

**ESTUDIOS:** G. GARCÍA ÁLVAREZ: *Algunas consecuencias del reconocimiento constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado.* J.E. NIETO: *¿Protagonistas o actores de reparto? A propósito de los sujetos intervinientes en la evaluación ambiental de planes y programas.* A. SERRANO y M.P. TERUEL: *La evaluación del desempeño en las administraciones públicas, tras la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público: retos y oportunidades para su implantación en las entidades locales.* F. GRACIA y L. LATORRE: *Ética administrativa: reflexiones desde la función pública.* **DEBATES:** L. MARTÍN-RETORTILLO: *Un profesor de la Facultad de Derecho metido a senador.* J. RODRÍGUEZ-ARANA: *El derecho administrativo en el siglo XXI: nuevas perspectivas.* J.B. LORENZO DE MEMBIELA: *La gestión por objetivos como instrumento de medición de la eficiencia administrativa.* D. SERNA: *Algunas notas sobre el nuevo régimen de la subcontratación en el sector de la construcción.* **ESTUDIOS TURÍSTICOS:** J. TUDELA: *Régimen jurídico y renovación del turismo rural.* P. BENAVIDES: *La propuesta de Directiva sobre protección de los consumidores de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y su incidencia en el ordenamiento jurídico español.* **JURISPRUDENCIA:** C. COELLO y F. GONZÁLEZ BOTIJA: *A vueltas con la ejecución de sentencias en materia de empleo público en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.* S. DE LA SIERRA: *Derechos fundamentales y cine en el Consejo de Europa.* **CRÓNICAS. BIBLIOGRAFÍA.**

**ESTUDIOS:** J.L. MEILÁN: *Cuestiones fundamentales de la Ley 8/2007 de Suelo.* A. EZQUERRA: *El modelo español de ordenación farmacéutica en el contexto comunitario europeo de libertad de establecimiento.* J. GUILLEM: *La reforma del marco competencial del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.* M. DÍAZ MUIÑA e I. MURILLO: *La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena administración.* **DEBATES:** J. RODRÍGUEZ-ARANA: *El marco constitucional del urbanismo en España.* P. CORTÉS: *Algunas iniciativas parlamentarias en materia de igualdad en las Cortes de Aragón.* M.I. RIVAS: *Tres años desde la entrada en vigor de la Ley del Sector Ferroviario.* M.M. DE LA PEÑA: *Los principios que limitan la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.* J.M. RECIO: *Puestos de trabajo, potestad organizatoria de las administraciones públicas y control judicial.* C. FANTACCHIOTTI: *Los pueblos de colonización en las Cinco Villas. Una propuesta a las expectativas para su desarrollo.* **ESTUDIOS TURÍSTICOS:** J. RODRÍGUEZ-ARANA: *Sobre la distribución de competencias en materia de turismo.* M. CORCHERO: *Las oficinas de turismo: concepto, organización y funciones.* R. ARCARONS, V. GOITIA y N. GONZÁLEZ: *La clasificación hotelera en la Unión Europea: un mercado poco común.* R. ARCARONS y O. CASANOVAS: *De la jurisprudencia amenazante a la legislación atenazante. Análisis del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y su incidencia en la organización, programación y venta de viajes combinados.* S. CASTEL: *Las nuevas tecnologías en la actividad de la administración turística.* J. FACAL y M. PEZ-ZUTTI: *Apuntes para una reforma de la ley de turismo.* **JURISPRUDENCIA:** R. LLADOSA: *Sociedades mercantiles públicas y jurisdicción: la necesidad de una nueva jurisprudencia.* E. CONTÍN: *Extensión de los efectos de la sentencia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.* **DERECHO COMPARADO:** S.E. VENTURA: *Breve aproximación a la jurisdicción contencioso-administrativa en El Salvador. Aspectos esenciales y elementos contrastantes con el modelo español.* **CRÓNICAS. BIBLIOGRAFÍA.**

MONOGRÁFICOS

- I. G. MARCOU, H. SIEDENTOPF (EDS.): **Condiciones institucionales de una política europea de ordenación del territorio**
- II. R. SALANOVA, M. CONTRERAS, L. PÓMEZ (EDS.): **Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos**
- III. J. TUDELA (ED.): **Régimen jurídico de los recursos turísticos**
- IV. A. CAYÓN GALIARDO (ED.): **Internet y Derecho**
- V. M.A. BOLDOVA (ED.): **El nuevo Derecho penal juvenil español**
- VI. L. POMED, F. VELASCO (EDS.): **Ciudadanía e inmigración**
- VII. A. GARCÍA URETA (ED.): **Régimen de prevención y control integrados de la contaminación**
- VIII. F. LÓPEZ RAMÓN (ED.): **De la reforma estatutaria**
- IX. G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.): **El nuevo régimen del suelo**
- X. J.M. GIMENO FELIÚ (ed.): **El derecho de los contratos del sector público**

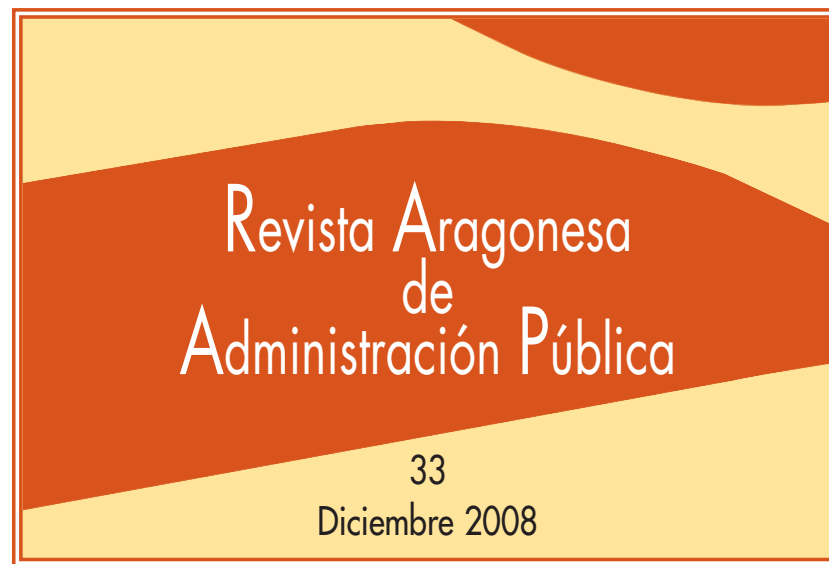
SUMARIO

RARAP núm. 33 (2008)

	Páginas
<b>Lista de colaboradores</b> .....	7
<b>ESTUDIOS</b>	
<b>L. Martín-Retortillo:</b> <i>Los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea y su incidencia en España</i> .....	11
<b>M. Bassols:</b> <i>El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas</i> .....	43
<b>M. Zambonino:</b> <i>El servicio público de educación superior en las universidades públicas</i> ....	61
<b>J. Tudela:</b> <i>El camino perdido. La identidad en el proceso de reformas estatutarias</i> .....	107
<b>DEBATES</b>	
<b>M. Contreras:</b> <i>A propósito de la colaboración entre las comunidades autónomas</i> .....	143
<b>A. Monge Gil:</b> <i>La propuesta de directiva comunitaria relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza</i> .....	151
<b>M.J. González Ordovás:</b> <i>La voluntad de la forma. La ciudad como espejo. A propósito de las evoluciones o mutaciones sociales</i> .....	169
<b>J.B. Lorenzo de Membiola:</b> <i>Jerarquía como competencia en la organización administrativa</i> .....	189
<b>M.J. García:</b> <i>Desarrollo urbano sostenible versus crecimiento descontrolado: una vuelta a la rehabilitación urbana</i> .....	217
<b>C. Mesa:</b> <i>El concepto de riesgo y la protección social a la infancia en Aragón: un análisis socio-jurídico</i> .....	247
<b>ESTUDIOS TURÍSTICOS</b>	
<b>J.M. Pérez Monguió:</b> <i>El régimen del turismo activo en España desde la perspectiva andaluza</i> .....	281
<b>CRÓNICAS Y PRÁCTICA</b>	
<i>La responsabilidad de los ayuntamientos y de los arquitectos municipales en el control de la aplicación del código técnico de la edificación (A. Pérez Moreno)</i> .....	349
<i>Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2008 (J. Álvarez)</i> .....	377
<i>Crónica del XVII Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo (M<sup>o</sup>.C. de Guerrero Manso)</i> .....	399
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	

33  
Diciembre  
2008

Revista Aragonesa  
de  
Administración Pública



CONSEJO DE REDACCIÓN

**Antonio Brun Macipe**  
Director General de la Función Pública, Gobierno de Aragón

**Antonio Cayón Galiardo**  
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario,  
Universidad Complutense de Madrid

**Manuel Contreras Casado**  
Catedrático de Derecho Constitucional,  
Universidad de Zaragoza

**Antonio Embid Irujo**  
Catedrático de Derecho Administrativo,  
Universidad de Zaragoza

**Antonio Fanlo Loras**  
Catedrático de Derecho Administrativo,  
Universidad de La Rioja

**Gema Gareta Navarro**  
Directora General de Presupuestos, Tesorería y Patrimonio,  
Gobierno de Aragón

**Agustín Garnica Cruz**  
Director del Instituto Aragonés de Administración Pública

**Ana María Iguácel Pérez**  
Asesor del Justicia de Aragón.

**Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**  
Catedrático de Derecho Administrativo,  
Universidad Complutense de Madrid

**Luis Pomed Sánchez**  
Letrado del Tribunal Constitucional

**María José Ponce Martínez**  
Directora General de Servicios Jurídicos,  
Gobierno de Aragón

**Manuel Ramírez Jiménez**  
Catedrático de Derecho Constitucional,  
Universidad de Zaragoza

**Luis Roldán Alegre**  
Director General de Organización, Inspección y Servicios,  
Gobierno de Aragón

**Lourdes Rubio Sánchez**  
Directora General de Administración Local,  
Gobierno de Aragón

**Ramón Salanova Alcalde**  
Secretario General Técnico de la Vicepresidencia,  
Gobierno de Aragón

**José Tudela Aranda**  
Letrado de las Cortes de Aragón

**Director: Fernando López Ramón**  
Catedrático de Derecho Administrativo,  
Universidad de Zaragoza

**Secretaria: Olga Herráiz Serrano**  
Letrada de las Cortes de Aragón



Departamento de Presidencia



Departamento de Presidencia

REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

33

**Diciembre**

**Año 2008**

## REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en disquete de ordenador.

2. Los epígrafes que subdividan la exposición debieran responder a la siguiente secuencia:

**I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales.** Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.

El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un RESUMEN y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.

3. Las citas bibliográficas debieran responder a los siguientes modelos:

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del libro*, Ciudad, Editorial, año, p. X (o p. X ss.).

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del capítulo o de la colaboración*, en el vol. col. dirigido por Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del volumen colectivo*, Ciudad, Editorial, año, p. X (o p. X ss.).

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del artículo*, en «Nombre de la Revista» (o en abreviaturas, tipo RAP; si se trata de la RArAP se indicará «en esta REVISTA»), núm. H (año), p. X (o p. X ss.).

En sucesivas citas, bastará con indicar APELLIDO APELLIDO, *Título, incluso abreviado*, cit., p. X (o X ss.).

También cabe organizar las citas exclusivamente por el sistema de lista alfabética final, incluyendo en el texto referencias del tipo: APELLIDO APELLIDO (año), p. X (o p. X ss.).

4. Los originales se someterán a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo de Redacción (11 de cuyos miembros son externos al Gobierno de Aragón, que publica la Revista, y que cuenta con otros 7 miembros). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la Revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la Revista una lista de dichos evaluadores.

5. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, su correspondiente NIF, su dirección completa y un número de teléfono de contacto o, en su caso, dirección de correo electrónico.

6. La aceptación de la publicación de un trabajo en la *Revista Aragonesa de Administración Pública* conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés ([www.derechoaragones.es](http://www.derechoaragones.es)) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

## LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

**Suscripciones:** Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

*Edita:* Gobierno de Aragón  
Departamento de Presidencia

*I.S.S.N.:* 1133-4797

*Depósito Legal:* Z. 730-93

*Imprime:* Talleres Editoriales COMETA, S.A.

## SUMARIO

RArAP núm. 33 (2008)

	<i>Páginas</i>
<i>Lista de colaboradores</i> .....	7
ESTUDIOS	
L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: <i>Los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea y su incidencia en España</i> .....	11
M. BASSOLS COMA: <i>El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas</i> .....	43
M. ZAMBONINO PULITO: <i>El servicio público de educación superior en las Universidades públicas</i> .....	61
J. TUDELA ARANDA: <i>El camino perdido. La identidad en el proceso de reformas estatutarias</i> .....	107
DEBATES	
M. CONTRERAS CASADO: <i>A propósito de la colaboración entre las Comunidades Autónomas</i> .....	143
A. MONGE GIL: <i>La propuesta de directiva comunitaria relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza</i> .....	151
M.J. GONZÁLEZ ORDOVÁS: <i>La voluntad de la forma. La ciudad como espejo. A propósito de las evoluciones o mutaciones sociales</i> .....	169
J.B. LORENZO DE MEMBIELA: <i>Jerarquía como competencia en la organización administrativa</i> .....	189
M.J. GARCÍA GARCÍA: <i>Desarrollo urbano sostenible versus crecimiento descontrolado: una vuelta a la rehabilitación urbana</i> .....	217
C. MESA RAYA: <i>El concepto de riesgo y la protección social a la infancia en Aragón: un análisis socio-jurídico</i> .....	247
ESTUDIOS TURÍSTICOS	
J.M. PÉREZ MONGUIÓ: <i>El régimen del turismo activo en España desde la perspectiva andaluza</i> .....	281

SUMARIO

CRÓNICAS Y PRÁCTICA

<i>La responsabilidad de los ayuntamientos y de los arquitectos municipales en el control de la aplicación del código técnico de la edificación</i> (A. PÉREZ MORENO) .....	349
<i>Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2008</i> (J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ) .....	377
<i>Crónica del XVII Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo</i> (M <sup>o</sup> .C. DE GUERRERO MANSO) .....	399

BIBLIOGRAFÍA

BIELZA DE ORY: <i>Introducción a la ordenación del territorio. Un enfoque geográfico</i> , Zaragoza, 2008 (F. LÓPEZ RAMÓN).....	407
DEL OLMO ALONSO: <i>El derecho urbanístico del s. XXI. Libro Homenaje al profesor Martín Bassols</i> , Barcelona, 2008 (J.L. BERMEJO LATRE) .....	411
PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL: <i>En busca de los montes ocultos. Investigación y catalogación de los montes públicos en la provincia de Zaragoza (1855-1905)</i> , Zaragoza, 2008 (L.F. BIENDICHO GRACIA) .....	413
REGO BLANCO: <i>La acción popular en el derecho administrativo y, en especial, en el urbanístico</i> , Sevilla, 2005 (M.J. LATORRE MARTÍN).....	429

## LISTA DE COLABORADORES(\*)

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín:  
Profesor Titular de Derecho  
Financiero y Tributario,  
Universidad de Zaragoza.

BASSOLS COMA, Martín:  
Presidente de la Asociación  
Española de Derecho  
Urbanístico.

BERMEJO LATRE, José Luis:  
Profesor Titular de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Zaragoza.

BIENDICHO GRACIA, Luis Francisco:  
Director de la Asesoría Jurídica  
de Aramón Montañas de  
Aragón, S.A.

CONTRERAS CASADO, Manuel:  
Catedrático de Derecho  
Constitucional, Universidad de  
Zaragoza.

DE GUERRERO MANSO, María del  
Carmen: Profesora Ayudante  
de Derecho Administrativo,  
Universidad de Zaragoza.

GARCÍA GARCÍA, María Jesús:  
Profesora Titular de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Valencia.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José:  
Profesora Titular de Filosofía del  
Derecho, Universidad de  
Zaragoza.

LATORRE MARTÍN, María Jesús:  
Técnica urbanista, Diputación  
Provincial de Huesca.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando:  
Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Zaragoza.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.:  
Doctor en Derecho, Letrado de la  
Administración de la Seguridad  
Social, Albacete.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo:  
Catedrático Emérito de Derecho  
Administrativo, Universidad  
Complutense de Madrid.

MESA RAYA, Carmen:  
Diplomada en Trabajo Social,  
Licenciada en Ciencias Políticas y  
de la Sociología, Funcionaria del  
Gobierno de Aragón.

MONGE GIL, Ángel Luis:  
Profesor Titular de Derecho  
Mercantil, Universidad de  
Zaragoza.

---

(\*) FE DE ERRATAS: Por error, en el número anterior de esta REVISTA se consignó que Ricardo LLADOSA REDONDO, colaborador del mismo, era «Abogado, Zaragoza», cuando su condición profesional es «Jefe de administración de Ecociudad Valdespartera Zaragoza, Licenciado en Derecho y Economista».

LISTA DE COLABORADORES

PÉREZ MONGUIÓ, José María:  
Profesor Contratado Doctor,  
Universidad de Cádiz.

PÉREZ MORENO, Alfonso:  
Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad  
de Sevilla.

TUDELA ARANDA, José:  
Letrado de las Cortes de Aragón,  
Profesor Asociado Doctor de  
Derecho Administrativo,  
Universidad de Zaragoza.

ZAMBONINO PULITO, María:  
Profesora Titular de Derecho  
Administrativo, Universidad  
de Cádiz.



# **ESTUDIOS**

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN ESPAÑA (Con especial referencia a la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007)<sup>(\*)</sup>**

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS: 1. La idea del «recurso judicial efectivo». 2. La garantía penal.— II. LA ARRAIGADA PRESENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS TRATADOS EN QUE SE BASA LA UNIÓN EUROPEA.— III. LA CODIFICACIÓN QUE REPRESENTA LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.— IV. HACIA LA PLENA EFICACIA DE LA CARTA.— V. EL DOBLE EFECTO DE LA LEY DE RATIFICACIÓN: 1. La normal funcionalidad para que entre en vigor un tratado 2. El compromiso adicional que representa la referencia expresa a la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución.— VI. ALGUNOS CONTENIDOS DE LA CARTA ESPECIALMENTE INTERESANTES.*

*RESUMEN:* Desde hace unos años, el Derecho Comunitario iba acumulando numerosas previsiones en el campo de los derechos fundamentales, pero de una manera dispersa y con muy diferente densidad jurídica. Tras numerosos esfuerzos, se aprobó, en el Semestre Francés, en 2000, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin perjuicio de surtir algunos efectos, faltaba dotarla de virtualidad jurídica plena. Lo que se intentó hacer con la Constitución Europea, aunque el empeño no salió adelante. Ahora, el Tratado de Lisboa, en trance de ratificación, pretende darle a la Carta valor de norma constitucional. Se suscita, ante todo, el interrogante de cual haya de ser el alcance de la Carta en España. Por su parte, la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa suscita interesantes problemas a los que conviene pasar revista, para irse preparando.

*Palabras Clave:* Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; derechos fundamentales; Ley española de ratificación del Tratado de Lisboa; Tratado de Lisboa.

---

(\*) Conferencia pronunciada en Zaragoza, en el Palacio de la Aljafería, el 28 de octubre de 2008, en el Curso de Perfeccionamiento de Jueces y Magistrados, «Derecho Administrativo y Derecho Europeo», organizado por las Cortes de Aragón y el Consejo General del Poder Judicial.

*ABSTRACT: For some years common EU law has accumulated a lot of measures about human rights, but in a scattered way and with different legal denseness. After many efforts, during the French semester, in 2000, it was proclaimed the Charter of Fundamental Rights by European Union. Without prejudice to taking some effects, it was necessary to give it full legal worth. The same thing as it was attempted with the European Constitution although that determination did not work. Now, the Treaty of Lisbon, in process of being ratified, tries to consider the Charter as a constitutional regulation. It is aroused the question about the scope of the Charter in Spain. On the other hand, the Fundamental Law that authorizes the Spanish ratification of the Treaty of Lisbon stirs up interesting problems that must be looked through to be prepared.*

*Key words: Charter of Fundamental Rights of the European Union; fundamental rights; Spanish Fundamental Law that authorizes the ratification of the Treaty of Lisbon; Treaty of Lisbon.*

## **I. INTRODUCCIÓN: LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS**

Siempre que hablo de derechos fundamentales me parece inexcusable recordar al inicio, aunque sea muy brevemente, dos ideas que conviene tener en cuenta sin falta. Ante todo, lo que me gusta denominar la interconexión de los ordenamientos jurídicos, lo que hoy sería una de las características de los sistemas jurídicos, de especial relieve en el campo de los derechos fundamentales, el hecho de que hoy la fórmula de las fuentes del derecho se ha complicado sobremanera, de forma que hay que tener en cuenta sí, y ante todo, el Derecho nacional, el producido aquí en España, pero que hoy se completa con muy variadas normas que provienen de los más diversos lugares: es una situación de penetración y de mezcla, con presencia de muy diversos ordenamientos jurídicos. Y eso, porque lo hemos querido expresamente, muy a la vista el papel que desempeñan preceptos como los artículos 96, 93 y 10.2 de la Constitución. No insistiré ahora sobre este tema, al que he dedicada atención en otros lugares (1), pero me parece imprescindible para desarrollar el tema que me corresponde tener en cuenta esta situación de pluralismo normativo.

En segundo lugar, es útil tener muy presente la importancia que ofrece para los derechos fundamentales lo que podemos denominar el aspecto simbólico. Los hombres necesitamos representaciones claras y simples, algo que nos atraiga y nos lleve, reglas que entren fácilmente por los ojos y puedan retenerse sin dificultades. Sabemos que la coacción es un medio para que el

---

(1) Me remito a mi libro, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Cuadernos Civitas, 2004.

Derecho pueda realizarse, pero el ideal es que las reglas se asuman y se interioricen hasta que lleguen a generar las respuestas pretendidas por la norma. Y no es una utopía lo que digo, sólo que se necesitan arduos trabajos para alcanzar ese estadio y un decidido afán por acercar el derecho a los ciudadanos. Diré que sería el prototipo de Estado civilizado —y cada uno de Ustedes podrá pensar en no pocos ejemplos— aquel en que los ciudadanos respetan espontáneamente las reglas jurídicas. Aunque bien sabemos lo que nos falta para alcanzar estas cotas en España. En este sentido, me quedé muy perplejo cuando hace tres años, en la campaña para el referéndum sobre el Tratado que pretendía establecer la Constitución Europea, no se explicaba a los ciudadanos en qué consistía lo que se pretendía aprobar —no fueron llamados los especialistas para que desgranaran y acercaran al público las complejas reglas del derecho Comunitario—, sino que mayoritariamente —y, a salvo de notables excepciones— se contó con el concurso de «los famosos» —de ambos sexos— para que recavaran el «sí», sin mayores explicaciones. ¡Así no se hace Europa! Poco será por eso todo lo que se haga por acercar el Derecho a los ciudadanos y, de ahí, el significado de los símbolos.

Dicho lo cual, conociendo como es nuestra sociedad —y no, como nos gustaría que fuera—, se impone recordar dos significativas líneas para resaltar el peso efectivo que debe jugar la Justicia a la hora de afianzar la operatividad de los derechos fundamentales. Hablo por eso de «judicialización».

## **1. La idea del «recurso judicial efectivo»**

En efecto hoy, y dicho muy en síntesis, en la teoría jurídica, no se puede hablar de derechos fundamentales y libertades públicas, si no se puede disponer inmediatamente, en caso de violación, de la opción de acudir a un juez independiente para clamar justicia. Diría que esta alternativa formaría parte incluso de la definición: sin recurso judicial efectivo no hay derecho fundamental. Fue una regla que, como se recordará, y tras muy importantes antecedentes, sería generalizada y consagrada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 —por lo que no estará de más rendirle homenaje en sus sesenta años de vida—, cuando establecía en el artículo 8, «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley». A partir de ahí alcanzaría una importante generalización, como por ejemplo, en lo que a nuestro ámbito se refiere, en el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 —en cuya defensa ha jugado un destacado papel la

jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo—, o en el artículo 53 de la Constitución Española. Lo que ha conducido a la generalización y al uso reiterado, como testimonio de exigencia, del importante párrafo paradigmático del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que dice que «el Convenio trata de proteger derechos efectivos y no ilusorios o teóricos» (2).

## 2. La garantía penal

Algo más sutil nos ofrece la otra línea que indicaba, en cuanto produce sus efectos de manera indirecta, si bien no menos importante ni menos necesaria en realidad. Cuando se exponen los compromisos que el Estado debe asumir en relación con los derechos fundamentales, son varias las formas de proceder que pueden contemplarse. A veces, se reclama un mero dejar hacer, como por ejemplo no interferir la libertad de expresión, que no haya censura previa, así. En otras ocasiones se reclama, en cambio, una postura activa directamente encaminada a facilitar el derecho contemplado: si no hay escuelas, si no se buscan profesores, no puede hacerse realidad el derecho a la educación; si no se organizan los Juzgados y Tribunales, si no se dota a los juzgadores y al resto del personal, no puede lograrse el derecho a la tutela judicial efectiva. Pues bien, es normal que en relación con un buen número de derechos y libertades, precisamente para que se afiancen y sean efectivos, hay que despegar una intensa actividad disuasoria frente a la negación o cercenamiento de tales derechos y libertades. No basta con afirmar el derecho a la vida: hay que poner en marcha una enérgica actividad para disuadir a los que pretenderían atentar contra él. Lo que exige la adopción de las diversas medidas de seguridad, pero se traduce, también, en la criminalización en el Código Penal de las conductas contrarias a ese derecho. Lo mismo que debe haber delitos contra los que alteran la libertad religiosa, o la libertad sindical, delitos contra los que depredan el medio ambiente o la ordenación urbanística, etc. Acaso no se diría a simple vista, pero es mucho lo que puede hacerse desde una eficiente y legítima organización policial y, también, desde el Derecho penal, para la garantía de importantes derechos y libertades.

