro de Justicia quien realizó un exhaustivo análisis histórico y constitucional del Poder Judicial en España; y D. Luis Aguiar de Luque, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, cuya intervención acerca del órgano del gobierno de los jueces resultaba de gran actualidad, teniendo en cuenta que en ese momento se estaba pendiente de una reforma del mecanismo de elección de los miembros de este órgano.

Todos los aspectos generales mencionados fueron objeto de un análisis más minucioso en las intervenciones de D. Rafael Jiménez Asensio, Catedrático de Derecho Constitucional de ESADE, que hizo especial hincapié en la reforma realizada en la Ley Orgánica del Poder Judicial en el año 2003; o del propio Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, D. Emilio Frías, quien como no podía ser de otro modo trató el tema del Poder Judicial en Castilla-La Mancha realizando interesantes consideraciones prácticas y no sólo teóricas acerca del funcionamiento de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos, en especial del de nuestra Comunidad Autónoma.

El resto de las jornadas se dedicaron al estudio de otros asuntos en los que también se ponía de manifiesto la vinculación entre el ámbito autonómico y el Poder Judicial. Así, el profesor D. José Manuel Vera Santos expuso toda la problemática que aun hoy sigue suscitando el polémico, desde su creación, conflicto en defensa de la autonomía local, un recurso en el fondo y un conflicto sólo en su terminología; y el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado quien abordó el tema de la actividad política y el control jurisdiccional.

## ***2. Seminario de profesores de Derecho Constitucional: “La Reforma Constitucional” (Toledo, 18 de junio)***

El Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, avalada por la Asociación de Constitucionalistas de España se hizo eco de una de las inquietudes doctrinales más novedosas en junio de 2004, como era la previsible futura reforma de la Constitución, anunciada por el nuevo Presidente del Gobierno, Jose Luís Rodríguez Zapatero, el mismo día de su investidura como tal.

En esta ocasión, los profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Francisco Javier Díaz Revorio, profesor Titular de la UCLM y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Paz Moreno Expósito, becaria de investigación organizaron el debate en formato de seminario, en el que participaron profesores e investigadores de Derecho Constitucional.

El evento constó de una ponencia general y dos ponencias sectoriales. La ponencia general corrió a cargo del profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Gorki Gonzales Mantilla, que inauguró el seminario, tras el acto inicial de presentación realizado por D. Eduardo Espín Templado, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM; y en el que se planteó el tema de la reforma constitucional en el ámbito de justicia en el marco de los países iberoamericanos.

Las ponencias sectoriales abordaron el estudio de las posibles reformas futuras de la Constitución española, que pese a que en el momento de celebrarse el seminario aun se encontraban en un estado embrionario, apuntan sin lugar a dudas a tres temas en concreto: el régimen de sucesión a la Corona, la composición del Senado y la relación entre el texto constitucional español y la Constitución europea. La reforma de estas cuestiones, fue tratada por los Catedráticos de Derecho Constitucional, D. José Luis Cascajo Castro, de la Universidad de Salamanca y D. Pablo Pérez Tremps, de la Universidad Carlos III de Madrid y desarrollada por una serie de comunicaciones que fueron resumidas por los relatores Dr. Enrique Belda Pérez-Pedrero, Dra. M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, Dr. Tomás Vidal Marín y D<sup>a</sup> María Martín Sánchez, profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha y miembros del Comité Académico de este seminario.

Las mencionadas comunicaciones<sup>1</sup>, abordaron las siguientes cuestiones: 1. "Una visión sobre la posible reforma del Título VIII de la Constitución española de 1978"; por D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel Álvarez Vélez y M<sup>a</sup> Fuencisla Alcón Yustas de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid. 2. "¿Puede reformarse el artículo 168 a través del procedimiento establecido en el artículo 167?"; por D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Redondo García, de la Universidad de Valladolid. 3. "¿Reformar para petri-

1. El texto íntegro de estas comunicaciones puede ser consultado en la página web del Área de Derecho Constitucional de Universidad de Castilla-La Mancha y más concretamente en la siguiente dirección: [http://www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma\\_constitucional/index.asp](http://www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma_constitucional/index.asp).