En definitiva, la teoría de los derechos fundamentales reclama el efectivo cumplimiento de las Declaraciones de Derechos, lo que podemos denominar la *eficacia* de las mismas. El importante papel de los Tribunales al respecto, se traduce en el protagonismo que deben desempeñar, tanto cuando deban

---

(2) Afirmación muy reiterada, que puede encontrarse, por ejemplo, en la sentencia «Moreno Gómez c. España», de 16.XI.2004, p. 61.

estar prestos a enjuiciar cualquier intromisión indebida de los Poderes Públicos, normalmente desde la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como cuando, en sede penal, hayan de hacer aplicación de esos delitos que están pensados para disuadir de conductas contrarias, en suma, para proteger por esa vía indirecta los derechos y libertades.

## II. LA ARRAIGADA PRESENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS TRATADOS EN QUE SE BASA LA UNIÓN EUROPEA

Objeto de nuestro estudio van a ser los derechos fundamentales desde la situación a la que se ha llegado en la evolución del Derecho Comunitario, es decir, contando fundamentalmente con el reconocimiento, que se espera próximo, del pleno vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —a la que, en adelante, me referiré simplemente como «la Carta»—, que, esperemos, no tarde en producirse. Pero antes de llegar a ello, ha habido, hay, una larga historia (3). Tengo por eso interés en recalcar, como vengo haciendo siempre que puedo, que el Derecho Comunitario Europeo (4) ha sido fértil, desde hace tiempo, en previsiones sobre derechos fundamentales (5). Muchos de los cuales, por cierto, entran de lleno en el campo del Derecho administrativo, no en balde en esta disciplina se engloban no pocas de las previsiones del Derecho Comunitario. Pero ahora quiero recalcar esta idea de la arraigada presencia de previsiones sobre derechos fundamentales

---

(3) El presente trabajo es continuación y complemento de lo que he estudiado en ocasiones anteriores. Me remito así a mis artículos, *Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, y *El debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, recogidos ambos ahora en mi reciente libro, *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*, Edición de El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

(4) Para una exposición del sistema comunitario, de su evolución, de sus instituciones y de sus reglas jurídicas me remito al libro básico de Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2007, con muy cuidada bibliografía y selección jurisprudencial, así como a la sugestiva síntesis de Luis MARTÍN REBOLLO, *Introducción a los Tratados Comunitarios y al estudio del Derecho y de las instituciones europeas. Origen y evolución de las Comunidades Europeas. Los Tratados fundacionales. Las instituciones comunitarias. Libertades básicas y políticas comunitarias. El Derecho comunitario*, en sus *Leyes Administrativas*, 14<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 253 y ss.

(5) En relación con los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea y su evolución, véase, por todos, Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas*, capítulo XVIII del volumen colectivo, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, II, Civitas, Madrid, 1986, así como Ricardo ALONSO GARCÍA, que ha dedicado muy interesantes trabajos al tema, a partir de su importante aportación, *Derechos fundamentales y Comunidades Europeas*, en, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, Civitas, Madrid, 1991, 799 y ss.

en la situación anterior a la entrada en vigor de la Carta, y desde hace ya bastante tiempo. De esta manera, intento salir al paso de la inexplicablemente arraigada opinión de la ausencia de respeto del Derecho Comunitario por los derechos fundamentales. Eso sería en una primera época, pero desde entonces, ha corrido mucha agua bajo los puentes. Está, por un lado, la importante página, de la que ahora prescindiré, representada por la labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *descubriendo* derechos fundamentales, a través de la técnica de los principios generales del derecho deducidos de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, que dio lugar a muy relevante jurisprudencia. Es que ha habido el más vivo interés —siempre en medio de muy profundas discusiones, como sucede siempre en la organización europea y como corresponde a un *club* con tantos socios y, sobre todo, con tan diversos intereses— por ir incorporando a los Tratados consistentes previsiones sobre derechos fundamentales. De una manera decidida, desde el Acta Única, de 1986; muy señaladamente en el Tratado de la Unión, o Tratado de Maastricht, de 1992, pero, sin falta y sin desmayo, en cada una de las versiones siguientes. En medio siempre de vivas discusiones, incluso con altibajos —insisto que es una metodología siempre presente en la Unión—, que también puede contemplarse sin falta en los más recientes pasos —se hablará luego de algunas reticencias frente a la Carta—, pero con el resultado de un significativo avance, y la consecuencia de una amplia presencia de disposiciones sobre derechos fundamentales.

Lo que sucede es que tan importantes, abundantes y consistentes previsiones aparecen dispersas, mezcladas y difuminadas, a la vez que ostentaban muy variada densidad jurídica. Lo cual es sin duda fruto de la forma habitual de legislar en la Comunidad, normalmente «por acumulación», en esa fase en que no se había llegado aún a la necesidad de introducir una racionalización en el campo de los derechos fundamentales.

Resulta evidente lo de la dispersión. En la pequeña muestra que voy a ofrecer, rastreando por entre los Tratados, pasamos del Tratado de Roma —o Tratado Constitutivo, tras sus diversas modificaciones— al Tratado de la Unión, y dentro de cada unos de ellos, de sus afirmaciones iniciales a los preceptos traseros.

Dígase lo mismo de la diferente densidad: hay preceptos inmediatamente vinculantes, que deben ser aplicados sin más, dirigidos directamente a las instituciones europeas pero también a los Estados miembros —y cuando digo Estados miembros hay que incluir sus diversos órganos o poderes, sea el Parlamento, sean los Tribunales o sean las Administraciones Públicas (la General del Estado, las Autonómicas y las Locales)—, lo mismo que, de forma más

matizada, hay previsiones que requieren ulterior desarrollo y, a veces, el mandato es el de asegurar determinadas cuantías o calidades o, incluso, el de poner en práctica determinadas políticas, etc. Es muy cierta la diferente intensidad normativa de las previsiones de los Tratados, como por otro lado suele ser frecuente en los sistemas constitucionales.

Ello complica, sin duda, el papel de los aplicadores jurídicos y fuerza a saber encontrar, a separar y a seleccionar. Cosa, por demás no muy infrecuente en los sistemas jurídicos, sobre todo cuando se diluye, a consecuencia de la acumulación desordenada, el protagonismo de los cuerpos codificados. Pero, con todo, no se impide que sea real la presencia referida, y que haya que contar con ella sin falta. Me animo, por eso, a ofrecer una pequeña selección, a modo de botón de muestra, que evidencia como se habían ido incorporando previsiones importantísimas (6).

Comencemos por algo de gran trascendencia: cómo se quiso que quedara situada la Unión Europea ante instrumento de tanta fuerza y prestigio como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa,

«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» (7).

Pasemos a otro tema, la postura ante la pena de muerte. Se puede evocar, a modo de símbolo importante para la cultura europea de los derechos humanos, la Primera de las Declaraciones adoptadas por la Conferencia Intergubernamental y que figuran como anejas al Acta Final del Tratado de Ámsterdam, en el sentido de que la Conferencia recuerda que el Protocolo número 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que ha sido firmado y ratificado por una amplia mayoría de Estados miembros, prevé la abolición de la pena de muerte. En este contexto, la Conferencia observa —se dice—, que tras la firma de dicho Protocolo el 28 de abril de 1983, la pena de muerte ha sido abolida en la mayoría de los Estados miembros de la Unión y que no ha sido aplicada en ninguno de ellos.

---

(6) Para las citas que vienen a continuación me remito a mi informe, *Los derechos fundamentales según los Tratados en que se basa la Unión Europea*, recogido ahora en mi libro citado, *Los derechos fundamentales y la Constitución*.

(7) Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht (citado en adelante como TUE), artículo 6.2.



Muy importante también el posicionamiento de la Unión a favor de superar la discriminación por razón del sexo:

«La Comunidad tendrá por misión (entre otras) la de promover la igualdad entre el hombre y la mujer» (8).

«Cada Estado garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor» (9).

«El Consejo (...) adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor» (10).

De interés, así mismo, la referencia al Defensor del Pueblo:

«El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales» (11).

No falta la referencia al derecho de petición:

«Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, así como a las demás instituciones y órganos de la Comunidad, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente» (12).

Grande ha sido la atención dedicada a la protección de datos personales:

«Los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos serán de aplicación a las instituciones y organismos establecidos por el Tratado Constitutivo de la Comunidad o sobre la base del mismo» (13).

---

(8) Tratado Constitutivo de la Comunidad, o Tratado de Roma (citado en adelante como TCE), 2.

(9) TCE, 141.1.

(10) TCE, 141.3.

(11) TCE, 195.1.

(12) TCE, 194.

(13) TCE, 286.1.

A destacar, también, el interés por lo cultural y señaladamente por la educación:

«La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común» (14).

«La acción de la Comunidad implicará, entre otras, una contribución a una enseñanza y a una formación de calidad, así como al desarrollo de las culturas de los Estados miembros» (15).

«La Comunidad contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística» (16).

No faltará la atención a la protección de la salud:

«La acción de la Comunidad implicará, entre otras, una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud» (17).

«Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana» (18).

Así mismo, la protección de los consumidores:

«La acción de la Comunidad implicará, entre otras, una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores» (19).

Especial énfasis quiero poner en relación con lo que ha representado el sistema comunitario para la protección del medio ambiente, muy conscientes en España de la enorme trascendencia que ha tenido entre nosotros, muy presente la reflexión de cómo estaría nuestro medio ambiente si no hubiéramos ingresado en el club comunitario:

«La Comunidad tendrá por misión promover, entre otros, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente» (20).

«La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situa-

---

(14) TCE, 151.1.

(15) TCE, 3.1.q).

(16) TCE, 149.1.

(17) TCE, 3.1.p).

(18) TCE, 152.1.1º.

(19) TCE, 3.1.t).

(20) TCE, 2.

ciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga» (21).

Valga, como referencia final, para culminar tan representativa selección, la mención a la responsabilidad patrimonial de los órganos comunitarios:

«En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» (22).

De una manera o de otra, con bien diversa respuesta desde la teoría de las fuentes del derecho, lo cierto es que el elenco, que quiere ser sólo indicativo, testimonia sobradamente acerca de la preocupación de la Unión Europea por esos valores jurídicos que aglutinamos bajo la rúbrica de derechos fundamentales y libertades públicas. Y también, dejando de lado otros, he insistido en aquellos que tienen señalado relieve para el Derecho administrativo: superación de las discriminaciones, preocupación por el medio ambiente, por la protección de la salud, por la defensa de los consumidores, por la responsabilidad patrimonial, etc.

### **III. LA CODIFICACIÓN QUE REPRESENTA LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA**

De pronto se cae en la cuenta de la necesidad de racionalizar el campo de los derechos fundamentales y se va a llegar así a la ausplicable codificación, contando, como decía, con que en una organización tan compleja y con tantos intereses internos contrapuestos, como la Unión Europea, es compleja siempre cada toma de decisión, sin que deje de ser extraño que a veces se dé un paso atrás, ya con valor general, ya en relación con algo muy concreto o, incluso, con incidencia sólo para alguno de los Estados miembros. Ciertamente el propósito de avanzar en la racionalización, requirió una laboriosa tarea previa de preparación, como he destacado en otras ocasiones, de la que mencionaría, por dar una muestra significativa, lo que representó el famoso Informe Pintasilgo, del Comité de Sabios, que se publicó

---

(21) TCE, 174.2.

(22) TCE, 288.2º.

en 1996 (23), muy rico en contenidos y sugerencias, y que propugnaría decididamente que se avanzara en la garantía de los derechos sociales.

Habría, ciertamente, muchos aspectos a debatir, muchas líneas abiertas a resolver. Ante todo, ¿era necesaria una nueva Declaración de Derechos? ¿No sería suficiente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa, ya asumido por el Tratado de Maastricht, como vimos, y con el resto de los contenidos referidos? Muy presente siempre la cuestión de los problemas que ocasionaba la *conversión en Derecho Comunitario del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, con el problema nada baladí —que requería atención muy especial en el «Informe Pintasilgo»—, de las relaciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es decir, el temido duelo Estrasburgo-Luxemburgo, o el dilema de quién había de tener la última palabra sobre el Derecho Comunitario. Muy presente la realidad, sobre todo, de que en el Consejo de Europa participan un buen número de Estados que nada tienen que ver, por el momento, con la Unión Europea, lo que hace que en el Tribunal de Derechos Humanos, haya jueces, en proporción nada despreciable, ajenos al Derecho Comunitario.

Y, por supuesto, si se tomaba la decisión, había que aprovechar para, a la par que reunir, aumentar y poner al día el elenco y perfilar y profundizar alguna de las manifestaciones. Acabo de aludir a la reivindicación de los derechos sociales, tan neta aspiración de nuestro tiempo. Que el Estado se abstenga en materia de libertad de expresión y no se tolere la censura previa, por ejemplo, sería algo en principio sencillo y sin duda barato, una vez que se asume su significado político. Los derechos sociales son, en cambio, un campo sembrado de dificultades y obstáculos. ¿Cuánto cuesta atender a cada uno de ellos? ¿Hasta dónde se llega en cada caso? ¿Fórmula similar para todo el territorio de la Unión? ¿Habría que dejar, en cambio, que la ley precise exhaustivamente, en cada caso, y para cada país? No hay que ocultar que en los derechos de contenido y alcance difícilmente evaluable a priori, no pocos Estados se mostraban reticentes a la fuerza vinculante directa de la proclamación, sin poder saber exactamente a qué se comprometían, y, por ello mismo, desconfiando del *activismo judicial*, que podría deparar sorpresas insospechadas, especialmente sensibles para los países que se jactan de cuidar sus magnitudes presupuestarias.

Partiendo de que había que contar con una serie de reservas y preven- ciones, se asumió, al fin, que había que lograr una Declaración de Derechos

---

(23) Véase mi trabajo citado, *Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*.

de la Unión Europea. Se había acrecentado el sentimiento de que la organización europea era algo que quedaba muy alejado de los ciudadanos. Había que hacer frente, también, al sentimiento, un tanto insólito, como dije, pero muy repetido, del desinterés de las antiguas Comunidades por los derechos fundamentales, así como abordar de alguna manera lo que los críticos suelen denominar el *déficit democrático* de la Unión. Sentimientos un tanto insólitos, digo, pues ya recalqué antes la amplia presencia de derechos fundamentales en los Tratados, y lo del déficit democrático, nunca lo he entendido demasiado, me da la impresión de que es argumento de los «euroescépticos», dado que la Unión está integrada por Estados democráticos, de cuyas cúspides provienen quienes van a tomar las grandes decisiones de la Unión, aparte de la presencia del Parlamento Europeo. Es como si se dijera que las Naciones Unidas no son una institución con legitimación democrática, dado que los ciudadanos no participan en sus instituciones, dado que la responsabilidad está encomendada a los representantes de los Gobiernos.

Cobró fuerza así la idea de codificar todos los contenidos referentes a derechos fundamentales y libertades públicas dispersos a lo largo de los Tratados, desde el afán de facilitar un texto claro y ostensible a los ciudadanos: que fuera sencillo saber cuales eran sus derechos, cuales sus deberes. Es esa una de las virtudes de las declaraciones de derechos, como paladinamente se reconocía en el modélico Preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789: «con la intención de que esta Declaración constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social les recuerde sin cesar sus derechos y deberes». Pretensión, la señalada, con la que, al mismo tiempo, se trataba de facilitar ciertamente la labor de los aplicadores jurídicos. Y se halló ocasión propicia en el «semestre francés», el segundo semestre de 2000, al final del cual, y tras un interesante proceso de elaboración, del que no es cuestión de ocuparse ahora (24), la Carta fue solemnemente proclamada el 7 de diciembre de 2000 por quienes estaban al frente de los tres órganos de gobierno de la Unión Europea, la Presidente del Parlamento Europeo, la señora Weil, el Presidente del Consejo, que lo era a la sazón el Presidente de la República Francesa, Mr. Chirac, y el Presidente de la Comi-

---

(24) Del tema me he ocupado en diversos trabajos, véase últimamente, *El debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, citado. Muy viva, la temprana visión de quién fue redactor de la Carta nombrado a propuesta del Presidente del Gobierno Español, profesor Álvaro RODRÍGUEZ-BEREJÚO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, lección inaugural del curso académico en la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 2000. Recientemente, con muy amplia documentación, ALONSO GARCÍA, Ricardo y SARMIENTO, Daniel, *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, Concordancias, Jurisprudencia*, Civitas, 2006.

sión, el señor Romano Prodi. Y aparecería publicada en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

#### IV. HACIA LA PLENA EFICACIA DE LA CARTA

La Carta se elaboró, se aprobó, se proclamó solemnemente y se publicó. Pero con eso, no está dicho todo. Convendrá precisar algo de su metodología, en lo que afecta decididamente a su contenido, y habrá que referirse también al complejo proceso en lo que atañe a su eficacia. Porque las dificultades existentes en el momento de la elaboración y a las que antes me refería, las reticencias en cuanto a su contenido, dejarían su impronta en aspectos determinantes. Téngase en cuenta que se trata, como es obvio, de un instrumento que hubo de ser aprobado por unanimidad. Pues bien, para conseguir la aprobación, hubo que pagar algún precio. Lo que me lleva a fijarme en una doble perspectiva, de una parte, en la tan diferente estructura interna de los diversos preceptos de la Carta, con las secuelas que puedan derivar para su efectividad, y me lleva también, de otra parte, a la decisiva cuestión de la eficacia de la Carta.

A. En cuanto a la estructura interna, se ha optado, decididamente, por hacer un texto, sin diferencias exteriores o aparentes —hay sólo una ordenación sistemática, pero sin que pretenda reflejar prioridades— pero en el que la prosa de los diferentes artículos, según su propia expresión, tendrá muy diferente fuerza normativa, porque se va a poder hablar de derechos y libertades, de una parte, y de principios, de otra. Todos los preceptos forman parte de la Carta, pero su fuerza no va a ser la misma. Es decir, de alguna manera se ha optado por el criterio de la *diferente densidad normativa* a que me refería antes, al analizar la situación tal y como se ofrecía en los Tratados antes de la elaboración del nuevo instrumento.

Del mismo modo que en la Constitución Española, en el Título I, no tienen la misma funcionalidad los preceptos del Capítulo Tercero, al regular los principios rectores de la política social y económica, que van a precisar necesariamente de la intermediación del legislador, que los preceptos de la famosa Sección 1<sup>ª</sup>, del Capítulo Segundo, que vinculan directamente y son de aplicación inmediata —sin perjuicio de que el Legislador pueda concretar y puntualizar—, también vamos a encontrar significativas diferencias entre los diferentes preceptos de la Carta, a la vista de la tan diferente redacción que ofrecen. Señalaría en concreto, y sin mayor afán de precisión en este momento, estas tres modalidades en la manera de redactar los compromisos que cada precepto de la Carta viene a representar.

1. Hay preceptos con fuerza vinculante directa e inmediata, como cuando se proclama que «Toda persona tiene derecho a la vida», o que «Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado», como predica el artículo 2, o cuando el artículo 7 consagra que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones».

2. Hay preceptos que predeterminan claramente su contenido a lo que disponga el Derecho de cada uno de los Estados miembros. Podemos tomar como ejemplo lo que se establece en relación con la «Protección de la salud», a tenor de la primera frase del artículo 35: «Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales». Similar metodología se adopta, entre otros, en el precepto inmediatamente anterior, sobre «Seguridad social y ayuda social». No es difícil deducir que han de ser bien diferentes los efectos y la virtualidad entre los supuestos anteriores y estos últimos en que el contenido del derecho proclamado habrá de amoldarse a la respuesta que dé la ley de cada Estado.

3. Aún es posible detectar un tercer nivel, el que podríamos denominar de los compromisos programáticos, en el cual los preceptos, si resultan sin duda obligatorios por el mero hecho de pertenecer a la Carta, dejan un amplio margen a la hora de su concreción efectiva y ofrecen, en cambio, vivos problemas en cuanto a su operatividad en el día a día. Haciendo en suma muy difícil —que es lo que nos va a interesar ahora— qué es lo que haya de decir el juzgador en el supuesto de que un ciudadano pretenda hacer uso del «recurso judicial efectivo». Bien claro es el ejemplo que ofrece el artículo 36, dedicado a la «Protección de los consumidores»: «Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección a los consumidores». Del todo similar es la metodología del precepto inmediatamente anterior, el dedicado a la «Protección del medio ambiente»: «Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medioambiente y la mejora de su calidad». Se están orientando las políticas, que quedan así predeterminadas, aunque hay un enorme margen para la dirección que se vaya luego a seguir. Pero por la propia configuración del precepto, no parece se esté pensando que un juez ampare a un ciudadano concreto, no se le dan elementos efectivos de concreción y valoración.

B. Especialmente problemático —y de ahí su interés— ha resultado el problema de la eficacia de la Carta. Se aprobó, en efecto, se logró una Declaración dándose así un gran paso en la línea de lo simbólico, pero se dejó en el aire un aspecto determinante, el de su eficacia. ¿Qué efectos iba a produ-

cir la Carta? Señalaba antes que fue *proclamada* solemnemente. Pero es que, aún publicada en el Diario Oficial, no fue *promulgada*. De hecho, no se le revistió de la forma de ninguno de los instrumentos normativos que conoce el Derecho constitucional de la Unión. Destacaba la solemne firma de los tres altos dignatarios. Como tuve ocasión de afirmar tempranamente, «Pero, con todo, eso sería una fórmula de compromiso que no resolvía el acuerdo. Era algo así como una especie de pantalla para ocultar un hueco que no se había podido rellenar. A falta de acuerdo se convino, en efecto, que la decisión acerca de la eficacia quedaba demorada al año 2004» (25). Es decir, se quiso que la Carta no tuviera eficacia jurídica inmediata, de forma que pudieran sentirse vinculados los Estados miembros.

Con todo, se abrió una fase interesante, en cuanto, a veces, las cosas no son tan sencillas como parece. Porque algún efecto sí que iba a tener la Carta, como destacué en la conferencia que acabo de citar. Por de pronto, las tres instituciones de la Unión que firmaron solemnemente el texto sí se sentían obligadas por él. A modo de ejemplo, me parece muy ilustrativo lo que se indica en la *Comunicación de la Comisión*, de 27 de abril de 2005, titulada «Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión. Metodología para un control sistemático y riguroso» (COM —2005— 172 final), ya en el inicio, en la Introducción:

«La Comisión decidió, el 13 de marzo de 2001, que toda propuesta de acto legislativo y todo acto reglamentario que deba adoptar el Colegio de comisarios serían objeto, en el momento de su elaboración y de conformidad con los procedimientos habituales, de un control previo de compatibilidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Decidió también que las propuestas legislativas y los actos reglamentarios que presenten un vínculo específico con los derechos fundamentales serán objeto de una declaración formal de compatibilidad mediante un Considerando que confirme el respeto de la Carta. El legislador mantendrá en adelante sistemáticamente este Considerando».

Me parece que es un texto sobradamente expresivo. Junto a compromisos internos de este tipo, enseguida comenzó a surtir sus efectos el halo de prestigio que había caracterizado la consecución de la Carta, iniciándose la vertiente del significado simbólico. Soy de los que vivimos con expectación esos momentos, muy pendientes de que cualquier Tribunal u órgano de prestigio citara, se apoyara y, de hecho, reconociera la virtualidad de la Carta,

---

(25) Véase mi trabajo, *La eficacia de la Carta*, texto de la conferencia pronunciada en San Sebastián el 18 de mayo del 2001, en *Jornada* organizada por el Instituto de Estudios Vascos, y que puede consultarse ahora en mi citado libro, *Los derechos fundamentales y la Constitución*.



comunicándonos inmediatamente cada nuevo paso que se lograra. Ya fuera un voto particular de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya fuera el Abogado General, en Luxemburgo, el mismo Tribunal de Primera Instancia, muy tempranamente lo hizo en España el Tribunal Constitucional —aún antes de la aprobación última—, llegándose incluso a la utilización de la Carta por la corte Suprema de los Estados Unidos, etc. En aquella tesitura, sinceramente preocupados por la cuestión de los efectos jurídicos, escribí: «Ante todo, me parece indudable que por su modernidad, por el halo simbólico de que se ha rodeado, la Carta está llamada a convertirse en un *documento de referencia* de gran utilidad. Que está puesto a la disposición de quien quiera comprometerse con él, o quiera utilizarlo» (26). Subrayo esta última frase sobre la que volveré algo más adelante. El caso es que, de hecho, la Carta comenzó a ser tomada en consideración.

C. Los ulteriores avatares de la Carta han sido objeto de tratamiento intensivo y son de sobras conocidos, por lo que ahora dejaré sólo escueta referencia de ellos. Fue un hálito de esperanza comprobar, cuando a partir de 2004 apareció el Proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, cómo la Carta se incorporaba directamente al Tratado, como Parte Segunda, con lo cual se salvaban todos los problemas al prever que quedara con el mismo valor que los Tratados. Se daba así consistencia constitucional al texto. Recuérdese que en aquella tesitura España, tras celebrar un referéndum en febrero de 2005 —que se aprobaría, aunque sin demasiado entusiasmo—, promulgó la Ley Orgánica autorizando la ratificación —la 1/2005—. Aunque es bien sabido que ambos instrumentos quedaron sin objeto, una vez que, tras el fracaso del referéndum en Francia y luego en los Países Bajos, decaería el proyecto de Tratado.

De modo que, cuando ya se daba prácticamente por resuelto el problema de la eficacia de la Carta, ¡otra vez, vuelta a empezar! Lo cierto es que se reaccionó con buenos reflejos al impasse producido tras el fracaso del Tratado constitucional. Tampoco explicaré ahora los pasos que han conducido al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, ni cuales son las fórmulas consensuadas para dar salida a la necesaria reorganización del sistema comunitario europeo. Destacaré, sí, que en lo concerniente a la Carta, su destino se ha marcado de forma tajante, al disponerse, en la nueva redacción prevista para el párrafo primero del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, que: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7

---

(26) *La eficacia de la Carta*, cit.

de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Es decir, se convierte en norma jurídica del mayor rango. De modo que, cuando el nuevo Tratado se ratifique por todos los socios y entre en vigor, se habrá resuelto el problema de la eficacia jurídica, desde una solución de altura, podemos decir.

D. Pero ahora que parece que la plena entrada en vigor de la Carta va en serio, hay que contar con un nuevo freno, bien que de alcance parcial, que parece enturbiar su brillantez. Ciertamente, no es más que testimonio de los recelos que acompañaron al instrumento desde los primeros momentos, en concreto, las reticencias del Reino Unido a asumir compromisos cuyo alcance no pudiera calcular previamente, o, visto el problema desde otra perspectiva, la señalada desconfianza ante el activismo judicial en el campo de los derechos sociales. Por ello, si el texto ha salido adelante, si la Carta se asume por fin, ha debido mediar un Protocolo *ad hoc*, por el que se aseguran significativas excepciones en relación con la aplicación en el Reino Unido, señaladamente en el campo de los más significativos derechos sociales, con referencia expresa también a limitación de opciones jurisdiccionales. Es algo, insisto, que podía intuirse, en cuanto que las reservas aparecieron desde el primer momento. La sorpresa fue que a última hora, aunque por razones bien diferentes, también Polonia se sumó al carro de las especialidades y excepciones. Es la eterna historia del Derecho Comunitario, lleno de preceptos, párrafos, o fórmulas que tuvieron en su origen un destinatario concreto, aunque acaso luego se pierda la memoria. Y no hay opción: o se admiten especialidades, o el juego se paraliza. Es así como del conjunto de previsiones que incluye el Tratado de Lisboa, forma parte también un «Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido» (27), donde ahora sí, con total identificación del

---

(27) Se trata de una especialidad que obviamente asumen todos los Estados miembros. Tras un largo y significativo preámbulo, el Protocolo consta de dos artículos que valdrá la pena reproducir. Dice el artículo 1, «1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.

2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional».

Recordaré que el título IV, que lleva como rúbrica «Solidaridad», y que consta de los artículos 27 al 38, incluye significativos derechos de los que suelen denominarse como sociales: «Segu-

destinatario, se deja bien claro que lo que, en principio, son reglas generales que valen para todos, deben admitir ciertas excepciones para dos de los Estados. Que, por cierto, y me parece oportuno destacarlo aquí, tienen que ver con la garantía judicial en protección de los derechos fundamentales.

## V. EL DOBLE EFECTO DE LA LEY DE RATIFICACIÓN

Cuando el Tratado de Lisboa entre en vigor —decía—, logrará la Carta plena virtualidad. O sea, que lo primero es que el Tratado se ratifique por todos los Estados y pueda así culminar su trayectoria. Cuando había decidida voluntad de resolver la crisis anterior y avanzar hacia las nuevas fórmulas consensuadas, fue un severo contratiempo el fracaso del referéndum en la República de Irlanda. Pero los líderes europeos en este caso parecieron no inmutarse, y seguir adelante como si nada, confiando en que no tarde en producirse ocasión propicia para enmendar el entuerto irlandés. De hecho, las ratificaciones han ido produciéndose a buen ritmo, habiéndose producido sin problemas la ratificación inglesa, que pasaba por ser una de las problemáticas (está claro que Protocolos como el antes referido pueden producir efectos taumatúrgicos). También España ha actuado diligentemente. Merece por eso la pena dedicar cierta atención a la Ley Orgánica por la que las Cortes Generales han autorizado la ratificación, la 1/2008, de 30 de julio (BOE de 31 de julio), que ofrece además algunas especialidades en que vale la pena detenerse.

Si la consecuencia más importante de la nueva Ley Orgánica es dar pie a la ratificación del Tratado de Lisboa, hay en ella algo más, lo que me lleva a hablar del *doble efecto*, o de la doble funcionalidad. Nos va deparar también, por cierto, una curiosa aplicación del artículo 10.2 de la Constitución que pretende incrementar el significado de la Carta. Veamos separadamente ambos aspectos.

---

ridad social y ayuda social» (artículo 34), «Protección en caso de despido injustificado» (artículo 30), «Vida familiar y vida profesional» (artículo 33), «Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa» (artículo 27), etc.

Por su parte, el artículo 2 del Protocolo, dispone: «Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido».

## 1. La normal funcionalidad para que entre en vigor un Tratado

La Ley, es, sobre todo, una Ley para autorizar la ratificación de un tratado internacional. En cumplimiento de las previsiones del artículo 96 de la Constitución, y como ha sucedido siempre que se han ido modificando los Tratados comunitarios, estamos ante el procedimiento para que España, como el resto de los Estados miembros, apruebe las modificaciones y pueda así entrar en vigor el texto. Cuando los «veintisiete», hayan evacuado el correspondiente trámite, previsto por su sistema constitucional, entonces podrá entrar en vigor el Tratado. Y formando parte de la misma operación, adquiriría plena virtualidad jurídica la Carta. Insisto, aunque sea algo obvio: solo tras la ratificación por todos los Estados Miembros, entrará en vigor el Tratado de Lisboa y, por ende, la Carta. La parte de la Ley que a ello se dedica es muy sencilla y simple: el artículo 1 contiene la clásica forma de autorización —que, por lo mismo ni vale la pena reproducir—. Hay una disposición final única, sobre «Entrada en vigor», que para salirse del sistema común del Código civil establece expresamente que la Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación. Sorprende un poco «la prisa», pues hasta que no lo ratifiquen todos los Estados —los 27—, contando con que se halle una fórmula para que Irlanda lo haga, no habría nada que hacer. Teniendo en cuenta, además, que ni estaba a punto de terminar la Legislatura, ni había viso de que se disolvieran adelantadamente las Cortes Generales, ni parecía probable tampoco que el Presidente del Gobierno perdiera la confianza. ¿A qué se debe este interés en adelantar la vigencia de la Ley? Dejemos planteado el interrogante, luego habrá ocasión de volver sobre él.

El clima hoy en la Unión Europea es el de funcionar como si fuera cosa hecha la aprobación del Tratado, contando con que Irlanda ha de hallar la manera para superar el impasse, preparándose, por eso, para la nueva fase. Dejaremos de lado nuestros recelos, a la vista de las reiteradas demoras que ha ido sufriendo la Carta, y lo mejor será, en efecto, prepararse diligentemente pensando que pronto haya de entrar en vigor. Y aquí viene la pregunta que a nosotros puede interesarnos especialmente: ¿En qué medida afectará al Juez español la entrada en vigor de la Carta? Vale la pena, en efecto, enfrentarse con el reto que plantea el interrogante.

1. Como declaración de derechos *de la Unión Europea*, se diría que, obviamente, la Carta afecta a la Unión Europea, es decir, señaladamente, a sus órganos e instituciones. Ello es cierto, pero es sólo parte de la verdad. En efecto, el título último de la Carta, el VII, el que contiene las «Disposiciones

generales», aborda en el primero de sus artículos, el 51, el problema del «Ámbito de aplicación». Son claras sus primeras palabras: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión». Por de pronto queda consignado el efecto obvio, de manera que todos los derechos, libertades o principios proclamados estarán vinculando a toda la organización interna del gran complejo europeo, ya sea el Parlamento o el Tribunal de Justicia, ya el Consejo y la Comisión —o quienes ocupen sus veces—, pero lo mismo las Agencias o cualesquiera instituciones, tanto como organizaciones, como a las personas titulares de las mismas en cuanto actúen a ese título. Tal sería el efecto normal, que por lo mismo no debería ofrecer mayores particularidades, aunque sin duda sea un compromiso que haya de requerir esfuerzos. Pero ya indicamos, al aludir antes a la Comunicación de la Comisión, que algunas de las instituciones ya asumían el compromiso de respeto para con la Carta.

2. Pero la cosa no queda ahí, y ahora vendría lo que más puede interesarnos. Porque el artículo 51.1 citado, indica algo más. Será lo mejor transcribir el apartado íntegro:

«Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución».

Es de destacar la referencia expresa a los Estados miembros. Paso así a comentar la incidencia que se incluye para los Estados miembros.

3. Pero ante todo, permitan que haga un pequeño inciso para lamentarme de un desliz injustificable, que no puedo entender como se le ha colado a las Cortes Generales. Aclararé que estoy tomando el texto de la Carta de la transcripción que hace —como enseguida precisaré con más detalle— la Ley Orgánica 1/2008, que vengo comentando. Cuando tantas voces están clamando por que se hagan bien las leyes, cuando se insiste reiteradamente en la exigencia de la calidad de las leyes —y recordaré así la labor pionera e incesante del profesor Fernando Sainz Moreno (28)—,

---

(28) Yo mismo he dedicado un trabajo a recalcar la importancia que atribuye al problema el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: véase *La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, «Derecho Privado y Constitución» (número homenaje a Javier Salas), 17, 2003, 377 y ss.

no se puede entender que en Ley tan importante como ésta, se haya cometido este lamentable error (29). Porque un error injustificable es hablar ahora en este lugar de «la Constitución». Esto valía cuando el texto de la Carta figuraba como Parte Segunda del Proyecto de Constitución Europea. Pero aquel Proyecto decayó, como dijimos. Hoy habría que hablar en puridad, de las demás Partes «de los Tratados». Lo malo es, además, que el error aparece, al menos en otras dos ocasiones: en el apartado segundo del propio artículo 51 y en el apartado segundo del artículo 52. Insisto que me parece lamentable, no sé lo que harán para corregir el entuerto, que habrá que corregir, ni si se habrá derivado alguna responsabilidad de la falta de supervisión. Pero dejemos ahora lo que es un problema marginal a nuestra línea de razonamiento.

4. El caso es que la obligación de respetar la Carta se proyecta también a los Estados miembros. Lo cual es un dato de enorme significado, que conviene destacar, que nos concierne de lleno, y para el que hay que estar preparados. Los Estados habrán de aplicar la Carta, es decir, deberán sentirse vinculados por ella, «cuando apliquen el Derecho de la Unión». De hecho, se está auspicando una proyección enorme para la Carta.

Se parte del dato obvio de que, en principio, el sistema comunitario no tiene órganos periféricos de aplicación, de modo que son los agentes de los Estados quienes deben dar aplicación al Derecho Comunitario, del mismo modo que se asume que los Jueces y Tribunales internos son también Jueces del Derecho Comunitario: aquéllos están haciendo uso constantemente del Derecho comunitario, lo mismo que éstos lo reflejan con gran frecuencia en sus decisiones. De modo, que unos y otros, habrán de tomar inexcusablemente la Carta como motivo de referencia —cuando entre en vigor—, en cuanto estén dando aplicación al Derecho Comunitario.

Entiendo que cabe hacer aquí unas consideraciones acerca del interesante problema de qué haya que entender por Derecho Comunitario o, con más precisión, cuando estará un Estado —sus autoridades, sus funcionarios o sus jueces— «aplicando el Derecho de la Unión», como dice con precisión el texto de la Carta. Consideraciones que dan por sentado el criterio metodológico, al que al principio me refería, de que, en el hoy y aquí, vivimos en un

---

(29) Acerca del significado del bien hacer en el proceso de elaboración de las leyes —y también, en concreto, de la calidad de las leyes— para una correcta y efectiva presencia del Parlamento en la sociedad, véase recientemente el interesante libro de José TUDELA ARANDA, *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, Congreso de los Diputados, 2008, 150 y ss. Con abundante bibliografía puesta al día.

sistema de «interconexión de ordenamientos jurídicos» (30). Hay una espesa red, de forma que a la hora de aplicar las normas jurídicas, se mezclan las nacionales genuinas con las que provienen de ordenamientos supranacionales o extranjeros, pero que cada uno de los Estados —como España, en nuestro caso—, han asumido libremente.

Se estará aplicando el Derecho de la Unión, sin duda en una serie de supuestos en los que no parece difícil convenir. Así, cuando cualquier operador jurídico de un Estado —pongamos por caso España—, en las circunstancias que sean, esté dando cumplimiento a las disposiciones de cualquiera de los Tratados. Por ejemplo, un Tribunal Español que haya planteado «la cuestión» del artículo 234 TCE al Tribunal de Luxemburgo. Sin duda también cuando se trate del cumplimiento de reglamentos comunitarios. Ante las directivas, el problema es ya algo más complejo. Pero, por de pronto, en los supuestos, sin duda excepcionales, en que no haya habido transposición y haya que dar aplicación inmediata a la directiva, estaríamos también en el caso.

Especialmente interesante resulta el supuesto en que la directiva haya sido transpuesta: se tratará, sin duda, de Derecho español, normalmente la ley correspondiente, elaborada por las Cortes Generales o, en su caso, por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Pero el caso es que, en tales supuestos la norma española está conteniendo, sin falta, Derecho Comunitario. Lo que exigirá, por tanto, que aquélla tenga que ser respetuosa para con la Carta. Y, por lo mismo, permitirá el control a la luz de la Carta. Este supuesto va a abrir un sinfín de oportunidades y de hecho, va a representar, una intensísima incidencia de la Carta. Y va a forzar igualmente a estar atentos a la hora de determinar si una norma española está en realidad incorporando una directiva comunitaria. Puede tenerse muy presente en un momento determinado que tal ley es respuesta directa a exigencias comunitarias. Pero una vez que la norma arraigue, la rutina de la vida cotidiana puede hacer que se olvide el origen comunitario. El caso es que en la realidad son numerosísimas las normas españolas cuyo contenido es inequívocamente —al menos en su gran mayoría— Derecho Comunitario. Y esa gran mayoría de Derecho Comunitario puede estar mezclada con normas genuinas de Derecho español, con una clara tendencia a la simbiosis, o a la creación de zonas de mezcla, con la consecuencia de una poderosa atracción a la hora de dar aplicación a las exigencias de la Carta. Sin salir del ámbito del Derecho administrativo, pienso en la intensísima presencia cotidiana —con todo tipo de litigiosidad en torno— de la legislación de contratos administra-

---

(30) Me remito de nuevo a mi citado libro, *La interconexión de los ordenamientos*.

tivos, lo que ahora, desde una mayor incidencia, contempla la Ley de Contratos del Sector Público, la 30/2007, de 30 de octubre (31). Dígase lo mismo de tantas de las normas que jalonan el ordenamiento del medio ambiente, desde la evaluación de impacto, la prevención y control integrados de la contaminación, la responsabilidad medioambiental, la información y transparencia, a la regulación del medio ambiente sonoro, la que se conoce como Ley del Ruido, la 37/2003, de 17 de noviembre (32). Sin duda, el Derecho ambiental *español* —lo mismo que muchos otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico— van a ser, en su inmensa mayoría, Derecho Comunitario. O pienso, como último ejemplo, en la incidencia que ha de tener en nuestro Derecho sobre el procedimiento administrativo la famosa «Directiva de Servicios», sobre cuya recepción parece se está trabajando.

En definitiva, que por unas vías u otras, va a haber una gran copia de supuestos en los que responsables españoles *estén aplicando el Derecho de la Unión*, lo que conllevará la incidencia inmediata de los preceptos de la Carta que sean de aplicación en tales supuestos.

---

(31) Especialmente significativos me parecen los dos párrafos iniciales de la Exposición de Motivos de dicha Ley: «Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que, en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que han llevado desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las directivas comunitarias.

Esta Ley de Contratos del Sector Público también ha encontrado en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia el impulso primordial para su elaboración. Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido sustituidas recientemente por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disposición que, al tiempo que refunde las anteriores, introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cuantitativo en la normativa europea de contratos».

Estamos, en efecto, ante un reconocimiento paladino de que la Ley española está incorporando las exigencias comunitarias.

(32) También en la Exposición de Motivos de la Ley del Ruido se justifica con holgura su vinculación a la normativa comunitaria, señaladamente a la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, la abreviadamente denominada «Directiva sobre Ruido Ambiental».



## **2. El compromiso adicional que representa la referencia expresa a la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución**

Pero la Ley no se ha limitado a aportar la fórmula para que se lleve a cabo la ratificación del Tratado de Lisboa. Va algo más allá, al incluir una previsión cuya presencia y contenido no dejan de sorprender a primera vista. Ello me lleva al artículo segundo, con rúbrica «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», cuyo contenido, al menos en su párrafo primero, convendrá retener:

«A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación: ...».

En efecto, el precepto incorpora en su seno el texto íntegro de la Carta. Quiero expresar con mis palabras que no hay una remisión a la Declaración, o que ésta no va como anexo o apéndice, ni siquiera en los artículos últimos de la Ley, sino que tiene cabida expresa dentro del espacio del artículo segundo. Que, no se olvide, forma parte de un conjunto normativo que la propia Ley declara que entra inmediatamente en vigor, como se deduce de la disposición final última a la que antes me refería.

El legislador ha explicado, en parte, en el párrafo último de la Exposición de Motivos de la Ley, qué se pretende con la incorporación expresa del texto íntegro de la Declaración de derechos. Vale la pena considerar lo que se dice:

«Por último debe resaltarse con especial énfasis que, según el Tratado de Lisboa, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual, proclama, tendrá el mismo valor jurídico que los tratados. Se trata de un avance de considerable valor político, además de jurídico, en el proceso de construcción de la Unión y de la ciudadanía europea. Por ello, y porque se considera conveniente desde el punto de vista de la transparencia y de la proximidad al ciudadano, se reproduce en el artículo segundo de esta Ley Orgánica el texto íntegro de la citada Carta, tal y como ha sido publicado en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007».

La razón que se da apunta directamente a la transparencia y al acercamiento al ciudadano (que no es que suela ser un apasionado lector de nuestro diario oficial), sin perjuicio del resto de afirmaciones, que no vienen a decir nada especial desde el punto de vista de la fuerza del precepto. Es decir, es como si se quisiera que la Carta tenga la mayor proyección posible y por eso se la airea en el «Boletín Oficial del Estado» incluyéndola en una ley. Pero, en cambio, la Exposición de Motivos nada dice acerca de la referencia al artículo 10.2 de la Constitución, que ocupa espacio señalado en el precepto que comentamos y que, a simple vista, podría sugerir significativas consecuencias. ¿Qué significa en realidad este precepto? ¿Es un mero formalismo con vocación propagandística o de facilitación del conocimiento, o tiene, pretendiéndolo o no, mayor alcance? Jurídicamente hablando, ¿añade algo este artículo? Su estudio me sugiere una serie de consideraciones, aunque conviene dejar claro dos posibles líneas de incidencia: una sería la de la normal vigencia de la Carta, como texto directamente aplicable, y otra, la de los efectos interpretativos a que convoca el artículo 10.2 de la Constitución. ¿Cabría separar el momento de comienzo de ambas alternativas o habrán de producirse simultáneamente?

1. Partimos de la idea de que el Tratado de Lisboa va a cumplir su curso adecuadamente y los 27 Estados procederán a su aprobación. Una vez que ello se produzca, automáticamente entrará en vigor la Carta y, en lo que a nosotros afecta, incidirá en el sistema jurídico español en los términos que antes se exponían, que no son despreciables en absoluto. Tendrá sin duda efectos jurídicos plenos, como norma constitucional o primaria del Derecho Comunitario, con todas las consecuencias, a la hora de predeterminedar conductas, por ejemplo, y con todas las características inherentes, como la de la primacía.

2. En tal supuesto, surtirá sus efectos igualmente de manera automática el plus que representa el artículo 10.2 de la Constitución española (33). Sin duda, la Carta, en cuanto instrumento atípico de la Unión, no es en sí un tratado internacional, pero el Derecho constitucional de la Unión Europea, es decir, la redacción que se da al artículo 6 del Tratado de la Unión —tal y como habría sido aprobado por todos los socios comunitarios—, se cuida de afirmar que «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». De modo que hay una equiparación explícita y deseada: todos los que aprobaren el Tra-

---

(33) Acerca del significado del artículo 10.2, me remito a mi trabajo, *Notas para la historia del apartado segundo del artículo 10 de la Constitución*, en mi libro, *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 177 y ss.

tado de Lisboa, estaban también aprobando esa consecuencia. Dado que la Carta está equiparada a un tratado internacional y versa sobre la materia de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la Constitución, como norma abierta, comienza a proyectar automáticamente los efectos del artículo 10.2 también sobre la Carta.

3. A la vista de lo anterior, ¿tenía sentido traer a colación en la nueva Ley el artículo 10.2 de la Constitución? ¿Se trata de una mera redundancia, o de un mero recordatorio, que no añadiría efecto jurídico alguno? Sorprende de alguna manera el adverbio «también» que ha incorporado el precepto. Es decir, el juez español, por ejemplo, toma como elemento interpretativo, hasta ahora, La Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Nueva York, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, etc. El que «también» haya de utilizarse la Carta, es, como decimos, algo obvio y de efectos automáticos.

4. Incluso me viene en mente la doctrina que el Tribunal Constitucional formuló con energía, a partir de la sentencia de la LOAPA, la 76/1983, de 5 de agosto, en el sentido de que el Legislador no era quién para interpretar la Constitución, que esa función le estaba reservada a él en exclusiva.

5. Surge un interrogante, desde el punto de vista de la vigencia de la Carta. Cuando más arriba me refería a la recepción inicial de la Carta y sus primeros efectos, señalaba su vocación de convertirse en *documento de referencia*, a disposición de quien quisiera utilizarla o comprometerse con ella. Y, de hecho, señalados órganos jurisdiccionales —variados y dispersos— comenzaron a servirse de ella. ¿Podría pensarse que estamos ahora en una situación parecida? El hecho de que el Parlamento español la incluya en una Ley, cuya vigencia inmediata se determina, ¿significa que, por su propia decisión, la incorpora al ordenamiento jurídico español, y adelanta su vigencia aún antes de que ese efecto se produzca con normalidad, cuando se haya culminado el proceso de ratificación y de aprobación en curso?

Sin duda, suscita reparos el hecho de integrar en el ordenamiento jurídico interno algo que no ha sido aprobado como norma, que en puridad no es un texto normativo, por más que sí produzca algunos efectos jurídicos de relevancia, como ya se indicó.

El texto de la Ley, en concreto, el artículo 2 al reproducir el texto de la Carta, no es ni claro ni expreso, ante bien resulta, ciertamente equívoco, como para dar pie a diversas interpretaciones.

6. Si reparamos en los detalles del artículo 10.2 de la Constitución —y venimos a la otra dirección señalada, la del refuerzo que representa la Carta

a efectos interpretativos—, España sí habría ratificado el instrumento —para ello se hizo la Ley—, aunque, en cambio, éste no es todavía un tratado o acuerdo internacional, pues aún no se ha culminado el proceso de aprobación. De modo que el Legislador en esto no puede corregirle la plana a la Constitución, que es inequívoca en la expresión de los requisitos. Es decir, no pueden adelantarse los efectos interpretativos de la Carta que todavía no es un tratado internacional.

7. Pero, sin perjuicio de que no encaje ese efecto interpretativo reforzado, la Ley favorece el equívoco en cuanto un lector no muy atento de la misma lo que constata a primera vista es que el texto de la Carta se ha incorporado al articulado de una Ley que ha entrado en vigor, incluso, cuya vigencia se ha adelantado advirtiendo expresamente que no encaja el canon habitual del Código civil de los veinte días. Y podría aparecer la duda de si el Legislador español habrá pensado en adelantar para España la vigencia de la Carta. Ésta, por la libre decisión del Legislador español, se vería dotada de plena vigencia normativa desde el momento de la Ley, aunque para el exclusivo ámbito del Derecho español. Pero ante un efecto de tanto significado sorprende que nada se diga en la Exposición de Motivos al respecto.

8. Sin duda, la de la Ley, es una fórmula atípica, y yo creo que incorrecta (34), en cuya elaboración no se ha tenido en cuenta el respeto que se merecen los ciudadanos destinatarios de la norma, sabiendo que siempre son pocos todos los cuidados que se adopten en cuanto a la metodología de la legislación, al darse lugar al equívoco que vengo señalando, y mezclarse la

---

(34) No sé si se quiere jugar al ser más que nadie, pero soy de la opinión que Ley tan importante no está bien hecha. Y no son sólo los inexplicables errores a que antes me refería, o la fórmula tan equívoca que vengo comentando en el texto. Me parece injustificable —e, incluso, indignante— que el Legislador español afirme en la Exposición de Motivos que «la Unión precisa mayores dosis de legitimidad», como se afirma en el párrafo tercero. Dice, en concreto, ese párrafo, que vale la pena transcribir íntegro: «En primer lugar, la Unión precisa mayores dosis de legitimidad. De ahí que muchas de las reformas que introduce el nuevo Tratado estén presididas por una firme voluntad de acercar la Unión a los ciudadanos y de garantizar que sirve a sus intereses». Es encomiable, en efecto, acercar la Unión a los ciudadanos, tarea en la cual los políticos nacionales tienen mucho que hacer —y no siempre hacen—, dada, sin duda la complejidad de lo comunitario. Pero de ahí a proclamar la falta de legitimidad de la Unión terea una enorme distancia. ¿Nos damos cuenta de la irresponsabilidad que representa que el Parlamento Español haga tal afirmación en una ley orgánica? Los responsables de esta Ley, que aparentemente quiere ser más europea que nadir, caen inconscientemente en la forma de comportarse de los euroescépticos. Es complejo para los ciudadanos entender lo europeo —como lo es entender cualquier sistema jurídico moderno ¡no digamos entender el derecho interno o el sistema autonómico español!— pero eso no es argumento para reconocer que falte legitimidad, que es lo que se establece cuando se formula la citada frase de que «precisa mayores dosis de legitimidad». ¡Lo que sí precisa el ciudadano español es que se hagan mejor las leyes!

vertiente publicitaria de la publicación del texto íntegro de la Carta con la inclusión de la innecesaria referencia al 10.2. Desde el punto de vista de la interpretación sistemática, la propia estructura de la Ley y la lógica hacen pensar que la funcionalidad de la norma queda vinculada y limitada al proceso de aprobación del Tratado de Lisboa, haciéndose para eso una Ley «por la que se autoriza la ratificación». Desde luego, la exposición de motivos de la Ley nada dice acerca *del adelanto* de la entrada en vigor de la Carta, nada acerca del inicio de los efectos interpretativos de la Carta. *Todo* lo que la Ley venga a suponer, y, por tanto, también el artículo segundo, quedaría demorado, por ende a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Pero no siempre quienes van a aplicar una norma se toman la molestia de leer la Exposición de Motivos, cuando lo directo y lo cómodo es leer el articulado e, incluso, aquélla ni siquiera se suele recoger en no pocas ediciones de textos legales.