ficar? La reforma de la Constitución cubana de 1976 en junio de 2002"; por D. Antonio-Filiu Franco Pérez, de la Universidad de Oviedo. 4. "Al hilo de la reforma constitucional: los problemas de interpretación que genera la expresión libertades públicas en la Constitución española"; por la Dra. M<sup>a</sup> del Camino Vidal Fueyo, de la Universidad de Burgos. 5. "Las cláusulas de irreformabilidad en las Constituciones de los Estados de la Europa de los 25"; por Diego Boza Martínez, de la Universidad de Cádiz. 6. "La reforma constitucional: hacia un régimen competencial sistematizado" por el Dr. José Joaquín Fernández Allés, de la Escuela Universitaria Francisco Tomás y Valiente, de la Universidad de Cádiz. 7. "Límites materiales a la reforma constitucional del Senado en España: una lectura desde el patrimonio común europeo de la forma de gobierno parlamentaria"; por D. Juan J. Ruiz Ruiz, de la Universidad de Jaén. 8. "Algunas consideraciones sobre la reforma de la Constitución española de 1978 derivadas de la integración europea"; por la Dra. Noemí García Gestoso, de la Universidad de Vigo. 9. "Materiales doctrinales para la reforma constitucional España"; por el Dr. D. Enrique Belda Pérez Pedrero, de la Universidad de Castilla-La Mancha. 10. "Inclusión de la prohibición de discriminación por orientación sexual en el art. 14 CE, en adecuación a la Constitución europea"; por D<sup>a</sup> María Martín Sánchez, de la Universidad de Castilla-La Mancha. 11. "Reforma constitucional en materia de objeción de conciencia: una aproximación de la Constitución española a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea", por D<sup>a</sup> Sara Sieira Mucientes, de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid y 12. "La reforma de la justicia en el Perú: entre la Constitución y las demandas de la realidad"; por el Dr. Gorki Gonzales Mantilla de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

El seminario, que contó con la presencia de un gran número de profesores e investigadores del Derecho Constitucional que participaron activamente en el mismo, fue clausurado por el Secretario de Estado de Justicia y Catedrático de Derecho Constitucional D. Luis López Guerra.

### ***3. I Jornadas de Verano del Foro de Debate Constitucionanl: "La Reforma de la Constitución" (Ciudad Real, 13 y 14 de julio)***

Tal y como hemos comentado en la reseña anterior el tema de la posible reforma de la Constitución española pareció convertirse de repente en un tema de suma actualidad no sólo para los investigadores del derecho constitucional sino

para todos los estudiosos del mundo jurídico, tras el cambio de signo político del gobierno a raíz de la elecciones de marzo de 2004. Es por ello, que el Foro de Debate Constitucional, colectivo promovido por una veintena de alumnos y profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha también fue sensible a este interés por la reforma de nuestra Carta Magna y organizó unas jornadas que se desarrollaron durante los días 13 y 14 de julio en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real.

A lo largo de dos días se afrontó el estudio de las principales propuestas de reforma de la *norma normarum*, comenzando estas jornadas con una ponencia de carácter general sobre la reforma constitucional, los mecanismos de la misma y la necesidad de consenso para abordarlos, a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, D. Alfonso Fernández Miranda. El resto de conferencias tuvieron un contenido más específico. Así, el profesor titular de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, hizo referencia a una de las propuestas de reforma de mayor calado desde el punto de vista político como es la reforma del Senado, definida como cámara de representación territorial aun cuando de su composición actual no puede deducirse esa territorialidad. Las distintas posibilidades de reforma de la Cámara Alta, así como los beneficios de conseguir que la misma represente realmente a las regiones del Estado español fueron el núcleo de su intervención

El matrimonio del Príncipe Heredero, unido a una cuestión que ya venía suscitándose desde hacía tiempo como era la discriminación que suponía la primacía del varón a la mujer en la sucesión al trono, hizo que la reforma de la regulación en este aspecto se convirtiera en una cuestión de máxima actualidad. Debía acometerse la reforma en este punto antes de que el nuevo matrimonio tuviese descendencia y había que darse prisa dada la complejidad del mecanismo de reforma a utilizar que requería Cortes Generales distintas a las que aprobaron el proyecto de reforma e incluso referéndum, simplificando mucho la explicación del mismo. A este aspecto se dedicó la conferencia impartida por D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha.

En lo que se refiere a las Comunidades Autónomas y la reforma de la Norma Suprema son dos los ámbitos a los que hay que referirse, la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y la reforma de ciertos

artículos relacionados con las mismas y que hoy han perdido parte de su sentido como los artículos 143 y 148 de la Constitución. El Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado desarrolló en su conferencia los problemas que están planteando algunas Comunidades Autónomas, como la vasca, a la hora de reformar sus Estatutos de Autonomía. En principio la reforma de estas normas organizativas de las regiones no debería tener ninguna repercusión en la Constitución, ya que no podrían exceder el ámbito de la misma. No obstante algunas Comunidades Autónomas parecen estar iniciando el camino de ruptura con las normas básicas sobre la autonomía política que ofrece nuestra Carta Magna, por lo que como apuntó el Magistrado el Estado de derecho debe jugar todas sus bazas para evitar que se produzca esta extralimitación. El Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, D. Roberto Blanco Valdés abordó el tema de las Comunidades Autónomas históricas y la reforma de la Constitución.

Pese a que en muy pocas ocasiones se hace referencia a ello, los derechos fundamentales también pueden y en muchos casos deben ser sometidos a una reforma puesto que se han quedado vacíos de contenidos o mejor dicho con un contenido muy limitado frente a la evolución de la sociedad. Es por ello que tal y como apuntó en su exposición M<sup>a</sup> Paz Moreno Expósito, becaria de investigación de la UCLM, es necesario crear nuevos derechos constitucionales y reformar algunos de los ya existentes para que puedan dar cabida a las nuevas demandas sociales.

Las primeras jornadas de debate organizadas por este foro de debate constitucional no podían tener un cierre más brillante con la conferencia de clausura impartida por el actual Ministro de Justicia, D. Juan Fernando López Aguilar, que a su vez es Catedrático de Derecho Constitucional que puso de manifiesto las modificaciones específicas que su gobierno pretende acometer para revalidar la capacidad integradora de la Constitución.

***4. IX Jornadas de Derecho Constitucional: “Libertades de expresión e información” (Ciudad Real, 28 y 29 de octubre)***

Siguiendo la línea de estudio de derechos fundamentales marcada por las Jornadas de Derecho Constitucional que organiza el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha y que se desarrollan en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real; la novena edición de las mismas se dedicó al análisis de las libertades de expresión e información.

Durante los días 27 y 28 de octubre alumnos de Derecho y Relaciones Laborales tuvieron la ocasión de escuchar a reputados especialistas en Derecho Constitucional y de participar en los debates y mesas redondas organizadas tras las ponencias de los Catedráticos de Derecho Constitucional que participaron en estas jornadas.

El estudio del artículo 20 de la Constitución que tiene por objeto el reconocimiento y protección de la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones fue la finalidad perseguida por los organizadores de estas jornadas cuya dirección correspondió a los profesores titulares de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Francisco Javier Díaz Revorio y D. Tomás Vidal Marín. Para ello se impartieron seis conferencias que abordaron los aspectos fundamentales de estos pilares del Estado Democrático y de Derecho que son las libertades objeto de examen.

Nada mejor para iniciar las sesiones que delimitar desde un primer momento cuando estamos refiriéndonos a la libertad de expresión y cuando nos movemos en el campo de la libertad de información. Los hechos no son juicios de valor y por tanto para invocar la protección del artículo 20 de la Constitución debemos distinguir cuando estamos ante la libre expresión o difusión de opiniones y cuando ante la información o revelación de unos hechos. Este fue el marco de la conferencia impartida por el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, D. Juan José Solozabal Echevarría.

Las libertades de expresión e información al igual que cualquier otro derecho fundamental no carecen de límites y en concreto en relación con estas libertades constituyen límites importantes de las mismas el derecho al honor y a la intimidad de terceros. Al binomio libertad de expresión e información y vida privada

y al *balancing test* realizado por el Tribunal Constitucional en la resolución de los asuntos que sobre estos derechos le llegan se dedicaron las conferencias de los profesores Marc Carrillo, Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra; Artemi Rallo Lombarte, Catedrático de la Universidad Jaime I de Castellón y Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de la UCLM.