9. Y es que, sin duda, la redacción del artículo 2 puede inducir a equívoco. Hay que contar también con la laxitud con que hoy se manejan entre nosotros los conceptos jurídicos, la falta de rigor dogmático y conceptual que caracteriza nuestra vida jurídica actual (35), la frecuente emulación y esa tan presente apuesta por la creencia de que todo vale, sin que nadie ose poner coto a tales caracterizaciones. ¡Sería reaccionario defender los conceptos y categorías, sus límites y exigencias! ¿Consecuencias en el caso? Como todo vale, como no hay topes sociales que impidan tirar por el camino más corto, estoy seguro que no tardarán en aparecer abogados que aleguen la Carta en sus pleitos, si les conviene. Y estoy seguro que no tardarán en aparecer sentencias que apliquen o tomen la Carta como referencia. De modo que, probablemente, se abrirá un proceso similar al de los primeros momentos de la Carta, pendientes todos a ver que Juez o Tribunal comienza a hacer uso de la Carta en sus argumentaciones (36).

---

(35) Me remito a lo que señalaba en mi trabajo, *De mi jornada*, recogido ahora en mi libro, *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, 2000, p. 315.

(36) ¿Y si alguien hubiera pensado que poder echar mano de la Carta resultara de utilidad para apoyar el punto de vista del Gobierno en la defensa de la constitucionalidad de una polémica ley tocante al alcance efectivo del matrimonio, sobre cuya corrección ha de pronunciarse en breve el Tribunal Constitucional? No lo creo —aparte de que tampoco está tan claro el hipotético apoyo—, pero, tal y como se hacen las cosas, ¡quién sabe!

## VI. ALGUNOS CONTENIDOS DE LA CARTA ESPECIALMENTE INTERESANTES

En suma, que suceda lo que suceda, conviene ir preparándose para cuando la Carta incida de lleno en el sistema jurídico español. Retomemos lo que antes se decía acerca de la frecuencia de supuestos en que se estará dando aplicación al Derecho comunitario, el significado también, que destacaba al inicio, de la judicialización de las garantías de los derechos fundamentales, en las dos direcciones que se indicaban.

Ciertamente la Carta, que sin duda innova, codifica además muy diversos elementos ya existentes. Resulta pedagógico tener presente, como me gusta recordar, lo que indica el párrafo quinto del Preámbulo de la misma:

«La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros (37) interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea» (38).

De acuerdo con esta metodología de integración, no era poco lo ya existente, con lo que, por ende, deberíamos estar habituados. Pienso así en el importante papel desempeñado por los derechos y libertades incluidos en el Convenio de Roma, en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo interpretándolos con generosidad, y también en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Es decir, hay mucho que no nos coge de nuevas. Pero también

---

(37) Recalco como se asume con normalidad, en línea con lo que ya señalé, que los Jueces y Tribunales de los Estados miembros, han de ser aplicadores, normales y habituales, de la Carta.

(38) La última frase es un añadido que no estaba en la redacción originaria, y que se incluyó cuando se preparaba la incorporación de la Carta al proyecto de Tratado estableciendo una Constitución para Europa. Si se observa con detenimiento, se comprobará que, en línea con lo que señalaba antes, es otro reflejo del miedo de algunos de los Estados a que los Jueces y Tribunales vayan demasiado lejos a la hora de interpretar los derechos o principios que pudieran implicar prestaciones para los Estados. Me remito a lo que señalaba en mi libro, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Cuadernos Civitas, 2006, 108 y ss.

hay innovaciones significativas a las que será oportuno prestar atención. Valgan algunas referencias muy concisas, para ir concluyendo ya, al objeto de recalcar algunos de los aspectos novedosos a los que habrá que ir habituándose, al margen del importante apartado de los llamados «derechos sociales», aglutinados sobre todo en el Título IV, bajo la rúbrica de «Solidaridad», a los que me remito ahora globalmente.

1. De especial interés resulta lo que se dispone en el apartado 2 del artículo 2 («Derecho a la integridad de la persona»), respecto a las prácticas médicas y a las opciones de la biología:

«En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

- a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;
- b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;
- c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;
- d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos».

2. El apartado de la protección de los datos de carácter personal (39), aun incidiendo, como se indicó, en algo que ya había llegado al Tratado de Roma, ofrece también exigencias relevantes, tal y como se dispone en el artículo 8:

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

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

3. Llamaré la atención acerca de la notable puntualización que se introduce en el momento de asegurar la garantía del derecho de propiedad. Dentro de un reconocimiento que incluye los elementos habituales —y destacando que hay una referencia expresa a la protección de la propiedad intelectual en el apartado segundo— el artículo 17.1 puntualiza que las garantías se proyectan a «los bienes que [la persona] haya adquirido legalmente». Se trata, por ende, de una puntualización del mayor interés, de la que han de derivar

---

(39) Véase recientemente el interesante trabajo de José Luis PIÑAR MAÑAS, *¿Existe la privacidad?*, Discurso de inauguración del curso académico 2008-2009 en la Universidad CEU San Pablo, CEU Ediciones, Madrid 2008.

numerosas consecuencias. Y es que junto a la legítima forma de acceder a la propiedad, que practican la mayoría de ciudadanos, no se olvidará el peso también de las operaciones de «blanqueo» de capitales, el peso del dinero de la corrupción, del narcotráfico, etc.

4. La última referencia me lleva a recalcar la incidencia que va a tener, especialmente para el campo del Derecho administrativo la expresa previsión que se contiene en el artículo 41 (dentro del Título V sobre «Ciudadanía»), al «Derecho a una buena administración», así como los preceptos concordantes. Se trata de un argumento con destacadas y abundantes implicaciones en el campo del Derecho administrativo, del que vengo ocupándome desde que se planteó (40), pero en el que no me voy a detener ahora pues forma parte de otra ponencia dentro de este mismo Curso. Recalcaré sólo que a partir de la Carta, la responsabilidad patrimonial de la Administración pasa a tener rango de derecho fundamental, a tenor de lo que dispone el artículo 41.3 (41).

---

(40) Me remito así a mi trabajo, *Dos notas sobre la Carta*, especialmente en su parte segunda, recogido ahora en mi libro cit., *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*.

(41) El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del [antiguo] Ministerio de Educación y Ciencia SEJ 2005-08538, sobre «El reto de los derechos fundamentales en el seno de una sociedad pluralista», del que yo mismo soy director.



# EL CONTROL DE LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS: NUEVAS PERSPECTIVAS DESDE LA TÉCNICA NORMATIVA Y DE LA EVALUACIÓN DE LA SIMPLIFICACIÓN Y CALIDAD DE LAS NORMAS

MARTÍN BASSOLS COMA

SUMARIO I. INTRODUCCIÓN. LA TÉCNICA NORMATIVA Y SU APLICACIÓN A LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS.— II. MOTIVACIÓN Y RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.— III. REGLAMENTOS ORGANIZATIVOS Y ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES. RELEVANCIA DE LA MEMORIA JUSTIFICATIVA Y ECONÓMICA EN EL PROCEDIMIENTO DE SU ELABORACIÓN. SUS EFECTOS EN EL EJERCICIO DE POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES.— IV. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y EVALUACIÓN DE RIESGOS EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS DE CARÁCTER TÉCNICO: UNA NUEVA EXIGENCIA DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL, CRITERIOS CIENTÍFICOS Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.— V. LA PROBLEMÁTICA DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS. SU POSIBLE ARTICULACIÓN A TRAVÉS DE LA AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS.— VI. HACIA UNA MEJORA DE LA REGULACIÓN DE LA CALIDAD DE LOS REGLAMENTOS. LOS PROGRAMAS DE SIMPLIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS.

*RESUMEN:* Análisis de las posibilidades que ofrecen las nuevas técnicas de control de la adecuada elaboración de los Reglamentos en sus diversas manifestaciones. Junto a los controles de carácter judicial se destacan las nuevas aportaciones derivadas de la evaluación del impacto normativo y, en particular, sobre los programas de simplificación, reducción de cartas administrativas, promovidos por la Unión Europea y cuya aplicación se ha iniciado ya en nuestro país.

*Palabras clave:* buena administración; calidad de las normas administrativas; cargas administrativas; simplificación y reducción; comités científicos y de expertos; evaluación impacto normativo; Memoria justificativa y económica; principio de precaución; simplificación administrativa; técnica evaluatoria normativa.

*ABSTRACT:* Analysis of the possibilities that offer new technologies of control of proper development of ordinances in their different categories. Besides the judicial controls, they are emphasized new contributions coming from evaluation of legal impact and, in particular, programs of simplification, reduction in administrative charters,

*that are promoted by European Union and whose application has already began in Spain.*

*Key words: good administration; quality of ordinances; administrative burdens; simplification and reduction; scientific and experts Committees; evaluation of legal impact; supporting and economical report; precaution principle; administrative simplification; techniques to evaluate regulations.*

## **I. INTRODUCCION. LA TÉCNICA NORMATIVA Y SU APLICACIÓN A LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS**

La actual preocupación por la mejora de la Técnica Normativa, tanto a nivel nacional como de la Unión Europea (Comunicación de 31 de diciembre de 2003 del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea bajo el título de «Legislar mejor» y Consejo Europeo en Bruselas de Marzo de 2007 «la mejora de la legislación es un elemento central para aumentar la competitividad y promover el crecimiento sostenible y el empleo»), viene referida habitualmente a las Leyes de origen parlamentario que por su simbología y trascendencia político-social son merecedoras de una atención preferente. Su principal objetivo es alcanzar una mejora en la «calidad de las leyes»; en la inteligencia que, como nos advierte MANUEL ATIENZA, «la crisis de la legislación no es solo una crisis “de crecimiento” que se corrija simplemente mejorando la calidad técnica de las leyes. La técnica legislativa viene a ser mas una forma de capear y de hacer frente con cierta dignidad a la crisis que de superarla» (1).

Nada impide, sin embargo, que dentro de las preocupaciones por la mejora de la Técnica Normativa se incluyan los Reglamentos con sus distintas manifestaciones promulgados en el ámbito del Estado; Comunidades Autónomas y Entes locales, pues en definitiva mantienen, desde el punto de vista objetivo, estrechas relaciones de subordinación y de desarrollo con la Ley parlamentaria y desde el punto de vista subjetivo, el Ejecutivo en el Estado contemporáneo, a través de sus proyectos de Ley prácticamente domina el proceso legislativo parlamentario en su fase de iniciativa y tiene, además una gran influencia en el proceso de su tramitación. Por lo tanto, existe una zona comun muy amplia para extender e integrar los Reglamentos dentro de los análisis e instrumentos propios de

---

(1). M. ATIENZA, *Lenguaje, lógica jurídica y teoría de las normas*, p. 23, en *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, Jornadas celebradas por la Comunidad de Madrid en colaboración con el C.E. Constitucionales, Madrid, 16 a 26 de abril de 1990.

la Técnica normativa o de la llamada Ciencia o Teoría de la Legislación. Ahora bien, la pluralidad de manifestaciones de la potestad reglamentaria (reglamentos ejecutivos, organizativos, independientes, ministeriales, circulares e instrucciones) y la gran producción normativa en términos cuantitativos a que dan lugar, sin duda, dificultan esta integración o tratamiento común. En este orden de consideraciones merece destacarse como un primer paso en el orden formal la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (BOE 29 de julio de 2005) por el que se aprueban las Directrices de Técnica normativa aplicables tanto a los Anteproyectos de Ley (Reales Decretos Legislativos y Reales Decretos-Ley) como a los Reales decretos, propuestas de Acuerdo del Consejo de Ministros y a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publiquen en el BOE.

Nuestro Ordenamiento jurídico cuenta en el ámbito de la potestad reglamentaria, además, con un precedente importante que intuye e incluso anticipa algunos de instrumentos que hoy forman parte de la preocupación de la mejora de la Técnica normativa. Nos referimos a los arts 129 a 132, bajo la rúbrica de «Procedimiento (con el carácter de Procedimiento especial) para la elaboración de Disposiciones de carácter general» de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (2) que ha estado vigente hasta la Ley del Gobierno 50/1997 de 27 noviembre (Disposición Derogatoria Única), habiendo sido sustituidos por un único artículo (art. 24) de contenido análogo, bajo la rúbrica del Procedimiento de elaboración de los Reglamentos, perdiendo con la inclusión en dicho texto su condición de Norma de procedimiento administrativo común que anteriormente ostentaba. Paralelamente, el art. 105 de la Constitución se refiere en su apartado a) en orden a la audiencia de los ciudadanos al «procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas que les afecten», planteándose la duda —con independencia de la aplicación directa, en todo caso, de dicho trámite de audiencia (3)— de si debía efectivamente dictarse en sentido formal un procedimiento especial de elaboración de todas las disposiciones administrativas; o bien, simplemente atribuir a dicho proce-

---

(2) La articulación de un procedimiento especial para la elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo se inspiró en la ley Federal norteamericana de Procedimiento Administrativo de 1946, según manifestaría LÓPEZ RODÓ en el discurso de presentación de la ley en las Cortes el día 15 de julio de 1958. Vid. MARTÍN BASSOLS COMA, *La significación de la legislación de procedimiento administrativo español. Especial consideración de la L.P.A. de 1958*, en *Administraciones públicas y ciudadanos* (coordinador: B. PENDAS GARCÍA), E. Techos, 1993, p. 72. Sobre el derecho norteamericano, J.J. LAVILLA RUBIRA, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los EE.UU. de América*, Civitas, Madrid, 1991.

(3) Vid. J. R. PARADA VÁZQUEZ y M. BACIGALUPO SAGGESE, *El art. 105 CE*, en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (O. ALZAGA), Tomo VIII, pp. 525-545

dimiento un contenido material que la legislación sectorial —sirva como ejemplo la reciente Ley 44/2006 de 29 de diciembre de mejora de la protección de los Consumidores y Usuarios que regula la audiencia en la elaboración de disposiciones generales del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las Asociaciones de consumidores y usuarios sin ánimo de lucro— o en el marco de cada esfera de Gobierno se desarrollara específicamente. A su vez la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril del Consejo de Estado en sus arts 21 (Pleno) y 22 (Comisión Permanente) se refiere a la necesidad de dictamen de dicho Cuerpo consultivo de los Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes (4).

En la normativa de 1958 y en la actual contenida en el art. 24 de la Ley del Gobierno de 1997, junto a los trámites destinados a alcanzar la máxima legalidad de las Disposiciones reglamentarias y la participación de los ciudadanos como contrapeso a las dilatadas potestades de las Administraciones públicas, se aprecia un destacado propósito de racionalización del ejercicio de la potestad reglamentaria y, en definitiva, de mejora de su técnica normativa sobre la base de la enunciación de principios como los de necesidad, oportunidad, acierto, estimación de costes, impactos, etc. —inopertunamente se ha eliminado la obligatoriedad de la referencia que el texto de 1958 hacía a la tabla de vigencias y derogaciones de los textos legales— que tienen que justificarse a través de proyectos, memorias económicas, informes, dictámenes, evaluaciones y otras técnicas que la legislación sectorial puede requerir. Obviamente, estos principios y técnicas instrumentales en la elaboración de los Reglamentos caben ser apreciados en estrictos términos jurídico-procesales por los Tribunales en su condición de meros trámites y, en lo que se refiere a su patología, pueden dar lugar a vicios de procedimiento que generan nulidad o anulabilidad, en función del mayor o menor rigor de la exigibilidad de su cumplimiento (5).

Paralelamente, estos mismos presupuestos pueden ser enjuiciados en el marco de los instrumentos de la técnica normativa y de las aportaciones de la Ciencia de la Administración. En esta segunda vertiente dichos principios y técnicas han tenido escaso desarrollo e implantación, si bien merece recordarse la destacadísima labor de llamada de atención y de estímulo del Consejo de Estado en sus Memorias anuales —y asimismo de los Conse-

---

(4) Sobre los distintos tipos y nomenclatura de Reglamento y Disposiciones generales, vid. las interesantes consideraciones de E MELERO ALONSO, *Reglamentos y disposiciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2005

(5) Vid G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los Reglamentos*, Tirant lo Blanc, p. 247 ss.

jos Consultivos de algunas Comunidades Autónomas— sobre la relevancia de dichos principios y el adecuado cumplimiento de estos tramites, no solo como criterio de legalidad, sino en cuanto auténticos motivos de legitimación del propio ejercicio de la potestad reglamentaria por las Administraciones públicas. Aun cuando, el actual Presidente del Consejo de Estado Profesor RUBIO LLORENTE ha destacado que «lamentablemente la experiencia muestra que esas insistentes advertencias han tenido un éxito más bien limitado» (6), parece necesario insistir en esta línea de impulso posiblemente incorporando nuevos elementos, criterios y profesionales en la elaboración de los reglamentos en el sentido que dicho Profesor apunta con vistas al nuevo requisito de evaluación de genero en las disposiciones reglamentarias (impuesto por la Ley 30/2003 de 13 de octubre) que a fin de que su cumplimiento no se convierta en una mera rutina o formalidad se hace necesario la sensibilización de las unidades administrativas y de que existan responsables competentes para llevar a cabo esta evaluación, sugiriendo «incluso la conveniencia de un mínimo desarrollo reglamentario sobre los criterios a seguir en la elaboración del informe y sobre todo en el modo de formularlo» (7).

En el marco de estas consideraciones procede pasar revista, no tanto a los tramites específicos de la elaboración de los Reglamentos a los que la doctrina jurídico-administrativa viene prestando abundante atención (8), como a recientes manifestaciones de orden jurisprudencial o normativo que apuntan hacia un nuevo enfoque del problema, no solo desde el punto de vista del rigor en la exigibilidad en los tramites y mecanismos procedimentales, sino en cuanto al contenido y métodos instrumentales para la efectividad de los mismos en atención especialmente a las nuevas manifestaciones de la potestad reglamentaria.

---

(6) F. RUBIO LLORENTE, *El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas*, en «Revista Española de la Función Consultiva», nº 6, julio-dic., 2006, p. 27 ss.

(7) F. RUBIO LLORENTE, *El papel...*, op. cit., p. 32.

(8) Entre los últimos análisis pueden destacarse: F. SANTOLALLA LÓPEZ, en *Comentarios a la Ley del Gobierno* (coordinador C.J FERNÁNDEZ CARNICERO), INAP, 2002; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas*, en «Revista Española de la Función Consultiva», nº 2, julio-diciembre 2004, p. 74 ss.; E. MELERO ALONSO, *Reglamentos y disposiciones administrativas. Análisis teórico y práctico*, Lex Nova, 2005, p. 349-393; M. ESTEPA MONTERO, *Los reglamentos del Gobierno, control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios*, Vol. I, p. 175 a 237, S. P. Universidad Complutense, 2007; F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Las Directrices de técnica normativa*, RAP nº 170, mayo-agosto 2006, pp. 41-92

## II. MOTIVACION Y RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Como ha destacado PONCE SOLE (9), apelando al concepto doctrinal de Buena Administración (incorporado a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea art. II.101 del Tratado sobre Constitución para Europa) cabe perfectamente hablar también de la «Calidad de los Reglamentos» a través de un adecuado control del ejercicio de la discrecionalidad de potestad reglamentaria. La motivación y fundamentación de la potestad reglamentaria ejerce en este contexto un importante papel como se pone de relieve en las siguientes resoluciones jurisprudenciales que vamos a comentar

Frente a la posible argumentación que el art. 24 de la Ley del Gobierno no exige un Informe específico para cada mandato, prohibición o restricción contenidos en un texto reglamentario, siendo suficiente un informe genérico sobre el conjunto del texto reglamentario —en caso de autos se trataba de la restricción de la pesca marítima del pulpo anteriormente permitida por lo que se podía entender que dicha restricción no es más que un reflejo restrictivo general de la norma que hacía innecesario un informe justificativo especial—, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006 (AR 3683) interpreta por el contrario que «si la nueva norma pretende prohibir, como hace la pesca del pulpo había que exponer las razones o motivos que justificaban esa medida». El Tribunal interpreta que un cambio de criterio respecto a una misma cuestión «ha de justificarse o al menos referirse la causa o motivo que para ello tiene». En apoyo de la necesidad de justificación de la Sentencia citada se remite a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 (Ar 2001, nº 65) que sienta una interesante doctrina del siguiente tenor: «una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aun así la motivación por la que se hace explícita las razones de la ordenación, en garantía de la propia legalidad, ya que incluso, la razón habilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria». La cuestión sobre la motivación y razonabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha extendido análogamente a aquellos supuestos de ejer-

---

(9) J. PONCE, *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria. Teorías sobre regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones*, en RAP, nº 162, sep.-diciembre 2003.

cicio de dicha potestad por el Consejo del Poder Judicial en desarrollos de la Ley 15/2006 reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal. En efecto, las Sentencias de 3 de marzo de 2006 (Ar 1898 a 1903) al anular el desarrollo reglamentario en orden a la fijación de los módulos por prescindir de la valoración individualizada de la función jurisdiccional se invoca, junto con otros criterios, el argumento que «tampoco en el expediente hay constancia documentada de estudios, informes, valoraciones, o aproximaciones de otro género, que justifiquen con una *precisión razonable* los criterios que lleven a fijar uno u otro modulo a los distintos asuntos tramitados en los distintos órganos jurisdiccionales».

### **III. REGLAMENTOS ORGANIZATIVOS Y ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES. RELEVANCIA DE LA MEMORIA JUSTIFICATIVA Y ECONÓMICA EN EL PROCEDIMIENTO DE SU ELABORACIÓN: SUS EFECTOS DE EL EJERCICIO DE POTESTADES REGLADAS Y DISCRETIONALES**

En contraste con el enjuiciamiento tradicionalmente flexible de la jurisprudencia sobre el contenido de la Memoria justificativa o informe sobre el Proyecto y la Memoria económica, previstas en el art. 24,a) de la Ley del Gobierno de 50/1997 de 27 de noviembre, dos recientes Sentencias del Tribunal Supremo de la misma fecha de 27 de noviembre de 2006 (La Ley Tomo I 1/2007 pp. 278 a 292) —recurso (51/2005 interpuesto por los trabajadores de la plantilla del Organismo, habiendo sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho) y recurso (53/205 interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid, siendo Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar)— han erigido la insuficiencia del contenido de la Memoria justificativa y de la Memoria económica nada menos como ratio decidendi de la nulidad de una disposición reglamentaria que acordaba el traslado de la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de Madrid a Barcelona. La elección del indicado motivo como causa prácticamente única de la decisión frente a otros posibles análisis de la cuestión de fondo; naturaleza de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones como Administración independiente; ausencia del Dictamen del Consejo de Estado y de los Informes de Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la información, acuerdo del Congreso de los Diputados respaldando este cambio de sede etc. quedaron relegados; motivo que explica, probablemente, que ambas Sentencias vayan acompañadas de tres votos particulares que revelan el carácter polémico y controvertido de los fallos.

La primera de las indicadas Sentencias (Ponente: ERÍQUEZ SÁNCHEZ) parte de una premisa reivindicativa de la trascendencia del procedimiento de elaboración de los reglamentos que es procedente destacar por cuanto entiende que dicho procedimiento «tiene una importancia que supera la exigencia de determinados requisitos formales, porque esta orientada tanto a conseguir el acierto en la resolución como a proporcionar a los administrados los elementos que el Gobierno ha tenido en cuenta para su decisión, dándoles así oportunidad de combatirlos, estas garantías cobran especial importancia en el ámbito de los reglamentos organizativos en los que el Gobierno ejercita potestades discrecionales, escasamente limitadas por elementos reglados y dotados por ello de un margen muy amplio de actuación». En apoyo de esta tesis se apela a otra reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 que también formula una declaración de principios de interés «si la potestad en si misma es discrecional, con los solos límites que le impone la ley habilitante y el resto del ordenamiento jurídico, en mayor medida esa discrecionalidad se acrecienta cuando en el ejercicio de dicha potestad reglamentaria se están desarrollando funciones organizatorias. En estos casos, aparte los límites anteriores, solo en supuestos de arbitrariedad o irracionalidad será posible ejercer su función de control de los poderes de la Administración». En la segunda de las Sentencias (Ponente BAENA DEL ALCÁZAR) se califica a la norma impugnada como un reglamento organizativo por el que se ejercen potestades discrecionales que «no supone una regulación de derechos y obligaciones de las Administraciones públicas y de los ciudadanos, aunque eventualmente y de forma indirecta incida en ellos». Ahora bien, como tal potestad discrecional del Gobierno no significa que esté exenta de necesaria sumisión al ordenamiento jurídico «como sucede también con ciertos actos de Gobierno de contenido político, a tenor del art. 2, apartado a) de la LJ», concluyendo a tal efecto que «desde luego esta Sala tiene potestad suficiente para enjuiciar el cumplimiento de los elementos reglados cuando se ejerce una potestad discrecional en materia de organización. No cabe argumentar que en reiteradas ocasiones nuestra jurisprudencia ha establecido que cuando se trata de potestades de autoorganización estamos ante un ámbito no controlable. Pues las decisiones jurisprudenciales correspondientes se referían, no a los elementos reglados en materia de procedimiento, sino al contenido del ejercicio de la potestad de organización. Por otra parte las Sentencias mencionadas enjuiciaban normalmente ciertas cuestiones concretas de regulación y ordenación de las organizaciones administrativas y no potestades generales como la que ha ejercido el Gobierno en el presente caso. A partir del razonamiento anterior hay que pronunciarse sobre las argumentaciones y alegaciones de las partes respecto a las normas de procedi-



miento» (art. 24.1 de la ley del Gobierno, justamente la sumisión a las normas de procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias).