La relación de estas libertades con el pluralismo informativo y la creación de los medios de comunicación, así como el análisis de los procedimientos judiciales en relación con el derecho de información y la exigencia de veracidad fue tratada por los Catedráticos de Derecho Constitucional; D. Francisco J. Bastida Freijedo, de la Universidad de Oviedo y D. Eduardo Espín Templado, de la UCLM y Magistrado del Tribunal Supremo.

Las conferencias mencionadas fueron completadas por comunicaciones que incidieron en alguno de los aspectos tratados y que fueron impartidas por miembros del Área de Derecho Constitucional.

Al igual que en ediciones anteriores y como un signo evidente del afianzamiento de las mismas, la novena edición de estas Jornadas contó con un gran número de asistentes.

### ***5. V Jornadas de Justicia Constitucional: “Los procesos de Conflicto” (Toledo, 15 y 16 de diciembre)***

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, acogió los días 15 y 16 de diciembre la quinta edición de las Jornadas de Justicia Constitucional, dedicadas en esta ocasión a los procesos de conflicto.

Durante dos días el foro universitario toledano fue testigo de excepción del análisis y debate acerca de una de las competencias del Tribunal Constitucional, como es la de actuar como un órgano resolutor de conflictos, bien sean conflictos competenciales, de atribuciones o el siempre polémico conflicto en defensa de la autonomía local.

El Catedrático de Derecho Administrativo y Letrado del Tribunal Constitucional, D. Ignacio Borrajo Iniesta fue el encargado de iniciar estas jor-

nadas con una exposición general muy detallada sobre el tema de las mismas, haciendo especial hincapié en dos temas, a saber: el pacto constitucional para la creación del Estado de las Autonomías y la relación del Tribunal Constitucional con otros Tribunales a la hora de solventar conflictos territoriales y de actuar de garante del reparto de poder establecido por el bloque de la constitucionalidad entre Estado y Comunidades Autónomas. La gran labor de equilibrio institucional que cumple el Tribunal Constitucional en el marco del Estado de las Autonomías fue una de las conclusiones extraídas de esta primera ponencia.

El repaso de los efectos que producen las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de conflicto, publicidad, vinculación de los poderes públicos y efectos *erga omnes*; así como el contenido necesario y accesorio de las sentencias resolutorias de los conflictos de competencia, que deben siempre estar vinculados de un modo u otro a la titularidad de la competencia controvertida fueron los aspectos tratados en este primer día de las Jornadas por el asesor jurídico del Gobierno de Navarra, D. Manuel Pulido Quecedo y por el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado.

El segundo día de las jornadas se dedicó al estudio de los conflictos entre órganos del Estado, o conflictos de atribuciones. El objeto de estos conflictos es tal y como puso de manifiesto en su conferencia, el profesor D. Ángel Gómez Montoro, de la Universidad de Navarra, la resolución de las controversias que pueden surgir en el reparto de atribuciones entre órganos del Estado.

El Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de San Pablo de Olavide, D. Manuel Terol Becerra, trató el tema de la impugnación de disposiciones autonómicas ante el Tribunal Constitucional, que sólo compete al Estado a través del Gobierno estando vedada esta vía procesal para las Comunidades Autónomas, que no pueden recurrir por este camino disposiciones del Estado. Esta edición de las jornadas se cerró con la conferencia del profesor titular de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Enrique Belda Pérez Pedrero, que tras realizar un repaso acerca de la doctrina general sobre este procedimiento puso de manifiesto los principales problemas y contradicciones en las que incurre esta impugnación de normas con fuerza de ley estatales o autonómicas que vulneran la autonomía local.

Tal y como viene siendo habitual, estas jornadas, dirigidas por D. Francisco Javier Díaz Revorio, profesor titular de la UCLM y con la secretaría de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup>. Martín Sánchez, tuvieron una gran asistencia de público.

### ***6. Otras actividades de Derecho Público***

#### ***IV Edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos (Toledo, 12 a 29 de enero).***

La cuarta edición de los Cursos de Postgrado para iberoamericanos, volvió a tener su sede en el antiguo convento de San Pedro Mártir, hoy Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y durante el mes de enero de 2004 supuso una nueva ocasión para el encuentro de profesionales jurídicos de iberoamérica en la ciudad de Toledo.

En esta edición se ofertaron siete programas académicos en el marco del Derecho Público:

I. "La gestión de los servicios públicos en el marco de la nueva economía"; dirigido por el Dr. D. Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho Administrativo de la UCLM y coordinado por el Dr. D. Jesús Punzón Moraleda, Profesor de la UCLM.

Este programa, tiene como objeto de estudio el nuevo papel del Estado en este milenio, como un agente económico más en el mercado, analizando a lo largo de 33 lecciones el concepto de servicio público y la situación de servicios tan relevantes como las telecomunicaciones, el servicio postal, la radio, la televisión, la gestión de residuos, el abastecimiento del agua o el transporte aéreo, entre otros.

II. "Contratación y mercados financieros internacionales"; dirigido por el Dr. D. Ángel F. Carrasco Perera, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM y coordinado por la Dra. D<sup>a</sup> Ana Carretero García, Profesora de la UCLM.

El análisis de las cuestiones relativas a la celebración de contratos internacionales y a los problemas y peculiaridades que esto plantea en los mercados financieros se desarrolla exhaustivamente en 14 lecciones: 1. Régimen institu-

cional del comercio internacional; 2. El mercado único europeo; 3. Comercio de productos agroalimentarios; 4. Operaciones societarias típicas; 5. Compraventa internacional de mercancías; 6. Contratos de transporte internacional de mercancías; 7. Nuevas tecnologías aplicadas al comercio internacional; 8. Contratos sobre propiedad industrial; 9. Medios de pago y financiación del comercio internacional; 10. Procedimientos concursales; 11. Arbitraje internacional y litigación; 12. Compensación y liquidación de valores en los mercados financieros internacionales; 13. *Project finance* internacional; 14. *Practicum* sobre redacción y negociación de contratos internacionales.

III. "Garantías, reforma y defensa de la Constitución"; dirigido por los doctores D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la UCLM; y coordinado por la Dra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, Profesora de la UCLM.

Pese a la garantía democrática que reviste todos los sistemas jurídicos de los Estados europeos y de otros muchos países del mundo, es necesario garantizar la supremacía y eficacia de la Constitución. Al análisis de los mecanismos de defensa de la norma suprema se dedica este curso estructurado en cuatro bloques: 1. La defensa de la Constitución en el constitucionalismo actual; 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional; 3. La reforma como defensa de la Constitución; 4. La defensa extraordinaria de la Constitución.

IV. "La regulación y aplicación de los tributos: nuevas orientaciones"; dirigido por el Dr. D. Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero de la UCLM y coordinado por D<sup>a</sup> Saturnina Moreno González, Profesora de la UCLM.

El programa propuesto se divide en tres módulos dedicados al estudio de los nuevos principios conceptuales del derecho tributario y las nuevas posturas que adoptan los distintos sujetos tributarios: 1. Principios constitucionales; 2. Tributo y categorías tributarias. Tipos de obligaciones tributarias; 3. La aplicación de los tributos.

V. "Justicia internacional y crimen organizado"; dirigido por el Dr. D. José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, Catedrático de Derecho Penal de la

UCLM y coordinado por el Dr. D. Eduardo Demetrio Crespo, Profesor Titular de la UCLM.

El curso ofrecido estudia con rigor y profundidad los principales problemas que plantea un ámbito especialmente complicado como es de la lucha contra la criminalidad organizada. Se estructura en dos módulos: 1. Análisis de los contenidos penales del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional y 2. El crimen organizado.

VI. "El acceso a la justicia: rapidez y eficacia del proceso civil y del proceso penal"; dirigido por el Dr. D. Nicolás González-Cuellar Serrano, Catedrático de Derecho Procesal de la UCLM y coordinado por la Dra. D<sup>a</sup> Ágata M<sup>a</sup> Sanz Hermida, Profesora Titular de la UCLM.

El objetivo de este curso de postgrado es llevar a cabo un análisis del sistema procesal desde sus componentes fundamentales, para lo cual se divide en tres módulos: 1. Parte General; 2. El acceso a la justicia civil y 3. El acceso a la Justicia Penal.

VII. "La garantía de los derechos en un mundo global"; dirigido por los doctores D. Juan Ramón de Páramo Argüelles, Catedrático de Filosofía del Derecho de la UCLM y D. Antonio Baylos Grau, Catedrático de Derecho del Trabajo de la UCLM y coordinado por los Profesores Titulares D<sup>a</sup>. Rosario Gallardo Moya y D. Santiago Sastre Ariza.