Al hilo de estas consideraciones previas en las Sentencias referidas se hace una glosa de interes sobre el sentido último de la Memoria justificativa y la Memoria económica que tiene interes retener «tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas como dice el art. 24,1.f) de la ley del Gobierno, pero deben cumplir la finalidad a que responden. La Memoria económica, proporciona al Gobierno un información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estas con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la Memoria justificativa, la decisiones adoptada con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. La Memoria justificativa pone de relieve esos aspectos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo a estos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando en relación a los reglamentos el principio general de transparencia establecido en el artículo 3,5 de la ley 30/1992 de RJAP-PAC». Al contrastar estos principios con la Memoria económica de la disposición impugnada y tras hacer relación de la jurisprudencia flexible en orden a la admisión de memorias defectuosas o incompletas, llega a la conclusión que en el presente caso «lo que se presenta como memoria económica no cumple con el contenido mínimo exigible a un documento de esta naturaleza. No contiene estimación del coste a que dará lugar el reglamento, sino que se limita a afirmar que ese coste no se puede cuantificar en el momento que se redacta y que se trata de un coste que se cuantificara cuando se lleve a cabo el efectivo traslado La Memoria reconoce que existirá un incremento del gasto publico e incluso conoce los elementos que lo determinaran pero desprecia su cuantificación pese a que habría resultado relativamente sencillo hacerlo dentro de determinados márgenes», reforzando su conclusión con esta severa admonición: «el Gobierno aprueba el reglamento despreciando uno de los datos que el precepto indicado le impone considerar por lo que solo por esta razón procedería la estimación del recurso». Respecto a la Memoria justificativa y su vaga alusión «a la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías no representa una justificación aceptable para el traslado de una sede de un organismo que fue creado tras la Constitución ... pero no justifica por qué un organismo que en el marco de ese Estado de las Autonomías se encuentra funcionando en Madrid ha de trasladarse a otra ciudad y por qué precisamente esta otra ciudad ha de ser Barcelona... La ausencia de una verda-

dera justificación de la disposición impugnada determina que también por esta causa hayamos de declarar su nulidad». En la segunda Sentencia se llega prácticamente a la misma conclusión en relación al art. 24.1 De la Ley del Gobierno «hemos de apreciar que el cumplimiento de ese precepto ha sido meramente formal, sin que se logre la finalidad querida por el legislador de que en efecto se patentice la necesidad y oportunidad del reglamento como garantía de acierto en la decisión y se valoren los costes económicos que son consecuencia de la ejecución de la medida».

Estas rigurosas Sentencias comentadas inauguran una nueva línea en la valoración y relevancia del procedimiento de elaboración de los Reglamentos, singularmente en el orden organizativo en cuyo ámbito se producen una parte muy considerable de los Reglamentos estatales, máxime cuando para los mismos no está prevista la información pública y la audiencia a los ciudadanos (art. 24 1, e de la Ley del Gobierno) que podrían aportar otros elementos de contraste y de participación. Los parámetros de evaluación de lo que debe significar la Memoria justificativa y económica aparecen también definidos con acierto y con una visión centrada en la valoración de la relación coste/beneficio y de ponderación de los distintos factores político-administrativos que pueden permitir un avance significativo en el control de la discrecionalidad administrativa y pueden propiciar una mayor calidad y técnica normativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria. El único interrogante que cabría plantear sería qué número de Reglamentos existentes cumplen unos parámetros tan rigurosos a la vista de un estudio comparado y empírico sobre los expedientes reglamentarios y sí en el futuro se mantendrá esta doctrina jurisprudencial que vendría a implicar una auténtica revolución en el ejercicio de potestades organizativas merecedora, sin duda, del respaldo doctrinal.

#### **IV. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y EVALUACIÓN DE RIESGOS EN LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS DE CARÁCTER TÉCNICO: UNA NUEVA EXIGENCIA DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL. CRITERIOS CIENTÍFICOS Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

Considero muy acertada la advertencia de JEAN-MARIE AUBY (10) al destacar que «la regla de Derecho administrativo depende muy mucho de las experiencias de la Administración y de sus prácticas. Su dogmatismo, inhe-

---

(10) J-M AUBY, *El medio jurídico, en Tratado de ciencia administrativa*, ENAP, Madrid, 1973, p. 238.

rente a toda regla de derecho, disimula mal el empirismo que ha inspirado frecuentemente su elaboración y por consiguiente, informara su ejecución». Efectivamente, los Reglamentos han sido la expresión mas acabada de este origen burocrático del Derecho Administrativo, cuya legitimidad desde siempre viene descansando en la información, experiencia y en la capacidad de los expertos de los cuadros burocráticos en el seno de las mas variadas organizaciones administrativas para afrontar, con o sin leyes previas, las mas variadas cuestiones relacionadas con el interes publico. Gráficamente señalaba GIANNINI «La Administración publica se convierte de hecho en el aparato del Gobierno, por lo que sus tareas no son únicamente de ejecución, sino que son también las de gobierno. Por lo tanto, la administracion publica provee a la formación de la iniciativa política, elabora las leyes delegadas, los decretos-leyes, los proyectos de ley de iniciativa del gobierno y negocia los tratados internacionales en nombre del Estado —y no del gobierno—. Junto a esto, también cuida de los intereses públicos que han sido confiados por normas al Estado, así como. de aquellos que normalmente afectan al Estado, incluso aunque no se hayan aprobados leyes o dictado decisiones políticas sobre ellos» (11).

Este monopolio regulador interno de la Administración que se ejerce desde el poder reglamentario esta experimentando en nuestros días signos de transformación o debilitamiento. La nueva regulación económica esta dando paso a segregaciones de nuevo cuño como las llamadas Administraciones independientes que rivalizar en su capacidad de formación con la Administración en sentido tradicional y aportan nuevas modalidades de acción. Más significativa aún es la necesidad de apelar a organismo, especialistas, o a personas de reconocido prestigio en el campo de la ciencia y la tecnología situados fuera de los aparatos administrativos para la adopción de reglamentaciones de carácter técnico o que afecten a la sanidad, biotecnología, prevención de riegos etc. Los aparatos burocráticos antaño depositarios de una legitimidad propia y exclusiva, precisan ahora de forma cada día más creciente de las opiniones de Comités científicos o tecnológicos para fundamentar y precisa sus decisiones de orden reglamentario (12). La apelación a estas consultas o recepción directa de estas formulaciones técnicas se están incorporando paulatinamente a los procedimientos de elaboración de este nuevo tipo de reglamentos.

---

(11) M.S. GIANNINI, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, IAP, Madrid, 1980, p. 75.

(12) M. J. MONTORO CHINER, *Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos*, p. 319 ss., en el número monográfico *Derecho administrativo; ciencia y tecnología* (coordinador por Martín BASSOLS COMA), en «Documentación Administrativa», nº 26-266, Madrid, 2003.

A este respecto es representativo y de interés la Sentencia de 19 de abril de 2006 (Ar 2154) en relación al Real Decreto 1066/2001 sobre protección del dominio público radioeléctrico y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas (en especial la telefonía móvil). Entre los motivos de la impugnación se denunciaba que la disposición reglamentaria no aplicaba el principio de precaución o cautela en relación a los límites sobre emisiones radioeléctricas en función de riesgos biológicos no térmicos; la protección del derecho a la vida y a la salud, no se atiende a las recomendaciones más recientes del Consejo de la Unión Europea y, en particular, que el Ministerio de Sanidad y Consumo no había elaborado un informe sobre la protección a la salud. La Sentencia desestima estos reproches formulados a la elaboración del Reglamento por cuanto el Ministerio de Sanidad en coordinación con el ministerio de Ciencia y Tecnología precisamente para la redacción del Reglamento constituyó un «Comité de Expertos; Campos electromagnéticos y Salud publica al que se le encomendó la tarea de realizar una evaluación de la evidencia científica acerca de los potenciales efectos de los campos electromagnéticos sobre la salud» y en concreto sobre «valorar si la Recomendación del Consejo de ministros de Sanidad de la Unión Europea era suficiente para garantizar la salud de la población». Fruto de los trabajos de este Comité, entre otras consideraciones fue postular, junto con medidas adicionales, la aplicación de los principios recogidos en la «Recomendación comunitaria de 12 de julio de 1999», recomendación que fue aceptada por el Ministerio autor del referido Reglamento e incorporada a su texto.

La parte recurrente invocaba, sin embargo, que la referida Recomendación comunitaria había quedado en parte desfasada y que existían posteriores revisiones y actualizaciones de la misma en el marco comunitario e internacional (sin embargo no plantearía cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas perfectamente posibles contra dichos Recomendaciones en materia de salud —según la Sentencia de dicho Tribunal de 13 de diciembre de 1989 Caso Grimaldi— como se encarga de anotar la Sentencia que comentamos) al tiempo que presentaba como prueba una serie de informes científicos que conforme a la evolución de los conocimientos científicos y preconizaban medidas más exigentes que las referidas en la Recomendación comunitaria. La Sentencia tras un minucioso análisis comparativo del material probatorio aportado llega a la conclusión que debe darse preferencia a los criterios de las recomendaciones de organismo europeos e internacionales sosteniendo que «no podemos afirmar a la vista de tales informes que la conclusión uniforme que en ellos se establece» (a saber que deben mantenerse los límites o umbrales de protección sanitaria propuesta por la

Recomendación comunitaria de 1999) haya sido fruto de una decisión improvisada irreflexible o imprudente).

Precisamente, como fruto de estas consideraciones previas la Sentencia se extiende sobre la configuración del principio de Precaución (13), anotando que «el principio de precaución desde esta perspectiva exige en los procesos de elaboración de las normas que afectan a los sectores respectivos, los poderes públicos titulares de los poderes de configuración normativa evalúen los riesgos, los califiquen en función de su intensidad y ponderando simultáneamente la utilidad general de los productos en cuestión y su seguridad, asuman la responsabilidad final de decidir cuál es el nivel de riesgo que la sociedad ha de asumir». Al legislador o a la Administración le es exigible en nombre de aquel principio la labor de identificación y evaluación de los riesgos acudiendo a fuentes objetivas en el seno del proceso de la elaboración normativa caracterizado por la transparencia y su apertura en todo caso a todas las opiniones seriamente fundadas, concluyendo, «la libertad de configuración normativa y el grado de discrecionalidad inherente a la potestad reglamentaria no pueden ser ignorados». Ahora bien esta ponderación en la consideración del principio de precaución debe aplicarse incluso «cuando la adopción de las normas por parte de los poderes públicos se ha de hacer en ámbitos en los que exista una cierto grado de falta de certeza inherente a toda controversia científica: la libertad de apreciación de los titulares de las potestades normativas si bien tiene en estos casos un límite en la medida en que su actuación ha de “garantizar un alto nivel de protección de la salud humana” no puede quedar paralizada por el mero hecho, frecuente, de que exista una cierta controversia entre especialistas de un mismo sector o de sectores diferentes, máxime cuando los beneficios potenciales de los productos correspondientes son indudables».

De lo expuesto la Sentencia comentada deduce una serie de corolarios que procede destacar: a) puede afirmarse que el principio de Precaución actúa como inspirador de las normas cuya elaboración debe contar con la «ayuda de los organismos especializados» y habrán de tomar en consideración las evaluaciones científicas más solventes y respaldadas o que gocen del consenso de los comités científicos nacionales e internacionales; b) Cuando el juicio de estos Comités impliquen un reconocimiento mayoritario sobre la ausen-

---

(13) J. ESTEVE PARDO, *Técnica, Riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, y *Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión*, en «Derecho Administrativo, Ciencia y Tecnología», op. cit., pp. 137-151; M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *El Principio de Precaución y Defensa de los Consumidores*, en «Derecho Administrativo, Ciencia y Tecnología», op. cit., pp. 185 a 236.

cia de riesgos y efectos nocivos de un determinado producto o fenómeno la «aceptación de sus conclusiones, precedida de un proceso abierto en el que tenga posibilidad de intervenir los diferentes actores con intereses propios, debe reputarse ajustada a las exigencias de aquel principio»; c) En aquellos casos, en que apesar de estar amparados en la opinión «científicamente predominante y mas solvente, los poderes públicos no pueden desconocer la existencia de otras opiniones fundadas acerca de la falta de certeza sobre los efectos potencialmente nocivos de determinados productos o fenómenos, según los cuales precisamente esta incertidumbre solo puede ser superada después de un periodo de evaluación dilatado (en algunos casos decenas de años) la decisión final deje abierta la posibilidad de su revisión y asegure mecanismos de supervisión y actualización periódicos»; d) En consecuencia, la «evidencia científica disponible» actuará de criterio básico inicial para respaldar el ejercicio de la potestad reglamentaria, si bien dicho ejercicio deberá adaptarse sucesivamente a la evolución del progreso científico estableciendo los mecanismos precisos de reconsideración de la decisión primitiva en abierta coordinación con las evaluaciones realizadas por las organizaciones nacionales e internacionales competentes.

El principio de Precaución o cautela se erige por lo tanto en factor de reducción de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria, imponiendo además la preceptiva revisión de su ejercicio transfiriendo, por lo tanto, facultades decisorias a Comités científicos nacionales e internacionales que ampliamente exceden de los tradicionales informes preceptivos o voluntarios emitidos en el proceso de elaboración de disposiciones generales por organismos integrados por funcionarios o empleados de organismos internos de una Administración o dependientes de otras Administraciones. El condicionamiento parcial en el ejercicio de potestades públicas normativas por parte de Comités científicos o técnicos de ámbito nacional o internacional es un fenómeno creciente y actual que merece ser considerado con atención en sus múltiples facetas y en especial en sus implicaciones jurídico-administrativas a efectos de responsabilidad patrimonial o de control judicial que exigen nuevos enfoques y tratamientos. En el propio orden profesional la pertenencia a Comités científicos o éticos, cuyos informes condicionan como hemos visto el ejercicio de la potestad reglamentaria plantea cuestiones de nuevas incompatibilidades como se apuntan en el art. 3 de la reciente Ley 29/2006 de 26 de julio de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios al exigir la incompatibilidad de pertenecer a Comités de la Agencia Española de medicamentos y productos Sanitarios, a los Comités éticos de Investigación Clínica o a los Comités ase-

sores o consultivos establecidos por las Administraciones autonómicas con cualquier clase de intereses derivados de la fabricación y venta de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

## **V. LA PROBLEMÁTICA DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS: SU POSIBLE ARTICULACIÓN A TRAVÉS DE LA AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS**

La factibilidad de las normas reglamentarias no solo debe ponderarse en la fase de su elaboración (a través de memorias, estudios, análisis coste/beneficio y otras técnicas), sino que requiere de un seguimiento en su aplicación a efectos de evaluar sus resultados e incidencia en la realidad social a efectos de poder afrontar o postular por los ciudadanos su revisión o modificación. La ingente cantidad de normas de origen reglamentario hacen utópico plantear un seguimiento evaluatorio continuo y global de esta producción normativa al margen de las dificultades de orden técnico que ello plantea. Sin embargo, si esta evaluación por resultados se inserta en el marco de las políticas públicas desarrolladas por sectores y a cargo de organizaciones especializadas, como es el caso, de la recién creadas Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos (Ley 28/2006, de 18 de julio) puede iniciarse una nueva vía de control de la calidad y los efectos de las normas reglamentarias en el marco de la denominada Gestión transparente por Objetivos que da lugar a la celebración y aprobación de un Contrato de gestión plurianual de las Agencias con el Ministerio de Administraciones Públicas.

Como ha destacado recientemente F. SAINZ MORENO (14) el centro de la evaluación de las políticas públicas se refiere a una valoración de los resultados de la actividad político-administrativas en un sector, pero sin embargo dicha valoración no puede hacerse sin consideración a las normas que ordena y rigen esta actividad. Por lo tanto, la calidad de la reglamentación es factor determinante de uno de los aspectos mas novedosos de esta nuevas organizaciones: la calidad, eficiencia y transparencia de los servicios que desarrollan y se les encomienda. En el marco de estas nuevas organizaciones se ha aprobado por Real Decreto 1418/2006 de 1 de diciembre el Estatuto de la Agencia estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, en cuyo art. 6 se determinan sus objetivos y competencias y

---

(14) F. SAINZ MORENO, *Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa*, en *La evaluación de las leyes*, E. Tecnos, 2006, p. 19 y ss.

específicamente el apartado e) del mismo se le encomienda «realizar informes sobre evaluaciones de programas públicos, sus resultados, impacto y utilización, así como el análisis o las evaluaciones de *impacto regulatorio o normativo que se prevean en la correspondiente normativa sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos por la legislación vigente*». Es manifiesto que la cultura de la evaluación y la calidad de los servicios en la gestión pública esta prácticamente iniciándose en nuestro país, pero es manifiesto que si esta evaluación del impacto regulatorio generado por una determinada normativa se desarrolla adecuadamente puede ser un elemento valorativo muy importante y fructífero para la evaluación posterior de la eficacia de los textos reglamentarios e incluso en la fase previa, pues a dicha Agencia se le encarga también la elaboración de «guías metodológicas para el análisis del *impacto regulatorio o normativo* en el ámbito de sus competencias (art. 6. j).

## **VI. HACIA UNA MEJORA DE LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN REGALMENTARIA: LOS PROGRAMAS DE SIMPLIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS**

En la misma línea de consideraciones merece también destacarse los esfuerzos impulsados oír la de la Unión europea en orden a una «Better Regulation» tanto a lo que se refiere a su propia actividad como a la de los Estados Miembros a fin «Simplificar y mejorar la Reglamentación» a efectos de disponer de una normativa simple, comprensiva y de buena calidad a nivel europeo y en los respectivos Estados. A raíz del Consejo Europeo de marzo de 2007 se ha elaborado un Programa de Acción de la Comisión Europea de Reducción de Cargas Administrativas (en un 25% para 2012) sobre las empresas europeas originadas tanto por la Comisión Europea como por cada uno de los Estados miembros, invitando a que los Estados antes de 2008 expresen un compromiso claro respecto a sus propios objetivos nacionales al respecto.

El Consejo de Ministros español el día 4 de mayo de 2007 (BOE 12 de junio) creó un Grupo de Alto nivel, presidido por el Ministro de Administraciones Públicas y representantes de los ministerios de Asuntos Exteriores, Industria, Turismo y Comercio, a fin de que elaboren un Plan para ser presentado antes que finalice 2007, con el objetivo de valorar las cargas existentes para las empresas en la legislación nacional con el objetivo de reducirlas en un objetivo de ambición comparable al 25% europeo para el año 2012; determinar la participación española en el Programa europeo; impulsar una mejora



de la regulación de «forma que se reduzcan las cargas administrativas que las nuevas normas supongan para las empresas y ciudadanos; formular nuevas iniciativas que permitan avanzar en el proceso de simplificación y acordar mecanismos de colaboración con las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales y sindicales para avanzar en la rápida identificación de aquellas medidas que permitan la reducción de cargas administrativas que dificultan la creación de nuevas empresas y limitan la actividad de las existentes. El 26 de noviembre de 2007 se firmó un Pacto entre el Gobierno y CEOE y CEPYME para afrontar la reducción de cargas administrativas especialmente con referencia a las empresas y a las pequeñas empresas, anunciado al mismo tiempo que se ampliaba el objetivo de reducción del 25 al 30% para el año 2012.

Fruto de estas actuaciones el 14 de agosto de 2008 se aprobaría el Acuerdo de reducción de Cargas Administrativas para 70 procedimientos, afectando entre otros a procedimientos de los Ministerios de Hacienda, Interiores, Trabajo y Asuntos sociales, etc. Con independencia del grado de efectividad cuantitativa de esta primera experiencia, lo importante de estos procedimientos a efectos jurídicos estriba en la metodología para alcanzar estos objetivos en cuanto focalizan el análisis sobre el Impacto regulatorio y al propio tiempo sobre la Calidad formal de las normas a efectos de que estas sean claras; precisas; y accesibles a los ciudadanos. Estos tres últimos objetivos son básicos en lo que afecta a los Reglamentos y disposiciones administrativas pues es precisamente en este marco donde existe y se plantea la máxima inflación reguladora y la creación de imposiciones y deberes de detalle más allá de lo dispuesto en las leyes y normas de origen parlamentario que son percibidos como «cargas administrativas» no solamente por los empresarios en el ámbito de la regulación económica, sino muy especialmente para los ciudadanos en sus relaciones procedimentales con las Administraciones públicas. La introducción de estudios y análisis empíricos en nuestras Administraciones sobre la composición y el alcance material de las llamadas «regulatory burden» constituye un buena noticia en cuanto puede contribuir a una mejora en la calidad y contenido de nuestras disposiciones reglamentarias, al tiempo que facilitan la utilización de los medios informáticos y telemáticos, siempre que ello no comporte una merma en las garantías jurídicas básicas (15). Por su parte las Comunidades Autónomas anun-

---

(15) Sobre modelos de valoración de las cargas administrativas, desde el punto de vista de la Ciencia de la Administración, es de interés V. LAPUENTE GINE, *¿Por qué algunos países sufren exceso de regulación?*, en «Gestión y análisis de políticas públicas», nº 26-27, enero-agosto 2003, pp. 7 a 25.

cion planes de reducción de cargas administrativas, como es el caso reciente, según los medios de comunicación, de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Este movimiento también sería necesario extenderlo a las Corporaciones locales, pues en el ámbito local en materias como el urbanismo y el medio ambiente se produce análogamente una gran actividad reguladora que deberá ser evaluada conforme a las nuevas técnicas.

# EL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN SUPERIOR EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

MARÍA ZAMBONINO PULITO

**SUMARIO:** I. EL SERVICIO DE EDUCACIÓN SUPERIOR. CONCEPTO Y NATURALEZA.— II. EL SERVICIO UNIVERSITARIO COMO SISTEMA NACIONAL EN EL QUE PARTICIPAN EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.— III. LAS UNIVERSIDADES EN CUANTO PRESTADORAS DEL SERVICIO: SU CONSIDERACIÓN COMO ENTES INSTITUCIONALES ATÍPICOS: 1. La caracterización de las Universidades como Administración Pública. 2. Las Universidades públicas como parte de la Administración institucional: A) La atribución de personalidad jurídica. B) Régimen de creación de las Universidades públicas. C) Su calificación como ente institucional atípico: la autonomía universitaria.— IV. LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN EL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR: 1. La relación de instrumentalidad: aspectos jurídicos, organizativos, de personal y económico-financieros. 2. La coordinación del sistema, límite a la autonomía universitaria.— V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO.— VI. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO: 1. La calidad del servicio. 2. El objeto de la prestación a la sociedad.— VII. EL COMPROMISO DE LA UNIVERSIDAD CON LOS VALORES SOCIALES.— ABREVIATURAS

**RESUMEN:** En el trabajo se analiza el servicio público peculiar que prestan las Universidades, partiendo del análisis de las distintas Administraciones implicadas, con especial detenimiento en la consideración de las Universidades como entes institucionales atípicos. Por lo que respecta a la prestación del servicio, se examinan aspectos como la calidad del mismo y su objeto, concluyéndose la necesidad de que el ordenamiento profundice en la tarea de la consecución de la calidad y la excelencia sin merma de otros valores que han de permanecer reconocibles como misiones esenciales de la Universidad, que no se limitan a la docencia, la investigación y el estudio, pues la Universidad, además de expedir títulos, viene llamada a procurar la formación integral del estudiante y asumir su papel como referente en la transmisión de valores sociales y su compromiso social.

*Palabras clave:* Derecho administrativo; régimen jurídico de las Universidades.

**ABSTRACT:** In the work it is analyzed the peculiar public service that gives the University, departing from the analysis of the different implied Administrations, with special thoroughness in the consideration of the Universities as atypical institutional entities. For what it concerns to the service, aspects are examined as the quality of the same one and its object, concluding the need that law penetrates into the task of the attainment

*of the quality and the excellence without wastage of other values that have to remain recognizable as essential missions of the University, which is not limited to the teaching, the investigation and the study, since the University, beside issuing titles, comes called to get the integral formation of the student and to assume a role as modal in the transmission of social values and a social commitment.*

*Key words: Administrative law; juridical regime of Universities.*

## **I. EL SERVICIO DE EDUCACIÓN SUPERIOR. CONCEPTO Y NATURALEZA**

Son ideas comúnmente admitidas que la Universidad, desde la libertad académica, el pensamiento libre y el espíritu crítico, presta un servicio a la sociedad y que lo hace desde una posición de cierta independencia, o autonomía, lo que al propio tiempo exige la rendición de cuentas de su actividad —una docencia de calidad, una investigación de excelencia— a la sociedad. A estas ideas se da carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico, en especial a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante LOU) y que más recientemente se ha revisado por la Ley 4/2007, de 12 de abril.

El que presta la Universidad es un servicio público, con notas peculiares, porque la Universidad es también peculiar. Con ser una Administración pública, parte del sector público, presenta caracteres que la configuran como una entidad atípica, esencialmente porque está dotada de autonomía al más alto nivel normativo. Esta autonomía, sin embargo, no es ilimitada pues, por una parte, las Universidades están vinculadas a otra Administración y, por otra, el carácter nacional del sistema universitario en el que también participan las Comunidades Autónomas exige la previsión y puesta en marcha de mecanismos de coordinación interadministrativa que vertebran el sistema. El nuevo régimen de las Universidades ha abordado todas estas cuestiones. Sin embargo queda todavía tarea: la calidad y la excelencia deben conseguirse sin merma de otros valores que han de permanecer reconocibles como misiones esenciales de la Universidad, que no se limitan a la docencia, la investigación y el estudio: la Universidad está para algo más que para producir títulos, y debe procurar la formación integral del estudiante y asumir su papel como referente en la transmisión de valores sociales (1).

---

(1) *Es preciso ser creativos, asumir un compromiso progresista de revisión del funcionamiento de las Universidades ... Por encima de toda consideración de utilidad social o económica inme-*

Tal es el objeto del servicio público de educación superior, que se declara como tal en el primer artículo de la LOU, encomendando a la Universidad su realización o prestación, que tiene lugar mediante la investigación, la docencia y el estudio, para lo cual se asignan a la Universidad una serie de funciones al servicio de la sociedad que se recogen en el segundo apartado del mismo precepto (2). De ahí que pueda definirse el servicio público de educación superior como el servicio público que la Universidad presta a la sociedad mediante la investigación, la docencia y el estudio en el ejercicio de las siguientes funciones: la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura; la preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística; la difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico; y la difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.