De una manera conjunta las Áreas de Derecho del Trabajo y Filosofía del Derecho desarrollan este programa dedicado al análisis de los efectos de la globalización en el ámbito de la garantía de los derechos. Se divide en tres bloques: 1. Garantía de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos; 2. La garantía de los derechos sociales en la dimensión supranacional y transnacional y 3. Igualdad, democracia y derechos sociales.



---

---

## IV. SEMBLANZAS BIOGRÁFICAS

---

---

### SUMARIO

- *Luis Arroyo Jiménez, “Vicente Santamaría de Paredes”*



**VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES**

*Luis Arroyo Jiménez*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

Relata Sánchez de Toca que Vicente Santamaría de Paredes (1853-1924) tuvo a los diez años "la desventura de resultar en orfandad de padre y madre, quedando en desamparo de bienes de fortuna que le apremiaban acelerar sus estudios profesionales"<sup>1</sup>. En efecto, a partir de ese momento su trayectoria académica sólo puede calificarse de vertiginosa. A los dieciséis años se diploma como profesor mercantil, a los veinte adquiere el grado de doctor, en 1874 consigue una plaza de profesor auxiliar de Derecho político y administrativo en Madrid -superando en la oposición a Joaquín Costa-, e inmediatamente después, en 1876, obtiene la cátedra de Derecho político y administrativo en la Universidad de Valencia. Tras el fallecimiento de Manuel Colmeiro en 1894 asume la cátedra de Derecho político y administrativo de la Universidad Central, de cuya Facultad de Derecho terminaría siendo decano ya entrado el nuevo siglo. Fuera de las puertas de la Universidad destacan sin duda su condición de miembro de la Real Academia de la Historia y de la de Ciencias Morales y Políticas, así como la presidencia del Consejo de Estado, una vez éste había perdido, en 1904, la función jurisdiccional en beneficio del Tribunal Supremo. No menos notable fue su trayectoria política. Tras su primera elección en 1886 como diputado por Motilla del Palancar, es reelegido en varias ocasiones como fusionista, hasta que en 1903 es nombrado senador vitalicio. En diciembre de 1905 asume el cargo de Ministro de Instrucción Pública en el Gobierno formado por Segismundo Moret. Una vida pública, pues, plagada de méritos, que le fueron finalmente reconocidos mediante la concesión en 1920 del título de Conde de Santamaría de Paredes.

Por lo que respecta a su producción científica, la obra de Santamaría se caracteriza por encontrarse abierta a otras disciplinas distintas de las que propiamente centraron su labor académica<sup>2</sup>, así como a algunos de los problemas jurídico-políticos de mayor actualidad a finales del siglo<sup>3</sup>. En cualquier caso,

1. Cfr. Sánchez de Toca, J., *Discurso necrológico del Excmo. Sr. don Vicente Santamaría de Paredes, conde de Santamaría de Paredes*, académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, pronunciado por su presidente en la sesión del 29 de enero de 1924, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1924, pág. 8.

2. Santamaría de Paredes, V., *Principios del Derecho Penal con aplicación al código español*, Establecimiento tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1872.

3. Santamaría de Paredes, V., *La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo*. Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso extraordinario de 16 de marzo de 1872, Tipografía del Colegio Nacional de Sordo-Mudos y de Ciegos, Madrid, 1874; *El movimiento obrero contemporáneo*. Discurso de recepción leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 15 de mayo de 1893, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1893; *El concepto de organismo social*, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1896.

entre sus publicaciones destacan sin duda sus Cursos de Derecho político<sup>4</sup> y de Derecho administrativo<sup>5</sup>, que juntos constituyen un corpus unitario elaborado a partir de la consideración del segundo como una rama del primero<sup>6</sup>.

En una acertada descripción del Curso de Derecho administrativo, que puede extenderse al otro sin violencia, Nieto lo califica de "libro excelente: lógico en su planteamiento, riguroso en su desarrollo y claro en su exposición"<sup>7</sup>. Pero más allá de estas cuestiones, los Cursos proporcionan una certera visión del pensamiento político y filosófico de su autor. Santamaría de Paredes es un producto de la restauración<sup>8</sup>, y estas dos obras representan, conjuntamente, la mejor cristalización de algunos de los rasgos propios de la ciencia jurídica del periodo: el conservadurismo, la cautela, el compromiso y la voluntad de superar el pasado<sup>9</sup>. Más allá de su adscripción al partido de Sagasta, en efecto, la obra de Santamaría refleja fielmente el espíritu conservador que impregna por entero el canovismo, y constituye una muestra de la "tradición absoluta y rigurosamente conservadora" del Derecho administrativo<sup>10</sup>.