En esta breve definición, se contienen abundantes matices que caracterizan al servicio público de educación superior como un servicio peculiar, dotado de numerosas particularidades. En primer término, debe notarse el papel que el art. 1.1 LOU asigna a la Universidad: la *realización* del servicio, esto es, su prestación y ello es así porque su titularidad, como veremos seguidamente, no corresponde a la Universidad, sino a otra entidad territorial, en cuanto que convergen intereses que exceden del ámbito de la propia Universidad y que justifican títulos competenciales a favor tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. En segundo lugar, la propia entidad que presta el servicio, la Universidad, presenta rasgos peculiares, y con ser la Universidad pública parte de la Administración, puede definirse como una Administración atípica, más en concreto, como una entidad institucional atípica, naturaleza que deriva de la autonomía de la que está dotada por la Constitución. Estos tres niveles de entidades —Estado, Comunidades Autónomas,

---

*diata, la Universidad ha de ser humana y humanista, generosa, comprometida con la calidad y con la profundidad del saber* (EMBED IRUJO, A. y MICHAVILA PITARCH, F., *Hacia una nueva Universidad. Apuntes para un debate*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 18).

(2) La declaración como servicio público de la educación, en general, tiene lugar, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación. En términos similares a los de la LOU —no sin alguna diferencia de matiz que se comentará con posterioridad—, el art. 1 Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (en adelante LRU) determinaba que *el servicio público de la educación superior corresponde a la Universidad, que lo realiza mediante la docencia, el estudio y la investigación*. Sobre el servicio público de la educación, *vid.*, SÁNCHEZ VEGA, M., *La educación como servicio público en el derecho español*, Ediciones SM, Madrid, 1981.

mas y Universidades públicas— en cuanto implicados directamente en la garantía del servicio público universitario, están llamados a interrelacionarse desde una doble perspectiva pues, de una parte, cada Universidad está vinculada a una entidad territorial, que las crea o sucede a la que las creó, y, de otra, la complejidad del sistema obliga a una cuidada coordinación entre sus agentes. Las consecuencias de régimen jurídico de la complejidad reseñada son obvias: el sistema de fuentes es también complejo y, además, está configurado desde la perspectiva de aquella autonomía universitaria. De dicho régimen jurídico se extrae, al tiempo, un régimen de prestación del servicio en el que, la calidad y la excelencia en las funciones propias de la institución que nos ocupa, debe compatibilizarse con el cumplimiento de todas y cada una de sus funciones esenciales (no debería incidir negativamente, por tanto, en ninguna de ellas).

De cada uno de estos aspectos que se infieren de la definición propuesta del servicio público de educación superior nos ocuparemos a lo largo de las siguientes páginas. Como cuestión previa conviene aclarar cual sea la naturaleza del servicio público universitario.

Partiendo de la inexistencia de reserva que supone el reconocimiento a favor de las personas físicas y jurídicas de la libertad de creación de centros docentes del art. 27.6 CE, la declaración de la educación superior como servicio público debe considerarse desde aquella premisa. De este modo, puede mantenerse que el servicio a la sociedad declarado como servicio público que se presta por las Universidades públicas es un servicio público en sentido estricto, al tratarse de una actividad vinculada al interés general y cuya titularidad la ostenta la Administración. Pero el servicio a la sociedad puede también realizarse desde aquella libertad de creación de centros garantizada por el art. 27.6 CE. De ahí que el art. 5 LOU determine la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas puedan crear Universidades privadas o centros universitarios privados. La vinculación al interés general justifica que, en todo caso, una entidad pública habilite el ejercicio de la actividad.

En el caso de las Universidades privadas, dicha habilitación se produce, como establece el art. 4 LOU, a través del reconocimiento por ley, estatal o autonómica. Los centros de universitarios privados se integran en Universidades privadas, como centros propios de las mismas o se adscriben a Universidades públicas o privadas (3). En el art. 11 LOU se regula el régimen de ads-

---

(3) La posibilidad de adscripción de Centros a las Universidades privadas es una novedad introducida por la modificación de la LOU que tiene lugar mediante la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril.

cripción de los centros de educación superior adscritos a Universidades, que, en todo caso, requiere la aprobación de la Comunidad Autónoma correspondiente. Su naturaleza no tiene por qué ser exclusivamente privada, sino que el propio art. 11 extiende la posibilidad de adscribir centros públicos para impartir estudios conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional a las Universidades.

Pero la realización del servicio público de educación superior se atribuye a las Universidades en general, sin distinguir el carácter público, o privado, de las mismas. De ahí que, de acuerdo con el art. 3.2 LOU, se encomiende a las Universidades privadas la realización de las funciones que, al servicio de la sociedad, se establecen en el art. 1.2 (4). Ello exigirá que, aún no teniendo el carácter de servicio público en sentido estricto, el que presten las Universidades privadas haya de realizarse de acuerdo con unos estándares mínimos que ofrezcan un servicio a la sociedad equiparable, en términos de calidad, al exigible a las Universidades públicas.

Centrándonos en estas últimas que constituyen el objeto de estudio de las presentes páginas, debe hacerse notar que a estas corresponde la *realización* del servicio público de educación superior. La titularidad del servicio, como se ha señalado, no corresponde a las Universidades públicas, que se configuran, de este modo, en una suerte de instrumento para la gestión directa descentralizada del servicio público mediante la técnica de la descentralización funcional (5).

---

(4) El tradicional debate entre Universidad pública y Universidad privada parece estar superado, en el entendimiento de que pueden convivir, porque, como apunta EMBID IRUJO, A., *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 19, *los ciudadanos ponemos hoy predominantemente el acento de nuestro interés en la demanda de calidad de los servicios públicos y de los servicios de interés común que proporcionan las empresas privadas, con exigencias claras en esa dirección a sus distintos responsables*. Ahora bien, es indiscutible el papel básico de la Universidad pública, en la que debe centrarse la financiación pública, sin perjuicio de que el sistema de becas se aplique también a los alumnos de las privadas o que sus investigadores puedan concurrir a convocatorias de fondos de investigación (EMBID IRUJO, A. y MICHAVILA PITARCH, F., *Hacia una nueva Universidad. Apuntes para un debate*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 23 ss.).

(5) De ahí que la LOU haya sustituido los términos empleados por la LRU, en cuyo art. 1 se determinaba que el servicio público de educación *corresponde* a la Universidad. La redacción que se da en la LOU determina que dicho servicio público se *realiza* por la Universidad.

## **II. EL SERVICIO UNIVERSITARIO COMO SISTEMA NACIONAL EN EL QUE PARTICIPAN EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

El servicio público universitario, entendido como el conjunto de prestaciones dirigidas a satisfacer la educación superior, se configura, en la LOU, como un sistema nacional, en el que, sin embargo, y en base a la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en esta materia y dado que concurren tanto intereses generales estatales como autonómicos, también van a participar estas. Habrá que estar pues al reparto competencial para conocer el exacto alcance de la participación de cada una de las entidades implicadas.

De acuerdo la Disposición final primera LOU, las competencias del Estado en materia universitaria se fundamentan en cuatro títulos competenciales expresados en el art. 149.1 CE. En primer término, el apartado 30, atribuye al Estado la competencia exclusiva de la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. Como materia propiamente universitaria, aunque no exclusiva de las Universidades, el art. 149.1.15 establece la competencia exclusiva del Estado en relación al fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica. Pero además, en la medida que el derecho a la educación es un derecho fundamental, también se invoca el apartado 1 del art. 149.1, en cuya virtud, al Estado corresponde la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Finalmente, en cuanto Administraciones públicas, la competencia estatal en materia de Universidades se justifica en el título competencial expresado en el art. 149.1.18 (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas).

Por lo que hace a las Comunidades Autónomas, la única referencia que se encuentra en el art. 148 CE es a la investigación, respecto de la que podían asumir en sus Estatutos competencias de fomento (art. 148.1.17 CE). En este



sentido la competencia en materia de investigación es una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas (6). Ha de estarse, por tanto, a los Estatutos de Autonomía para conocer el exacto alcance de las competencias que, en el margen que permite el art. 149.1 CE, se han asumido en materia de enseñanza superior. En materia de educación, con matices de redacción, las Comunidades Autónomas asumieron inicialmente la competencia plena para la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 27 CE y Leyes Orgánicas que conforme al art. 81.1 CE, lo desarrollen; de las facultades que atribuye al Estado el art. 149.1.30 CE y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía (7). Las competencias asumidas en materia de Universidades en el proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía emprendido en los últimos años, se han perfilado en lo que a su contenido concreto se refiere, con la evidente ventaja de aclaración de su alcance. La relación de competencias más detallada se recoge en los Estatutos catalán y andaluz, en los que se sistematizan de manera muy similar y en función del carácter de la competencia —exclusiva, compartida o de ejecución— (8). En esta línea,

---

(6) En cumplimiento del mandato contenido en el art. 44.2 CE, en cuya virtud, *los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*. En los Estatutos de Autonomía, se asume de diferente modo la competencia en materia de investigación, dotándose, en la mayoría de los casos, de carácter exclusivo dentro del marco establecido por el 149.1.15 CE. Sobre esta cuestión, PIÑAR MAÑAS, J.L., «El sistema institucional de investigación científica y la Universidad», *RAP* núm. 118, 1989, p. 151 y CUETO PÉREZ, M., *Régimen jurídico de la investigación científica: la labor investigadora en la Universidad*, Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 115 ss. En este ámbito, son por tanto compatibles las políticas científicas estatal y autonómicas desde la perspectiva de la Constitución que deja sentado, no obstante, que las facultades de coordinación general corresponden al Estado, lo que, por otra parte, como dejó señalado la STC 90/1992, de 11 de junio, no puede suponer un vacío de contenido de la competencia autonómica.

(7) Las competencias en materia de educación se asumieron, en un primer momento, por las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía y Navarra, transfiriéndose a Canarias y Valencia mediante Leyes Orgánicas de transferencias del art. 150.2 CE. Las Comunidades Autónomas de segundo grado tuvieron que esperar a las reformas estatutarias de 1994, para asumir dicha competencia.

(8) Como competencias exclusivas se establecen la programación y la coordinación del sistema universitario autonómico en el marco de la coordinación general; las decisiones de creación de Universidades públicas y la autorización de las privadas; la aprobación de los estatutos de las Universidades públicas y de las normas de organización y funcionamiento de las Universidades privadas; la coordinación de los procedimientos de acceso a las Universidades; el marco jurídico de los títulos propios de las Universidades, de acuerdo con el principio de autonomía universitaria; la financiación propia de las Universidades y, si procede, la gestión de los fondos estatales en materia de enseñanza universitaria; la regulación y la gestión del sistema propio de becas y ayudas a la formación universitaria y, si procede, la regulación y la gestión de los fondos estatales en esta

aunque en menor detalle, deben incluirse también las actuales redacciones de los arts. 36 EA Baleares, 73 EA Aragón y 73 EA Castilla y León (9).

Debe hacerse notar desde este momento, sin perjuicio de que abundemos en ello en el lugar correspondiente, que la autonomía universitaria de la gozan las Universidades conforme al art. 27.10 CE no es pues, ilimitada, sino que por el contrario, ha de desarrollarse en ese marco competencial del que

---

materia: el régimen retributivo del personal docente e investigador contratado de las Universidades y el establecimiento de las retribuciones adicionales del personal docente funcionario. Son competencias compartidas autonómicas la regulación de los requisitos para la creación y el reconocimiento de Universidades y centros universitarios y la adscripción de estos centros a las Universidades; el régimen jurídico de la organización y el funcionamiento de las Universidades públicas; incluyendo los órganos de gobierno y representación; la adscripción y la desadscripción de centros docentes públicos o privados para impartir títulos universitarios oficiales y la creación, la modificación y la supresión de centros universitarios en Universidades públicas, así como el reconocimiento de estos centros en Universidades privadas y la implantación y la supresión de enseñanzas; la regulación del régimen de acceso a las Universidades; la regulación del régimen del profesorado docente e investigador contratado y funcionario; la evaluación y la garantía de la calidad y de la excelencia de la enseñanza universitaria, así como del personal docente e investigador. Finalmente, se determina la competencia autonómica ejecutiva en relación a la expedición de títulos universitarios. *Vid.*, arts. 127 EA Cataluña, Ley Orgánica 6/2006, de 19 julio, y 53 EA Andalucía, Ley Orgánica 2/2007, de 19 marzo.

(9) En los EA de Baleares y Castilla y León se asume la competencia autonómica de desarrollo legislativo y de ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades. Como competencias exclusivas, el art. 36 EA Baleares (Ley Orgánica 1/2007, de 28 febrero de Reforma del Estatuto de Autonomía), establece, sin perjuicio de la autonomía universitaria, la programación y la coordinación del sistema universitario, la financiación propia de las Universidades y la regulación y la gestión del sistema propio de becas y ayudas. Con mayor detalle, las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma establecidas en el art. 73 EA Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 noviembre de Reforma del Estatuto de Autonomía), sin perjuicio de la autonomía de las Universidades, son las siguientes: la programación y coordinación del sistema universitario de Castilla y León; la creación de Universidades públicas y autorización de las privadas; la aprobación de los estatutos de las Universidades públicas y de las normas de organización y funcionamiento de las privadas; la coordinación de los procedimientos de acceso a las Universidades y regulación de los planes de estudio; el marco jurídico de los títulos propios de las Universidades; la financiación de las Universidades; la regulación y gestión del sistema propio de becas y ayudas al estudio; el régimen retributivo del personal docente e investigador contratado en las Universidades públicas y el establecimiento de retribuciones complementarias del personal docente e investigador funcionario. Finalmente, el art. 73 EA Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía), dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, que, en todo caso, incluye la ordenación del sector de la enseñanza y de la actividad docente y educativa, su programación, inspección y evaluación; el establecimiento de criterios de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos para asegurar una red educativa equilibrada y de carácter compensatorio; la promoción y apoyo al estudio; la formación y el perfeccionamiento del personal docente; la garantía de la calidad del sistema educativo, y la ordenación, coordinación y descentralización del sistema universitario de Aragón con respeto al principio de autonomía universitaria.

se derivan funciones que corresponden tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas. O en otros términos, *la razón de ser de la autonomía universitaria tutelada por el art. 27.10 de la Constitución no es otra que la de protección de la libertad académica —de enseñanza, estudio e investigación— frente a injerencias externas (SSTC 55/1989, 106/1990, 187/1991), lo cual no excluye las limitaciones que a esa autonomía imponen otros derechos fundamentales, la existencia de un sistema universitario nacional —que exige instancias coordinadoras— o las limitaciones propias del servicio público que desempeña (STC 26/1987).*

### **III. LAS UNIVERSIDADES EN CUANTO PRESTADORAS DEL SERVICIO: SU CONSIDERACIÓN COMO ENTES INSTITUCIONALES ATÍPICOS**

#### **1. La caracterización de las Universidades como Administración Pública**

En virtud de la declaración contenida en el art. 3.1 LOU, en la que se pretende determinar la naturaleza de las Universidades, según se desprende del título que se le da al mismo (10), las Universidades públicas son las instituciones creadas por Ley de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o de las Cortes Generales a las que se asigna las funciones al servicio de la sociedad a las que se hizo referencia más atrás, relacionadas en el art. 1.2 LOU. La lectura del precepto, sin embargo, no suministra el dato acabado que permita la aprehensión de su exacta naturaleza, sin perjuicio de que aporte indicios, en absoluto desdeñables, para que pueda concretarse (11).

---

(10) Su tenor literal es el siguiente:

*Artículo 3. Naturaleza.*

*1. Son Universidades públicas las instituciones creadas por los órganos legislativos a que se refiere el apartado 1 del artículo 4 y que realicen todas las funciones establecidas en el apartado 2 del artículo 1.*

Por su parte, los arts. 4.1 y 1.2 LOU hacen referencia a los órganos legislativos y a las funciones de la Universidad mencionados, respectivamente, en texto.

(11) Esta es, por lo demás, la línea seguida por la legislación tradicional en materia de Universidades, que no ha definido a la Universidad, dejando a salvo la excepción constituida por el artículo Primero de Ley de 28 de julio de 1943, de Ordenación de la Universidad Española que conceptuaba a la Universidad española como *una corporación de maestros escolares a la que el Estado encomienda la misión de dar la enseñanza en el grado superior y de educar y formar a la juventud para la vida humana, el cultivo de la ciencia y el ejercicio de la profesión al servicio de los fines espirituales y del engrandecimiento de España.*

La calificación de las Universidades públicas como instituciones conlleva la consideración implícita por el legislador de las Universidades como parte de la denominada Administración institucional o instrumental, asunto al que posteriormente dedicaremos especial atención. En este momento nos centraremos en la cuestión de su consideración como Administraciones Públicas, idea que puede vislumbrarse en la disposición final primera de la LOU, que menciona entre los títulos bajo cuya cobertura se dicta la Ley estatal, el contenido en el art. 149.1.18, que cómo es sabido atribuye al Estado las competencias relativas al régimen de las Administraciones públicas, de lo que puede concluirse que el legislador estatal implícitamente parte de considerar como tales a las Universidades públicas (12). Junto a ello, son diversas las menciones de la LOU que permiten llegar a la misma conclusión.

En primer término, el art. 6.4 LOU residencia en la jurisdicción contencioso-administrativa las pretensiones que se deduzcan frente a los actos dictados por la Universidad. El precepto especifica los actos que agotan la vía administrativa y son impugnables *directamente* ante la jurisdicción contencioso-administrativa —resoluciones del Rector y acuerdos del Consejo Social, del Consejo de Gobierno y del Claustro Universitario—, lo que *a contrario* determina que el resto de los actos dictados por otros órganos de la Universidad podrán impugnarse ante dicha jurisdicción cuando agoten la vía administrativa, de ahí que pueda predicarse la aplicación del Derecho administrativo a las Universidades. Desde la perspectiva de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que debe entenderse por Administraciones Públicas, a los efectos de la propia Ley, se determina en el art. 3.2, esto es, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración local y las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales. Dado que, al regularse la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa no se hace otra referencia expresa a las Universidades —que tampoco se encuentran relacionadas en el art. 1.3, entre los órganos constitucionales cuyos actos se conocen por esta jurisdicción—, es en este último grupo en el que, por exclusión, han de considerarse comprendidas (13).

---

(12) Vid. DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel, *La Universidad: una administración pública en trance de revisión*, Diario La Ley (núm. 6318 de 2005), pp. 1 a 5. También en *Estudios sobre Régimen Jurídico Universitario*, Universidad de Burgos, Servicio de Publicaciones, Burgos, 2006, pp. 13 ss.

(13) Sobre ello, GURREA CASAMAYO, F., «Las Universidades públicas ante el nuevo régimen contencioso-administrativo», en esta REVISTA, núm. 14, pp. 503 ss.

En segundo lugar, la previsión de un régimen funcional para su personal docente e investigador y de administración y servicios —que, como es sabido, convive con el del personal contratado en ambos ámbitos (14)—, permite también entender que las Universidades públicas son Administraciones públicas. Y en esta misma línea cabe mencionar la remisión, en cuanto al régimen de la actividad económico-financiera de las Universidades, a la legislación financiera y presupuestaria aplicable al sector público (15), o la atribución a las mismas de la titularidad de los bienes de dominio público afectos al cumplimiento de sus funciones, cuya administración y disposición ha de ajustarse a las normas generales que rijan en esta materia (16). En relación a este último extremo, debe señalarse que los bienes de dominio público o demaniales son una de las tipologías, junto a los de dominio privado o patrimoniales, que integran el patrimonio de las *Administraciones Públicas*, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Decir que las Universidades son titulares de bienes de dominio público es afirmar, pues, que son Administraciones Públicas.

En la legislación universitaria autonómica pueden encontrarse referencias puntuales que implícitamente parten de la consideración de que las Universidades son Administración pública, en la mayoría de los casos por la remisión, en cuanto a su contratación, a la legislación de contratos de las Administraciones públicas (17). Ésta, por lo demás, ha considerado expresamente a las Universidades públicas como Administraciones públicas dentro del sector público, al disponer el art. 3.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que, *dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades: ... c) Las Universidades Públicas.*

Es de singular interés la regulación que, en cuanto al régimen jurídico de las Universidades introduce la ley catalana, al establecer el carácter suple-

---

(14) *Vid.*, arts. 47 y 73 LOU.

(15) Art. 79.2 LOU.

(16) Art. 80 LOU.

(17) En este sentido, arts. 160 Ley 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades de Cataluña, 102 Ley 3/2004, de 25 febrero, de Universidades del País Vasco y 65 Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia. Sobre la aplicabilidad de la legislación de contratos por las Universidades, *vid.*, SOSA WAGNER, F., «La contratación pública en las Universidades», en *Las Universidades públicas y su régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 61 ss.

torio de la legislación general de las Administraciones públicas, por una parte, y al atribuirle la generalidad de potestades de las mismas (18).

La Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades ha ido más allá, reconociendo directamente la naturaleza de Administraciones públicas de las Universidades públicas andaluzas, atribuyéndoles las prerrogativas y potestades propias de las Administraciones públicas y sometiéndolas a los principios a los que, con carácter general, estas han de ajustar su actuación. La ley andaluza, en el Capítulo VI del Título I regula «la actuación administrativa» de las Universidades; consta dicho Capítulo de dos preceptos (arts. 28 y 29), en el primero de los cuales se regulan las prerrogativas y potestades de las Universidades como sigue:

*1. Las Universidades públicas andaluzas, en su calidad de Administraciones públicas, y dentro de la esfera de sus competencias, ostentarán las prerrogativas y potestades propias de las mismas y, en todo caso, las siguientes:*

- a. La potestad de reglamentación de su propio funcionamiento y organización.*
- b. La potestad de programación y planificación.*
- c. La potestad de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.*
- d. La presunción de legalidad y ejecutividad de sus actos.*
- e. Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.*
- f. La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.*
- g. La inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes, las prelacións y preferencias reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de la Comunidad Autónoma.*
- h. La exención de garantías, depósitos y cauciones ante cualquier órgano administrativo de la Junta de Andalucía.*

---

(18) Apartados 3 y 4 del art. 102 Ley 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades de Cataluña:

*3. En defecto de norma expresa y en el marco de la legislación básica del Estado, es de aplicación supletoria a las Universidades públicas de Cataluña la legislación de la Generalidad sobre el procedimiento administrativo, el régimen de los funcionarios de la Administración de la Generalidad, salvo el régimen estatutario aplicable a los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios, el régimen patrimonial y financiero y la contratación administrativa.*

*4. Las Universidades públicas ejercen las prerrogativas establecidas por la normativa vigente para las administraciones públicas, excepto las propias y exclusivas de los entes territoriales.*

2. De acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, tendrán plena capacidad para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras y servicios, obligarse, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las leyes.

Por su parte, el art. 29 de la misma Ley Andaluza de Universidades establece los *principios de gestión* a los que han de adecuarse los *servicios académicos, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento de las Universidades andaluzas*, mencionando, en lo esencial, los principios a los que como es sabido ha de ajustarse la actuación de las Administraciones Públicas de acuerdo con establecido en el art. 103 CE, y en concreto, los de *eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación*, a los que añade la ley los de *cooperación y asistencia activa a otras Universidades y Administraciones públicas*.

## **2. Las Universidades públicas como parte de la Administración institucional**

Para entender qué tipo de Administración es la Universidad, además de su definición como *institución* a la que ya se ha hecho referencia, son determinantes referencias que se contienen en la LOU, como la atribución a las Universidades de personalidad jurídica, el reconocimiento, que arranca de la propia CE, de su autonomía, así como la encomienda a las mismas de la *realización* del servicio público de la educación superior.

### **A) La atribución de personalidad jurídica**

El artículo 2.1 LOU dota a las Universidades de personalidad jurídica (19), poniendo dicho dato en conexión directa con el de la autonomía: *Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas* (20). Sin perjuicio

---

(19) Tal atribución se realiza también en favor de las Universidades privadas, estableciéndose que adoptarán algunas de las formas admitidas en Derecho y determinando que su objeto social exclusivo será la educación superior.

(20) La personalidad jurídica, sin embargo, para la Ley de 28 de julio de 1943, de Ordenación de la Universidad Española, servía para posicionar a la Universidad *en una justa línea media que excluye el intervencionismo rígido y la autonomía abusiva* (*vid.*, Exposición de Motivos). Dicha personalidad jurídica se limitaba, de acuerdo con el art. 5 de la citada Ley, al ejercicio de funcio-

de que dejemos para un momento posterior el análisis de los efectos del reconocimiento de la autonomía universitaria desde la perspectiva, exclusiva, de lo que a este trabajo interesa, debe dejarse sentado en este lugar que la atribución de personalidad jurídica comporta una serie de consecuencias que nos permitirán aproximarnos al objetivo último de estas páginas, la determinación de la naturaleza jurídica de las Administraciones públicas.

Siendo la personalidad el dato permanente en una Administración, a través del cual se hace posible su sometimiento al Derecho y, en concreto, al Derecho administrativo, puede redundarse en el carácter de Administración pública, distinta a otras, de las Universidades públicas, que por ello se configuran como sujetos de derecho y, por tanto como titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos y obligaciones, que ostentan potestades e intervienen en las relaciones jurídicas, pudiendo así efectuar todo tipo de contratos e intervenir en los más diversos negocios jurídicos (21). El dato de la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas, reconocido en nuestro ordenamiento en el art. 3.4 LPAC (22), implica que cada Administración es una única persona jurídica. Junto a ello, debe recordarse que de acuerdo con el art. 2 LPAC y a los efectos de la propia Ley, en el concepto de Administraciones públicas deben entenderse incluidas, además de las Administraciones territoriales, las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públi-

---

nes universitarias, siendo necesaria la autorización del Ministerio de Educación Nacional para las adquisiciones onerosas o lucrativas y para toda clase de enajenaciones o imposición de gravámenes, así como para la anual vigencia de su presupuesto. Será la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación, la que atribuya, como consecuencia del dato de la personalidad jurídica de las Universidades, la plena capacidad de obrar y determine que tendrán patrimonio propio: *Las Universidades tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio y gozarán de plena capacidad para realizar, todo género de actos de gestión y disposición, sin más limitaciones que las establecidas por las Leyes* (art. 63.3 Ley 14/1970). Tras la promulgación de la Constitución Española y el reconocimiento de la autonomía de las Universidades por el art. 27.10, la LRU, ligará el dato de la personalidad jurídica a dicha autonomía, en sentido similar al que actualmente se recoge en la LOU: *Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas* (art. 3.1 LRU). Por lo demás, el art. 2.1 LOU expresamente atribuye personalidad jurídica a las Universidades privadas.