Sin embargo, en la obra de Santamaría la actitud señalada no resulta incompatible con una más que evidente influencia de parte del krausismo y una relati-

4. Santamaría de Paredes, V., *Curso de Derecho político según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente*, 6ª ed. (por la que se cita), Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1898 (1ª ed., Valencia, 1880).

5. Santamaría de Paredes, V., *Curso de Derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, 7ª ed. (por la que se cita), Librería de Fernando Fé, Madrid, 1911 (1ª ed., Madrid, 1885). Tanto éste como el Curso de Derecho político están prologados por Eduardo Pérez Pujol, maestro de Santamaría.

6. "No son estas dos ciencias hermanas o coordinadas que se deriven, con independencia recíproca, de un tronco común [el Derecho público], según de ordinario se afirma; sino que el Derecho administrativo surge del Derecho político, por lo cual la ciencia de aquél está subordinada a la de éste". Cfr. *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., pág. 40.

7. Cfr. Nieto, A., "Introducción general", en VV.AA., 34 artículos seleccionados de la *Revista de Administración Pública* con ocasión de su centenario, INAP, Madrid, 1983, pág. 13 y ss. (50).

8. La expresión es de Nieto, A., "Introducción general", op. cit., pág. 49.

9. Cfr. Nieto, A., ult. loc. cit.: "Los restauradores -en la ciencia como en la política- evitan los problemas y crean fórmulas, conscientemente imperfectas, pero que tienen la gran virtud de facilitar el reposo, que es lo que, en determinadas circunstancias, España necesita. La tragedia vino luego, cuando perdieron conciencia del sentido provisional de estas fórmulas y quisieron convertir en definitivas las soluciones de compromiso, transformando la paz en inmovilismo".

10. Cfr. Santamaría Pastor, J. A., *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1973, pág. 22. Baste como ejemplo remitirnos a las reflexiones del autor a propósito de la soberanía o de la monarquía constitucional en el *Curso de Derecho político*, op. cit., pág. 150 y ss., y 357 y ss.

va cercanía a los institucionalistas. Respecto de lo primero, Gil Cremades ha calificado a Santamaría como un "hombre marginal" del que ha venido a denominarse krausismo español, "concomitante con la cuarta ola, la de Alas y Costa, principalmente"<sup>11</sup>. Esa influencia resulta especialmente patente en su temprana obra *La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo*, en la que profundiza en las relaciones entre trabajo y capital desde un organicismo corregido en un sentido individualista<sup>12</sup>. Con el paso del tiempo la impronta krausista en Santamaría se iría difuminando<sup>13</sup>, pero incluso en obras posteriores, como el *Curso de Derecho político*, es posible encontrar un planteamiento claramente organicista, así como un diálogo fluido con la obra de Krause y sus discípulos<sup>14</sup>. Por otro lado, aún sin ser él mismo un personaje destacado en el movimiento<sup>15</sup>, sí mantuvo ciertas relaciones con los institucionalistas. Así lo atestigua, por ejemplo, su condición de miembro del Instituto de Reformas Sociales, y de la primera Junta de Gobierno de la Junta de Ampliación de Estudios, constituida en 1907<sup>16</sup>.

Pero la producción científica de Santamaría de Paredes no es por sí sola capaz de dar cuenta de la significación histórica que como jurista le correspon-

11. Cfr. Gil Cremades, J. J., *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 61.

12. Santamaría afirma buscar "la armonía social desde el individuo en su propia determinación - como el fisiólogo estudia el organismo corpóreo desde la célula en su inmanencia-". Cfr. *La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo*, op. cit., págs. 240 y ss., *apud* Gil Cremades, J. J., op. cit., pág. 118 y ss.

13. Para un análisis detenido, vid. Gil Cremades, J. J., en *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, op. cit., pág. 290 y ss.