(21) Como es bien sabido la teoría personalista o estatutaria fue apuntada por el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA en un conocido trabajo, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos», *RAP* núm. 27, p. 85 y desarrolladas en otro posterior («Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario», *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pp. 319 y 320) que posteriormente ha pasado al *Curso de Derecho administrativo*, elaborado en colaboración con T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Más recientemente este autor reiteró su posición en «El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público», *RAP* núm. 129, 1992, p. 195 ss.

(22) *Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.*



cas, que tendrán asimismo la consideración de Administración Pública (23). De esta definición, cabría ya llegar a conclusiones sobre la concreta naturaleza de las Universidades públicas pues, tanto por exclusión como por definición, no son Administraciones territoriales, lo que las colocaría necesariamente en el último grupo de entidades citadas en el art. 3.4 LPAC (24).

Por exclusión porque la atribución de personalidad jurídica implica que es una Administración única y distinta a otras, por lo que no puede confundirse o identificarse con las entidades enumeradas en el art. 2.1 —Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas o las entidades que integran la Administración local— (25). Por definición porque las Universidades públicas no son entes que se organicen para el cumplimiento de la pluralidad de fines propios de la colectividad asentada en un determinado territorio, que es como se definen, cabalmente, las Administraciones territoriales. Por el contrario, se trataría de un supuesto en el que el ente territorial crea a otro ente dotado de personalidad jurídica para la gestión descentralizada de determinadas funciones de aquel —en el caso el servicio público de educación superior—, y por tanto para el cumplimiento de fines distintos de los particulares de los individuos que lo integran, y en el que el territorio no constituye un factor determinante. Esta naturaleza de ente no territorial tiene además como consecuencia que las Universidades públicas no estén investidas de la titularidad de todas las potestades públicas propias de las Administraciones territoriales y que sus competencias no se extiendan a todos los sujetos que se encuentren en el territorio de su jurisdicción. En definitiva, estaríamos ante un supuesto, en el caso de las Universidades, de ente

---

(23) El precepto sujeta la actividad de dichas Entidades a la LPAC cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación. Sobre la sujeción de las Universidades a diversos aspectos regulados en la LPAC pueden verse los trabajos de ALEGRE ÁVILA, J.M., «El régimen de los órganos colegiados: su extensión a los órganos colegiados universitarios», en *Las Universidades públicas y su régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 326 ss. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J., «Perspectiva jurisprudencial de los requisitos formales del procedimiento administrativo en el ámbito de la Universidad», *REDA* núm. 109, pp. 115 ss.

(24) Como entidades de Derecho público las califican SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., y PALENCIA HERREJÓN, F., *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 51 ss.

(25) *Cualquier intento de equiparación entre la Universidad Pública, como es la de Granada, y el Estado o las Comunidades Autónomas tropieza concluyentemente con el régimen establecido por la propia Ley de Reforma Universitaria, en especial a tenor del reconocimiento de su autonomía en el artículo 27.10 de la Constitución, como de su plena y completa personalidad jurídica, art. 3 de la Ley 11/1983, de manera que configura a las Universidades como una nueva categoría de administración pública* (STSJ Andalucía 20 marzo 2000).

institucional de Derecho público (26), creado por un ente territorial mediante un acto fundacional.

## **B) Régimen de creación de las Universidades públicas**

A la entrada en vigor de la LOU el proceso de traspaso de Universidades transferida estaba concluido, de modo que todas las Universidades públicas, salvo la UNED y la UIMP, se traspasaron, mediante los correspondientes Reales Decretos de traspasos de servicios, de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas, integrándose en el ámbito de las mismas que se subrogaron en la posición del Estado al que, por tanto, sucedieron.

Por su parte, la LOU determina el régimen de creación de las Universidades públicas en el art. 4, estableciendo que puede tener lugar por ley estatal o autonómica. En este último caso, la ley habrá de dictarse por la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial haya de establecerse la Universidad en cuestión. La ley estatal, en su caso, se dictaría a propuesta del Gobierno, de acuerdo con el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial haya de establecerse. Como puede apreciarse, la posibilidad de que existan, al margen de la UNED o de la UIMP, otras Universidades estatales se supedita al acuerdo previo con el Consejo de Gobierno autonómico (27).

En cualquier caso, sea la Comunidad Autónoma o el Estado quien tome la iniciativa, es preceptivo, aunque no vinculante, el informe previo del *Consejo de Coordinación Universitaria*, según la redacción que no ha corregido la Ley 4/2007, de 12 de abril, del art. 4.2 LOU. El olvido debe interpretarse, en mi opinión, dando cabida a los dos nuevos órganos de coordinación del

---

(26) Como instituciones califica el art. 3 LOU a las Universidades públicas, según se expuso más atrás. La STC 240/2001 de 18 diciembre, por su parte, las califica como entidades de Derecho público.

(27) Al respecto, la disposición adicional primera de la LOU aclara que las Cortes Generales y el Gobierno ejercerán las competencias que la presente Ley atribuye, respectivamente, a la Asamblea Legislativa y al Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, en cuanto se refiere a las Universidades creadas o reconocidas por Ley de las Cortes Generales, de acuerdo con lo establecido en el art. 4, y en atención a sus especiales características y ámbito de sus actividades, a la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. La constitucionalidad de esta previsión ha sido discutida por alguno de los recursos interpuestos contra la LOU. SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., y PALENCIA HERREJÓN, F., *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 162 y 163, mantienen la constitucionalidad de la disposición que justifican en el art. 27.5 CE, que vincula a todos los poderes públicos, incluido el Estado, y en el 149.1.30, que habilita al Estado a desarrollar el art. 27 CE.

sistema nacional cuyo régimen se desarrollará con posterioridad, esto es, tanto a la Conferencia General de Política Universitaria como al Consejo de Universidades, por existir, en estos casos, motivos que avalan la intervención tanto del órgano que coordina desde la perspectiva política, como de aquel que lo hace desde el punto de vista académico (28). A la Administración estatal corresponde también otra competencia relacionada con la creación de Universidades, sean estatales o autonómicas, cual es la determinación, con carácter general, de los requisitos básicos para ello, que deberán contemplar los medios y recursos adecuados para el cumplimiento por las Universidades de las funciones a que se refiere el art. 1.2 LOU. Estos requisitos se dictarán previo informe del *Consejo de Coordinación Universitaria*, ex art. 4.3 LOU, referencia que debe interpretarse en el sentido que se acaba de dar a la previsión anterior. El comienzo de las actividades, no obstante, corresponde autorizarlo a la Comunidad Autónoma, una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos señalados en el apartado anterior y de lo previsto en la Ley de creación (29). Convenimos con SOUVIRÓN MORENILLA y PALENCIA HERREJÓN en que, si bien la LOU no ha regulado los supuestos de extinción y modificación en el caso de las Universidades públicas —aunque lo hace en el caso de las privadas, debe regir en estos casos el principio del *contrarius actus* (30), por lo que el mismo procedimiento sería aplicable. Lo que la LOU sí ha previsto es la obligación de las Universidades de mantener en funcionamiento sus centros y enseñanzas durante el plazo mínimo que resulte de la aplicación de las normas generales que se dicten en desarrollo de los artículos 34 y 35, en los que se regulan los títulos universitarios y los títulos oficiales, por lo que debe estarse al art. 28.4 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, precepto en el que se regula la modificación y extinción de los planes de estudios conducentes a títulos oficiales, y en cuya virtud las Universidades están obligadas a garantizar el adecuado desarrollo efectivo de las enseñanzas que hubieran iniciado sus estudiantes hasta su finalización.

---

(28) En tal sentido, son obvias las razones por las que convendría el informe académico del Consejo de Universidades. Por otra parte la entrada en el procedimiento de la Conferencia General de Política Universitaria se justifica en el marco de la programación general de la enseñanza universitaria, materia en relación a la que el art. 27 bis.1, le asigna la función de planificación, informe, consulta y asesoramiento.

(29) Art. 4.4 LOU.

(30) SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., y PALENCIA HERREJÓN, F., *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 111 y 112.

### C) Su calificación como ente institucional atípico: la autonomía universitaria

Sentado su carácter de ente institucional, su categorización viene marcada por el dato de la autonomía de que gozan las Universidades. Esta nota los posiciona, a mi entender, entre los denominados entes institucionales atípicos (31), calificación, además, intensificada por su carácter representativo, sin que este último dato, por otra parte, permita calificarlas como corporaciones (32).

La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE), incluye a las Universidades no transferidas, en la relación de organismos públicos que se rigen por su legislación específica, remitiéndose también a su normativa propia en cuanto al régimen de los *organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado*, tipología en la que deben entenderse comprendidas las Universidades que cree el Estado (33). Las Universidades estatales gozan

---

(31) En este sentido EMBID IRUJO, A., *La enseñanza en España en el umbral del silo XXI*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 90, para quien hay múltiples posibilidades para calificarlas. Pero por las características participativas de su organización y la naturaleza del derecho fundamental que la sustentan, le llevan a definirla, no como un típico organismo autónomo, sino como un *ente institucional atípico con una estructura marcada básicamente por la idea participativa*. Como el propio autor señala, todavía al amparo de la LRU, se mantendrían tesis que partían de su carácter de entes institucionales típicos, calificándolas como organismos autónomos. En tal sentido, se citan en la obra de EMBID IRUJO (*ib.*) los trabajos de JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, J., *Los organismos autónomos españoles, tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987, p. 407 y PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, Vol. II, *Organización y Empleo Público*. En mi opinión, estas tesis podían encontrar su acomodo en el Decreto 1348/1962, de 14 de junio, por el que se aprobó la clasificación de los Organismos Autónomos, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la Ley de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas y que clasificó a las Universidades como organismos autónomos del grupo b), esto es, como *organismos autónomos que atiendan a los servicios que les estén encomendados mediante subvenciones consignadas en los Presupuestos del Estado o mediante estas subvenciones y el rendimiento de los impuestos, arbitrios, tasas, recargos y exacciones que tengan establecidos*.

(32) La autogestión universitaria, nota sobre la que volveremos con posterioridad, ha constituido un argumento para concluir la naturaleza de corporaciones de las Universidades públicas. Como corporación calificaba a la Universidad la Ley de 28 de julio de 1943, de Ordenación de la Universidad Española. Este debate se replantearía con la aprobación de la LRU. Seguimos, sin embargo, a SOUVIRÓN para quien las Universidades no constituyen corporaciones de Derecho público, aportando numerosos argumentos a los que nos remitimos (*vid.*, SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., y PALENCIA HERREJÓN, F., *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 53 ss.).

(33) Disposición adicional décima.

pues de la naturaleza de entes institucionales atípicos, salvo en el caso de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo que, en atención a sus especiales características y ámbito de sus actividades, mantiene, en virtud de la disposición adicional tercera LOU, su *carácter de Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y plena capacidad para realizar todo género de actos de gestión y disposición para el cumplimiento de sus fines, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes* (34).

En lo que respecta a las restantes Universidades públicas, ha de estarse a las leyes autonómicas de desarrollo institucional. En concreto, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía, cabría calificar a las Universidades públicas andaluzas como «Entidades con régimen de independencia funcional o de especial autonomía», pues considera como Administración institucional a las *entidades públicas vinculadas con personalidad jurídica propia a las que se les reconozca expresamente por ley independencia funcional o un especial régimen de autonomía respecto de la Administración de la Junta de Andalucía*, como puede apreciarse, en términos muy similares a los empleados por la LOFAGE (35).

Tal y como se ha apuntado, la caracterización de las Universidades como entes institucionales atípicos viene determinada por la garantía de su autonomía que tiene lugar al máximo nivel normativo (36), lo que permite conside-

---

(34) De acuerdo con dicha disposición adicional la UIMP goza de autonomía en el ejercicio de sus funciones docentes, investigadoras y culturales y se rige, de acuerdo con tal calificación, por la normativa propia de los Organismos autónomos a que se refiere el art. 43.1.a) de la LOFAGE.

(35) En el resto de Comunidades Autónomas, tan sólo se hace referencia a los denominados entes independientes o atípicos en el art. 73 de la Ley 6/2002, de 20 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en cuya virtud, integran la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, además de los organismos públicos, *aquellas otras entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria que se regularán por su normativa específica, y supletoriamente por lo establecido con carácter general en la presente Ley para los organismos públicos*.

(36) De acuerdo con el art. 27.10 CE, *Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca*. Es abundante la bibliografía en materia de autonomía universitaria. Al respecto, por todos, ARIÑO ORTIZ, G., «Autonomía y reforma universitaria. La Ley Maravall», *Cuenta y razón*, 13, 1983; BRICALL, M., «El ejercicio de la autonomía por las Universidades», en *El desarrollo de la Reforma Universitaria*, Madrid, 1987; EMBID IRUJO, A., «La autonomía de las Universidades y la autonomía de las Comunidades Autónomas», *IV Curso sobre régimen jurídico de las Universidades públicas*, Lex Nova, 1998; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *La autonomía universitaria: su ámbito y sus límites*, Madrid, 1982; MARTÍN RETORTILLO, L., «Autonomía universitaria y autogobierno de la Universidad y otros temas», Universidad de Zaragoza, 1980; NIETO, A., «Autonomía

rarlas como una expresión del principio de descentralización funcional en su expresión más agudizada. Esta nota impregnará el régimen de la relación de instrumentalidad que tiene lugar entre las Universidades públicas y la entidad territorial matriz, a la que posteriormente se hará alusión.

Es la dimensión institucional de la autonomía de las Universidades la que interesa señalar desde la perspectiva de este trabajo. En este sentido, tras reconocer la autonomía universitaria —que pone en directa conexión con la coordinación entre las Universidades—, el art. 2 LOU determina su exacto contenido, fundamentándola en la libertad académica —y en su triple dimensión de libertad de cátedra, de investigación y de estudio (37)— y poniéndola en conexión, directamente, con el principio de rendición de cuentas a la sociedad, de modo que será la autonomía universitaria la que exija y haga posible *que docentes, investigadores y estudiantes cumplan con sus respectivas responsabilidades, en orden a la satisfacción de las necesidades educativas, científicas y profesionales de la sociedad, así como que las Universidades rindan cuentas del uso de sus medios y recursos a la sociedad (38)*.

---

política y autonomía universitaria», *Revista del departamento de Derecho Político*, UNED, núm. 5; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La autonomía universitaria», *RAP* núm. 117, 1988; LEGUINA VILLA, J., «La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Vol. II; LEGUINA VILLA, J. y ORTEGA, L., «Algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria», *REDA* núm. 35, 1982; LINDE, E., «La autonomía universitaria», *RAP* núm. 84; LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B., *La autonomía de las Universidades como derecho fundamental, la construcción del Tribunal Constitucional*, Civitas, 1991; MARTÍN RETORTILLO, L., «Autonomía universitaria y autogobierno de la Universidad y otros temas», Universidad de Zaragoza, 1980; SÁNCHEZ BLANCO, A., «El derecho fundamental a la autonomía universitaria», *RVAP* núm. 22, 1988; LOPERENA ROTA, D., «El marco de la autonomía universitaria tras la STC 26/1987, de 27 de febrero», *RVAP* núm. 21, 1988, pp. 22 ss.; SOSA WAGNER, F., *El mito de la autonomía universitaria*, Civitas, 2007; CARRO, J.L., «Libertad científica y autonomía universitaria», *REDA*, núm. 13.

(37) Vid., art. 2.3 LOU: La actividad de la Universidad, así como su autonomía, se fundamentan en el principio de libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio. El concepto de libertad académica sería introducido por la STC 26/1987, de 27 de febrero, y será acuñado, a nivel legal, por la LRU, que, de acuerdo con la citada Sentencia, fundamentó la actividad de la Universidad, así como su autonomía, en el principio de la libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio (art. 2 LRU).

(38) La Exposición de Motivos de la LOU define a la propia Ley como *una Ley de la sociedad para la Universidad*, que constituye *el marco adecuado para vincular la autonomía universitaria con la rendición de cuentas a la sociedad que la impulsa y la financia y es el escenario normativo idóneo para que la Universidad responda a la sociedad, potenciando la formación e investigación de excelencia, tan necesarias en un espacio universitario español y europeo que confía en su capital humano como motor de su desarrollo cultural, político, económico y social*.

Configurada la autonomía universitaria como la dimensión institucional de la libertad académica (39), en el art. 2.2 LOU se concreta su contenido, en términos muy similares a los que se expresaban en la LRU (40), desarrollando los diversos aspectos en los que se manifiesta aquella: autonomía estatutaria o de Gobierno, autonomía académica o de planes de estudio, autonomía financiera o de gestión y administración de sus recursos y capacidad de seleccionar y promocionar al profesorado. De este modo, se pueden sistematizar los distintos componentes de la autonomía universitaria expresados en el art. 2.2 LOU en función de las diversas manifestaciones de dicha autonomía que están llamados a desarrollar.

Así, en desarrollo de la autonomía estatutaria o de Gobierno, se establecen los siguientes contenidos: la elaboración de sus Estatutos así como de las demás normas de régimen interno; la elección, designación y remoción de los correspondientes órganos de gobierno y representación; la creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y de la docencia; el establecimiento de relaciones con otras entidades para la promoción y desarrollo de sus fines institucionales. Como expresiones de la autonomía académica se establece la elaboración y aprobación de planes de estudio e investigación y de enseñanzas específicas de formación a lo largo de toda la vida; la admisión, régimen de permanencia y verificación de conocimientos de los estudiantes; la expedición de los títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional y de sus diplomas y títulos propios. La autonomía financiera, por su parte, se manifiesta en su capacidad para elaborar, aprobar y gestionar sus presupuestos y administrar sus bienes. Finalmente, se determina como contenido propio de la autonomía universitaria la selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades así como el establecimiento y modificación de sus relaciones de puestos de trabajo.

A los anteriores contenidos, el art. 2.2 LOU añade una cláusula genérica, al disponer que la autonomía universitaria comprende cualquier otra competencia necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones señaladas en el art. 1.2 LOU. Por lo que ahora interesa, la cláusula referida implicará que para el estricto cumplimiento de dichas funciones, la Universidad, en los términos de las SSTC 55/1989, de 23 de febrero y 130/1991, de 6 de

---

(39) STC 26/1987, de 27 de febrero.

(40) Aunque la LOU, según su Exposición de Motivos, nace con el propósito, entre otros, de *incrementar el grado de autonomía de las Universidades*.

junio, *posee, en principio, plena capacidad de decisión en aquellos aspectos que no son objeto de regulación específica en la Ley*. Esta cláusula y la dimensión que hemos denominado estatutaria de la autonomía —que comprendería tanto la denominada autonormación como la autoorganización, también llamada autoadministración o autogestión (41)—, permiten afirmar el máximo grado de la descentralización funcional que tiene lugar a través de la creación de Universidades públicas —confirmando por ello su carácter de entes institucionales atípicos que aquí se mantiene—, en la que las relaciones con la entidad matriz se particularizan, debilitándose las típicas notas de la relación de instrumentalidad.

De la autonomía estatutaria, pues, de la capacidad de que las Universidades se doten de sus propias normas de funcionamiento a través de sus Estatutos y otras normas de régimen interno —cuestión de la que nos ocuparemos más adelante—, deriva la potestad organizatoria que se atribuye en el art. 2.2 LOU y constituye, por tanto, contenido esencial de la autonomía universitaria (42). Dicha potestad organizatoria tiene, sin embargo, una serie de límites, impuestos por lo que la legislación estatal y, en su caso autonómica, consideren estructuras básicas que, de este modo, deja fuera del ámbito de actuación de las Universidades la creación de estructuras organizativas básicas (43). Ahora bien, la legislación universitaria mencionada, deberá *contener un elevado margen de flexibilidad, de tal modo que pueda cada Universidad, conocedora de sus límites, sus necesidades, sus posibilidades reales y sus preferencias, y ponderando todas estas circunstancias, decidir cómo configurar sus «órganos básicos» de investigación y enseñanza (44)*.

Por otra parte, la autonomía para autoorganizarse viene referida a un doble tipo de realidad que se regulan, además, en Títulos distintos de la LOU: los órganos y las estructuras. Los órganos, de gobierno y representación, de las Universidades, se regulan en el Título II. Por su parte, las estructuras, entendidas, de acuerdo con el art. 2.2, como aquellas que actúan como soporte de la investigación y de la docencia, se regulan en el Título III. Esta distinción

---

(41) En los términos expresados por la STC 75/1997, de 21 de abril, tal dimensión institucional justifica que forme parte del contenido esencial de esa autonomía no sólo la potestad de autonormación, que es la raíz semántica del concepto, sino también de auto-organización. Por ello, cada Universidad puede y debe elaborar sus propios Estatutos (STC 156/1994) y los planes de estudio e investigación (STC 187/1991), pues no en vano se trata de configurar la enseñanza sin intromisiones extrañas (STC 179/1996).

(42) Por todas SSTC 26/1987, de 27 de febrero, 106/1990, de 6 de junio y 156/1994, de 23 de mayo

(43) STC 106/1990, de 6 de junio.

(44) STC 156/1994, de 23 de mayo.



explica, a mi juicio, la compleja relación, no siempre de jerarquía estricta, entre las diferentes estructuras y órganos de la Universidad. No vamos a entrar en este lugar en el análisis del régimen de dichos órganos y estructuras, por lógicos motivos de extensión.

Sí interesa resaltar, como nota del ente institucional atípico que nos ocupa, que la autonomía universitaria desde esta perspectiva de la autoadministración o autogestión va a caracterizar el régimen de las relaciones entre los órganos y las estructuras. Ello porque el principio de representación impregna cada uno de los niveles en que se estructura la Universidad y se lleva hasta el límite que representan los órganos centrales, que de este modo, garantizan el principio de jerarquía orgánica al que se sujetan las Administraciones Públicas, también la Universidad. En este sentido, la relación entre los órganos de una misma estructura y la de los órganos de esta con los centrales se rige por el principio de jerarquía orgánica. Sin embargo, no es posible mantener que exista una relación de jerarquía entre órganos integrantes de diferentes estructuras, cuyas relaciones se rigen por el principio de competencia: es únicamente desde este punto de vista desde el que pueden explicarse la peculiar naturaleza de la relación entre Centros y Departamentos, v.gr., así como la que tiene lugar entre sus respectivos órganos de gobierno y representación (45).

Entre los órganos de gobierno y representación de las Universidades que se regulan en el Capítulo I del Título III LOU, el Consejo Social ocupa, en el art. 14, el primer lugar. Su concepción, de acuerdo con aquel principio de rendición de cuentas a la sociedad que mencionábamos más atrás, justifica este lugar preeminente, definiéndose como *el órgano de participación de la sociedad en la universidad*, al que se le asigna, como función genérica, la de ejercer de elemento de interrelación entre la sociedad y la Universidad. Conviene dejar sentada la peculiaridad de este órgano de la Universidad como uno de los argumentos que deben sumarse para mantener el carácter de entes institucionales atípicos de las Universidades. Se trata de un órgano colegiado que, aunque integrado en la Universidad y por ello formando parte de la misma, está compuesto, en su mayoría, por repre-

---

(45) De acuerdo con los arts. 8 y 9 LOU, los Centros son los encargados de la organización de las enseñanzas y de los procesos académicos, administrativos y de gestión conducentes a la obtención de títulos de grado y los Departamentos *son las unidades de docencia e investigación encargadas de coordinar las enseñanzas de uno o varios ámbitos del conocimiento en uno o varios centros, de acuerdo con la programación docente de la universidad, de apoyar las actividades e iniciativas docentes e investigadoras del profesorado, y de ejercer aquellas otras funciones que sean determinadas por los estatutos.*

sentantes de sectores externos, siendo mínima la representación académica (46), al que se encomienda la supervisión de las actividades económicas de la Universidad, el rendimiento de sus servicios y promover la colaboración de la sociedad en la financiación de la Universidad (47) y al que la LOU no atribuye funciones propias de la autonomía universitaria. Esta última limitación se sustenta, justificándose precisamente en aquella representación académica minoritaria, en la doctrina introducida por la STC 26/1987, de 27 de febrero (48).

#### IV. LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN EL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR

El que prestan las Universidades es, como se ha podido comprobar, un servicio complejo, por la diversidad tanto de los intereses jurídicamente protegibles que se entrecruzan como de las prestaciones que están llamadas a satisfacer —que se analizarán posteriormente—, lo que va a dar lugar a la intervención de distintas instancias y a la necesidad de que se coordinen entre ellas. Todo ello exige pautas claras que clarifiquen y articulen las relaciones entre los diversos agentes del sistema universitario, labor en la que ha profundizado la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2007, de modificación de la LOU, fundamentalmente desde el punto de vista organizativo y procedimental.

---

(46) La LOU deja a la ley autonómica la regulación de su composición y funciones, determinando, no obstante, que sus miembros habrán de designarse de entre personalidades de la vida cultural, profesional, económica, laboral y social, *que no podrán ser miembros de la propia comunidad universitaria*, aunque establece la condición de miembros natos del Rector, el Secretario General y el Gerente, así como un profesor, un estudiante y un representante del personal de administración y servicios, elegidos por el Consejo de Gobierno de entre sus miembros. El Presidente del Consejo Social, por su parte, es nombrado por la Comunidad Autónoma en la forma que determine la Ley respectiva (art. 14.3 LOU).

(47) A tales efectos, el art. 14.2 LOU continua estableciendo que el Consejo Social aprueba el presupuesto, la programación plurianual, a propuesta del Consejo de Gobierno, las cuentas anuales de la Universidad y un plan de actuaciones destinado a promover las relaciones entre la universidad y su entorno cultural, profesional, económico y social al servicio de la calidad de la actividad universitaria.