14. Cfr., por ejemplo, *Curso de Derecho político*, op. cit., págs. 109 y ss., especialmente 119 y ss.

15. Gómez Molleda lo califica, sin embargo, de "destacado institucionalista", además de señalar que durante su etapa en el Ministerio impulsó un proyecto de ley de autonomía universitaria que no terminó prosperando. Cfr. Gómez Molleda, M. D., *Los reformadores de la España contemporánea*, Madrid, 1966, págs. 439 y 48, *apud* Martín Rebollo, L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, IEA, Madrid, 1975, pág. 132, en nota.

16. En 1897 Santamaría fue profesor de José Castillejo en la Universidad Central, durante el segundo año de carrera de éste último. En los primeros días de 1905, nada más hacerse cargo del Ministerio de Instrucción Pública, Santamaría lo llama a su lado, confiándole la gestión de las pensiones concedidas para realizar estancias en el extranjero. Sobre ambas cuestiones vid. *Un puente hacia Europa I (1896-1909)*. Epistolario de José Castillejo, Castalia/Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1997, pág. 37 y ss., y 316 y ss. En la pág. 326 de esta obra, David Castillejo cuestiona sin embargo la sintonía entre Santamaría y los hombres de la Institución: "Al descubrir Castillejo la imposibilidad de mover nada con ese ministro, Giner habló, al parecer, con Moret. Éste le pidió que redactara un plan general para la pedagogía del país y el enfoque que debía darse a los temas culturales. El borrador, escrito por Giner con fecha de 6 de junio, sería la primera muestra del triunvirato -Giner, Cossío, Castillejo- en acción. Un par de días después, Moret cesó a Santamaría como Ministro de Instrucción Pública, y el 10 de junio nombró a Alejandro San Martín".

de. En efecto, Santamaría pertenece a la especie del jurista-político que, a caballo entre la cátedra y los pasillos del Congreso, contribuye directamente a la transformación y al desarrollo del ordenamiento jurídico. Me refiero, claro está, al protagonismo que correspondió a Santamaría durante el proceso de elaboración parlamentaria de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888, y que hasta la fecha viene siendo conocida, precisamente, con su apellido. Santamaría fue el autor del dictamen de la ponencia en el seno de la Comisión del Congreso de los Diputados. Tanto en ese texto como en el discurso que pronuncia ante la cámara el 14 de diciembre de 1887, se propone la instauración de un denominado sistema armónico o mixto, llamado a alcanzar un equilibrio entre las posiciones que mantenían conservadores y liberales respecto de la naturaleza del sistema de justicia administrativa<sup>17</sup>. No obstante, tal y como ha demostrado Martín Rebollo el texto sufrió importantes modificaciones durante su discusión en el Senado, de modo que la Ley finalmente aprobada presentaba notables diferencias respecto del texto de la primera ponencia y, por tanto, del planteamiento armónico de Santamaría.

Una vez más aparece la idea central del pensamiento de Santamaría: la armonía, el equilibrio, en definitiva, el compromiso. Pero no cualquier compromiso: si en el terreno de la política la armonía encuentra en la transacción su principal instrumento, en el propio de la ciencia aquélla no se confunde con el eclecticismo. Un planteamiento armónico pretende conciliar elementos aparentemente antitéticos, resolviendo la tensión "en un principio superior común, que es el concepto de las sociedades como seres orgánicos, cuyos elementos se enlazan y coordinan armónicamente, a la manera como se relacionan las diferentes partes del cuerpo humano". Para ilustrar las diferencias que el eclecticismo presenta con la armonía, en fin, el propio Santamaría recuerda el modo en que Ferrari ridiculiza "el procedimiento de los ecléticos: si una escuela, dice que cuatro y cuatro son ocho, y otra afirma que cuatro y cuatro son diez, el eclecticismo resuelve que cuatro y cuatro son nueve, por puro amor al término medio"<sup>18</sup>.

17. Vid., Martín Rebollo, L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, op. cit., especialmente pág. 362.

18. Cfr. *Curso de Derecho político*, op. cit., pág. 121 y ss.



**Dep. Legal:** TO-984-2000  
**ISSN:** 1139-0026  
**Edita:** Cortes de Castilla-La Mancha  
**Diseño:** Jer Publicidad  
**Impresión:** Da Vinci

---

---