(48) De otro modo, como mantiene el Alto Tribunal en la Sentencia citada, *si, pese a esa representación minoritaria, se atribuyen al Consejo Social funciones estrictamente académicas, entonces sí resultaría vulnerado el artículo 27.10 de la Constitución*. De ahí que la citada STC 26/1987, declarara la inconstitucionalidad de lo que consideró que invadía la autonomía universitaria por tratarse de cuestiones académicas, como determinadas funciones relativas las plazas y plantilla de profesorado reguladas en los arts. 39.1 y 47.3.

## 1. La relación de instrumentalidad: aspectos jurídicos, organizativos, de personal y económico-financieros

En el conjunto de relaciones entre los distintos niveles de entidades implicadas, un primer comentario merece dedicarlo a la relación de la Universidad con la Administración a la que se vincula, por las peculiaridades que presenta respecto de lo que es habitual en las entidades instrumentales. Y es que la naturaleza de ente institucional atípico de las Universidades impregna la relación de instrumentalidad entre la Universidad y la Administración matriz, el Estado en el caso de la UIMP o de la UNED o de que procediera a la creación de una Universidad pública, o la Comunidad Autónoma en los restantes supuestos (49). Esta relación de instrumentalidad se caracteriza por la existencia de controles mínimos, lo que es, nuevamente, consecuencia de la autonomía de que gozan las Universidades.

Desde un punto de vista jurídico, la relación de instrumentalidad se ha manifestado, tradicionalmente, en la posibilidad prevista por el ordenamiento de interposición de recursos administrativos contra los actos de las entidades instrumentales ante un órgano de la Administración matriz —el denominado recurso de alzada impropio—, posibilidades que, no obstante, se verían considerablemente reducidas por la LOFAGE. En cualquier caso, el máximo grado de autonomía, por lo que a las Universidades respecta, determina la inexistencia de recurso alguno mediante el que el Estado o la Comunidad Autónoma, según el caso, controlaran la legalidad de sus actuaciones. Por otra parte, la nota de la personalidad jurídica, como es sabido, lleva implícita la legitimación procesal activa y pasiva en las relaciones con terceros de la entidad institucional, legitimación que sin embargo, en la relaciones *ad extra* no va a resultar suficiente, con carácter general y dada la relación de instrumentalidad, para justificar un enfrentamiento procesal de la entidad institucional

---

(49) La vinculación a la Administración matriz ha sido puesta de relieve por la Jurisprudencia: *Las Universidades, sin perjuicio de la transferencia de competencias en favor de las Comunidades Autónomas, constituyen entidades públicas a las que corresponde la realización del servicio público de la educación superior, cuya autonomía, reconocida en la Constitución (art. 27-1º) dentro del marco del derecho fundamental a la educación y de libertad de enseñanza, no supone desvinculación total respecto de la Administración General del Estado o, en su caso, de la Administración Autonómica* (SSTS 28 de mayo y 14 julio 2003). A mayor abundamiento, puede aportarse el contenido de la disposición adicional octava LCSP que, al establecer el régimen de la clasificación exigible por las Universidades, parte de la vinculación existente entre estas y una entidad territorial, en el supuesto, las Comunidades Autónomas: *A efectos de lo establecido en el apartado 2 del artículo 57, para los contratos que celebren las Universidades Públicas dependientes de las Comunidades Autónomas, surtirán efecto los acuerdos de clasificación y revisión de clasificaciones adoptados por los correspondientes órganos de la Comunidad Autónoma respectiva.*

con la Administración matriz. La excepción a esta regla general se produce, justamente, en el caso de las Universidades, a las que por su especial configuración constitucional el Tribunal Supremo reconocería la posibilidad de impugnar órdenes del Ministerio de Educación y Ciencia (SSTS 15 febrero 1982 y 10 febrero 1983). El control jurídico se ciñe, pues, al de legalidad de sus Estatutos, en los términos que posteriormente se analizarán.

Desde el punto de vista de la organización y estructura de las Universidades, los controles de la Administración matriz se limitan al nombramiento del Rector, de carácter meramente formal (50), y a la decisión de creación, modificación o supresión de Centros que ha de adoptarse con el acuerdo de la propia Universidad (51). Se trata pues de una relación, desde este punto de vista, bastante laxa comparada con la que normalmente tiene lugar entre otras entidades institucionales y la Administración matriz, a la que normalmente corresponde el nombramiento discrecional de los titulares o miembros de los órganos de gobierno de la entidad, con grado de intervencionismo variable según los supuestos.

Por lo que hace al control económico-financiero, si lo habitual en la relación de instrumentalidad es que la Administración matriz ejerza dicho control mediante diversas técnicas, tales como el control presupuestario o la aprobación previa de sus programas de actuación e inversiones, la autonomía universitaria, la peculiaridad del servicio que prestan las Universidades y el principio de rendición de cuentas a la sociedad, tienen como consecuencia que tales funciones las desarrolle la propia Universidad a través del órgano de participación de la sociedad en la Universidad, el Consejo Social. La autonomía económica y financiera de las Universidades, sin embargo, no es ilimitada. Correspondiendo su financiación a las Comunidades Autónomas o al Estado, según los casos, la Administración matriz cuenta con determinadas

---

(50) El nombramiento se configura como una potestad reglada de la Comunidad Autónoma, en la medida en que el Rector será elegido directamente por la comunidad universitarias o sus representantes en Claustro, según la opción que en cada Estatuto se determine (*vid.* art. 20 LOU).

(51) En este sentido, el art. 8.2 LOU dispone lo siguiente: *La creación, modificación y supresión de dichos centros, así como la implantación y supresión de las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35, serán acordadas por la Comunidad Autónoma, bien por propia iniciativa, con el acuerdo del Consejo de Gobierno de la universidad, bien por iniciativa de la universidad mediante propuesta del Consejo de Gobierno, en ambos casos con informe previo favorable del Consejo Social.* En esta cuestión, la reforma de la LOU, tras la Ley Orgánica 4/2007, ha profundizado en la autonomía de las Universidades, dando un papel preponderante al Consejo de Gobierno, que, en la redacción anterior únicamente se le atribuía la función de emitir informe no vinculante.

competencias en esta materia y con la obligación, como premisa y en virtud de aquella autonomía, de garantizar que las Universidades *dispongan de los recursos necesarios para un funcionamiento básico de calidad* (52). Entre esas competencias, que se regulan en el Título XI de la LOU cabe señalar el establecimiento de directrices para la elaboración de programaciones plurianuales que puedan conducir a la aprobación, por las Comunidades Autónomas, de convenios y contratos-programa; la fijación de los precios por servicios académicos, dentro de los límites que establezca el Consejo de Coordinación Universitaria; el establecimiento, en su caso, de un plan de contabilidad para las Universidades de su competencia; la autorización de los costes de personal docente e investigador, así como de administración y servicios; el establecimiento de normas y procedimientos para el desarrollo y ejecución del presupuesto de las Universidades, así como para el control de las inversiones, gastos e ingresos de aquéllas, mediante las correspondientes técnicas de auditoría, bajo la supervisión de los Consejos Sociales. Asimismo, las Universidades están obligadas a rendir cuentas de su actividad ante el órgano de fiscalización de cuentas de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas. Como competencias estatales, finalmente, ha de estarse a la disposición adicional octava, que encomienda a la Conferencia General de Política Universitaria, previo informe del Consejo de Universidades, la elaboración de un modelo referencial de costes que facilite a los poderes públicos el establecimiento de una financiación adecuada de las Universidades públicas que, atendiendo a lo previsto en el art. 79.1, favorezca su plena participación en el Espacio Europeo de Educación Superior.

## **2. La coordinación del sistema, límite a la autonomía universitaria**

La existencia de un sistema universitario nacional exige instancias coordinadoras que suponen otro de los límites a la autonomía universitaria tutelada por el art. 27.10 CE (53). Las competencias que, por otra parte, ostentan las Comunidades Autónomas exigen que también en el ámbito autonómico deban desarrollarse técnicas de coordinación, entendida como la *fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca*,

---

(52) Art. 79.1 LOU. A tal efecto, el presupuesto de las Universidades contendrá en su estado de ingresos, entre otros conceptos, las transferencias para gastos corrientes y de capital fijadas, anualmente, por las Comunidades Autónomas (art. 81.3 LOU).

(53) La necesidad de coordinación del sistema, como límite a la autonomía, fue puesta de manifiesto, como se apuntó, por la STC 196/1994, de 23 de mayo, entre otras.

*la homogeneidad técnica de determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema (54).*

De ello es consciente el legislador estatal que, en el mismo precepto en el que dota de contenido a la autonomía universitaria, establece que, *sin perjuicio de las funciones atribuidas al Consejo de Coordinación Universitaria, corresponde a cada Comunidad Autónoma las tareas de coordinación de las Universidades de su competencia (55)*. Además, en la reforma de la LOU que tuvo lugar a través de la Ley Orgánica 4/2007, se concibe un nuevo modelo de coordinación del sistema nacional, en el que se distinguen coordinación política de la propiamente académica, estableciéndose una nueva organización encaminada a instrumentar, de manera separada, cada una de estas facetas (56).

La nueva regulación introduce dos órganos coordinadores: la Conferencia General de Política Universitaria y el Consejo de Universidades. Al primero corresponde aquel aspecto de la *concertación, coordinación y cooperación de la política general universitaria*, de ahí que su composición no tenga, en principio, representación académica, formando parte de la misma el titular del departamento ministerial que tenga atribuidas las competencias en materia de Universidades, que la preside, los responsables de la enseñanza universitaria en los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y cinco miembros designados por el presidente de la Conferencia. Por su parte, el Consejo de Universidades se define como el órgano de coordinación académica y de cooperación, consulta y propuesta en materia universitaria, y es presidido por el titular del Ministerio competente en materia de Universidades y estará compuesto por los Rectores de las Universidades y cinco miembros designados por

---

(54) STC 28 abril 1983

(55) Art. 2.5 LOU. La referencia al Consejo de Coordinación Universitaria debe entenderse realizada en favor de la nueva organización introducida por la Ley Orgánica 4/2007 que en este precepto olvida sustituir la mención a dicho Consejo.

(56) Según la Exposición de Motivos, *la articulación de este complejo organizativo de Estado-Comunidades Autónomas y Universidades requiere alcanzar una armonía de todos los agentes implicados y una relación clara y fluida entre todos ellos. Es especialmente importante articular las relaciones intergubernamentales, de un lado, y de otro, la coordinación y cooperación en el ámbito académico. Por ello, se crea la Conferencia General de Política Universitaria y se constituye el Consejo de Universidades con funciones de asesoramiento, cooperación y coordinación en el ámbito académico. Además, se configura una regulación más adecuada del proceso de verificación de planes de estudios y más respetuosa con el sistema complejo que en materia universitaria conforman la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Universidades.*

el Presidente del Consejo. De acuerdo con la regulación anterior, el Consejo de Coordinación Universitaria concentraba las funciones de coordinación en cualquier de sus facetas y reflejaba una composición que hacía muy complejo su funcionamiento, por el elevado número de miembros (57). Esta doble dimensión de la coordinación universitaria, política y académica, se refleja claramente en la relación las funciones de ambos órganos, que se relacionan, respectivamente, en los arts. 27 bis y 28 LOU (58).

Por la naturaleza de sus funciones y su composición, tanto la Conferencia General de Política Universitaria como el Consejo de Universidades pueden definirse como órganos colegiados de los contemplados en el art. 22 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (59), y por tanto, en virtud de lo establecido en dicho precepto, se integran en la Administración del

---

(57) Ministro de Educación, Cultura y Deporte, que lo presidía, y como vocales formaban parte del mismo los responsables de la enseñanza universitaria en los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, los Rectores de las Universidades y Veintiún miembros, nombrados por un período de cuatro años, entre personalidades de la vida académica, científica, cultural, profesional, económica y social, y designados siete por el Congreso de los Diputados, siete por el Senado y siete por el Gobierno (art. 29 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades).

(58) Además de otras funciones que se recogen a lo largo del articulado de la LOU, algunas de las cuales han sido mencionadas en este trabajo, corresponde a la Conferencia General de Política Universitaria las siguientes funciones: establecer y valorar las líneas generales de política universitaria, su articulación en el espacio europeo de educación superior y su interrelación con las políticas de investigación científica y tecnológica; planificación, informe, consulta y asesoramiento sobre la programación general y plurianual de la enseñanza universitaria, que comprende los recursos humanos, materiales y financieros precisos para la prestación del servicio público universitario; aprobar los criterios de coordinación sobre las actividades de evaluación, certificación y acreditación reguladas en el Título V; proponer y valorar medidas para impulsar la colaboración entre universidad y empresa; coordinar la elaboración y seguimiento de informes sobre la aplicación del principio de igualdad de mujeres y hombres en la universidad. Junto a ello, bianualmente, la Conferencia General de Política Universitaria elaborará un informe sobre la situación del sistema universitario y su financiación, y formulará propuestas que permitan mejorar su calidad y su eficiencia, asegurar la suficiencia financiera del mismo, así como garantizar a los ciudadanos las condiciones de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación. Por su parte, al Consejo de Universidades se atribuyen las siguientes funciones: servir de cauce para la colaboración, la cooperación y la coordinación en el ámbito académico; informar las disposiciones legales y reglamentarias que afectan al sistema universitario en su conjunto; prestar el asesoramiento que en materia universitaria sea requerido por el Ministerio de Educación y Ciencia, la Conferencia General de Política Universitaria o, en su caso, de las Comunidades Autónomas; formular propuestas al Gobierno, en materias relativas al sistema universitario y a la Conferencia General de Política Universitaria; la verificación de la adecuación de los planes de estudios a las directrices y condiciones establecidas por el Gobierno para los títulos oficiales; desarrollar cuantas otras tareas le encomienden las leyes y sus disposiciones de desarrollo.

(59) Se trata de órganos colegiados compuestos por representaciones de distintas Administraciones públicas a los que se refiere el art. 22 LPAC.

Estado, aunque no participan de la estructura jerárquica de esta. En consecuencia, les es aplicable lo dispuesto, respecto a los órganos colegiados de las Administraciones públicas, en los arts. 22 ss. LPAC, con las particularidades y excepciones que en la propia Ley se señalan.

Por lo demás, el art. 30 LOU regula el funcionamiento del Consejo de Universidades que funciona en pleno y en comisiones (60) y es de señalar la exclusión que se hace respecto de las Universidades privadas en relación a las decisiones sobre asuntos que atañan, en exclusiva, al sistema universitario público (61).

## V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO

El sistema de prelación de fuentes se establece en el art. 6 LOU, en cuyo primer apartado se dispone que *las Universidades se regirán por la presente Ley y por las normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias*. Se trata pues, de un sistema al que se acogen todas las Universidades, públicas y privadas sin distinciones (62), y que ha de completarse con lo establecido en la disposición final tercera LOU, en la que se contiene una habilitación genérica para el desarrollo reglamentario de la LOU y a cuyo tenor *corresponde al Gobierno y a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente Ley*. El segundo apartado del art. 6 LOU completa el sistema de fuentes para las Universidades

---

(60) Al Pleno se atribuyen las siguientes funciones: elaborar el reglamento del Consejo y elevarlo al Ministro competente en materia de Universidades para su aprobación por el Gobierno; proponer, en su caso, sus modificaciones; informar los criterios de coordinación sobre las actividades de evaluación, certificación y acreditación reguladas en el título V; elaborar la memoria anual del Consejo, y aquellas otras que se determinen en su reglamento. Esta nueva organización simplifica bastante el funcionamiento del Consejo, que hasta la reforma de la Ley 4/2007, funcionaba en Pleno y a través de tres comisiones (Comisión Académica, Comisión de Coordinación y Comisión Mixta).

(61) De acuerdo con el art. 30 LOU, en los asuntos que afecten en exclusiva al sistema universitario público tendrán derecho a voto el Presidente del Consejo, los Rectores de las Universidades públicas y los cinco miembros del Consejo designados por el Presidente. Con esta exclusión se invierte la regla contenida en LRU, que no incluía a las Universidades privadas en la composición del Consejo de Universidades, pero determinaba que cuando el Consejo de Universidades o alguno de sus órganos deliberara acerca de asuntos que conciernan a las Universidades privadas, los Rectores de las Universidades afectadas serían convocados a la sesión correspondiente (art. 24 LRU).

(62) Si bien el precepto a partir del siguiente apartado, da distinto tratamiento a unas y a otras, y dedica sus apartados 2 a 4 a las Universidades públicas y el apartado 5 a las Universidades privadas.



públicas, estableciendo que *se regirán, además, por la Ley de su creación y por sus Estatutos, que son elaborados por las mismas.*

En el primer nivel mencionado, se han de considerar incluidas una serie de fuentes cuya relación se basa en el principio de competencia, de modo que, de acuerdo con la distribución competencial más atrás expuesta, la legislación estatal o autonómica habrá de dictarse en el ámbito material que respectivamente corresponda. Se trata pues de estar al reparto constitucional y estatutario de competencias para conocer si es la norma estatal o autonómica la que rige en determinada materia. En este sentido, ha de recordarse que, en virtud de lo dispuesto en la disposición final primera de la LOU, los títulos competenciales que justifican la competencia estatal son los recogidos en los apartados 1, 15, 18 y 30 del art. 149.1 CE.

Por tanto, teniendo presente que la competencia en materia de investigación es compartida, las Comunidades Autónomas podrán dictar su legislación en un ámbito que tendrá como límite las competencias estatales, esto es, la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE; la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y a las Comunidades Autónomas; las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (63). Como se apuntó, la redacción de los Estatutos de Autonomía es diversa, pero pueden servir como referencia los preceptos correspondientes, transcritos más arriba, de los Estatutos catalán y andaluz que sistematizan bien las competencias autonómicas, agotando el margen que para ello permite el art. 149 CE y distinguiendo entre competencias exclusivas y compartidas.

En este marco, los Estatutos de cada Universidad, como manifestación de la garantía de la autonomía universitaria ex art. 2.2 LOU, concretarán su régimen específico, en todo aquello en lo que son llamados por la legislación

---

(63) Ya se concluyó la aplicabilidad de la legislación general de las Administraciones públicas a las Universidades, por lo que en este punto me remito, para evitar reiteraciones innecesarias, a lo que se señaló en la parte correspondiente del trabajo.

universitaria, estatal y autonómica. Pero también, dado su admitido carácter de reglamento autónomo no ejecutivo, pueden introducir una regulación sobre aspectos que no hayan sido contemplados en dicha legislación, siempre que se dicten en el ámbito propio de la Universidad y no contradigan el sistema de fuentes que integran el que hemos denominado primer nivel, al que hace referencia el art. 6.1 LOU ni, naturalmente, la Ley de creación de la Universidad (64). Por lo demás, la LOU establece dos determinaciones genéricas que habrán de contener los Estatutos, una referida al establecimiento de mecanismos para que en los procesos de acogida de los diferentes miembros de la comunidad universitaria se favorezca el conocimiento suficiente de las lenguas cooficiales y otra relativa a la garantía de la representación de los diferentes sectores de la comunidad universitaria en sus órganos de gobierno y representación (65).

El procedimiento de aprobación de los Estatutos elaborados por las Universidades se regula en el art. 6.2 LOU, que atribuye al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma la competencia para su aprobación, previo control de legalidad, que se configura, en virtud de la autonomía universitaria, no como un control de oportunidad o conveniencia, sino como un *control aprobatorio de «mera legalidad»*, en el que por tanto la Comunidad Autónoma no debe entrar más que a contrastar su conformidad a Derecho (66). En caso de existir reparos de legalidad, las Universidades habrán de subsanarlos y

---

(64) Por todas, STC 75/1997 de 21 abril, a cuyo tenor, *La primera de las potestades que, según el art. 3.2 LRU y la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 26/1987, 187/1991 y 156/1994), conforman el contenido esencial de la autonomía permite a las Universidades elaborar sus Estatutos y las demás normas de funcionamiento interno [art. 3.2. a)]. Los Estatutos, cuya norma habilitante es la Ley de Reforma Universitaria, no son desarrollo de ella, sino disposiciones reglamentarias donde se plasman las potestades de darse normas, autonomía en sentido estricto y auto-organización. A diferencia de lo que ocurre con los reglamentos ejecutivos de las Leyes, que deben seguir estrictamente la letra y el espíritu de la que traen causa, los Estatutos universitarios se mueven en otro ámbito donde la Ley no sirve sino como marco para acotar o deslindar y, por tanto, los preceptos estatutarios sólo podrán ser tachados de ilegales si contradijeran frontalmente las normas que configuren la autonomía universitaria, pues si admitieren una interpretación conforme a ella, habría de concluirse en favor de su validez (SSTC 55/1989 [RTC 1989\55] y 130/1991 [RTC 1991\130]). En el ámbito del Tribunal Supremo, vid., SSTS 12 junio 1990, 30 junio 1988, 3 julio 2001.*

(65) Art. 6.2, último párrafo y 3 LOU

(66) STC 156/1994, de 23 de mayo. Dicho control es respecto a todo el ordenamiento en el que los Estatutos deben integrarse y que se ha expuesto más atrás (SSTS 10 julio 1990 y 15 diciembre 2000 y SSTC 130/1991, de 6 de junio y 187/1991, de 3 de octubre), debiéndose ceñir al pronunciamiento sobre la legalidad y no sobre lo oportunidad. Este límite habrá de ser observado no solo en vía administrativa, sino también en la contencioso-administrativa (STS 11 junio 1997 y STSJ Valencia 20 junio 2005).

someterlos nuevamente a la aprobación del Consejo de Gobierno autonómico (67). En el caso de que el Consejo de Gobierno no dictara resolución expresa, el proyecto de Estatutos se entenderá aprobado por el transcurso de tres meses, salvo que la Comunidad Autónoma establezca plazo distinto, desde la fecha de su presentación (68). Los Estatutos adquieren eficacia y entran en vigor a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, debiendo publicarse también en el Boletín Oficial del Estado.

En el momento en el que escriben estas páginas se asiste a un proceso de reforma de los Estatutos por parte de las Universidades, para su adaptación a la modificación introducida en la LOU por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril. Esta reforma, la segunda que tiene lugar en un período de seis años en las Universidades públicas españolas y que pasa por cuestiones tan relevantes en las Universidades como la forma de elección del Rector, tendrá que estar acabada en el mes de abril del año 2010. Mientras tanto, la disposición adicional octava de la LOU habilita a los Consejos de Gobierno de las Universidades para aprobar la normativa de aplicación que sea necesaria para el cumplimiento de lo establecido en la Ley 4/2007.

## VI. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

### 1. La calidad del servicio

En la consecución de la excelencia, la LOU tiene como objetivo irrenunciable la mejora de la calidad del sistema en su conjunto y en todas sus vertientes, profundizando en la cultura de la evaluación (69), para lo cual se

---

(67) La STS 15 diciembre 2000, reproduciendo el criterio de la STS 28 octubre 1994, en un supuesto en el que, tras las debidas correcciones, no se devolvió el proyecto de Estatutos al Claustro (como preceptuaba el art. 12 LRU), consideró, por su escasa trascendencia, la procedencia de la publicación: *Como se ve, en unos casos se realizan remisiones expresas a otras normas de inexcusable cumplimiento, que tendrían que haber operado aunque nada se hubiera dicho, evitando que su omisión propiciara conflictos de interpretación y, en otros, se trata de evitar lesiones a principios constitucionales de acceso a la función pública. Dado la aplicación automática de éstos y la escasa trascendencia de aquéllos, razones de economía y eficacia administrativa hacían innecesaria una devolución al Claustro para que éste rectificara, con nueva remisión a la Junta de Andalucía; siendo así que se trataba de preceptos respecto de los cuales aquel órgano no tenía margen de maniobrabilidad o discrecionalidad alguna.*

(68) La STSJ Valencia 17 febrero 2001 no aceptó la validez de una resolución expresa y tardía.

(69) La cultura de la calidad no es algo nuevo en nuestro sistema, que ha sido objeto de una progresiva implantación de mecanismos de evaluación. Sobre su justificación y antecedentes, MICHAVILA, F. y CALVO, B., «La evaluación de la calidad de las instituciones universitarias», en *La Universidad española hoy. Propuestas para una política universitaria*, Editorial Síntesis, S.A., Madrid, 1998.

vale de elementos organizativos, creando la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (en adelante ANECA). La garantía de la calidad del servicio público que se presta a la sociedad es uno de los compromisos de los poderes públicos con esta. A tal fin, la promoción y garantía de la calidad de las Universidades españolas se configura como fin esencial de la política universitaria, estableciéndose, como objetivos de la misma, los siguientes (70):

- a) La medición del rendimiento del servicio público de la educación superior universitaria y la rendición de cuentas a la sociedad.
- b) La transparencia, la comparación, la cooperación y la competitividad de las Universidades en el ámbito nacional e internacional.
- c) La mejora de la actividad docente e investigadora y de la gestión de las Universidades.
- d) La información a las Administraciones públicas para la toma de decisiones en el ámbito de sus competencias.
- e) La información a la sociedad para fomentar la excelencia y movilidad de estudiantes y profesores.

Se trata, por tanto, de garantizar la calidad de la actividad que las Universidades, y su personal, desarrollan para el cumplimiento del servicio público de educación superior que, como es sabido, se realiza a través de la docencia, la investigación y el estudio, pero que necesita un soporte de gestión que también queda sujeto a control de calidad. Para ello, se determina el establecimiento de criterios comunes de garantía de calidad para todo el sistema, en función del tipo de actividad de que se trate: enseñanzas oficiales; títulos propios; actividad docente, investigadora y de gestión del profesorado; servicios y programas de las Universidades.

En materia de enseñanzas, el art. 31.4 LOU confiere al Gobierno la competencia para regular, previo informe de la Conferencia General de Política Universitaria, las condiciones para que las Universidades las sometan a evaluación y seguimiento. En este sentido, el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, sujeta los títulos a verificación y acreditación inicial, que deberán mantener sometiéndose, cada seis años, a un procedimiento de evaluación (71). Por lo que respecta a la calidad de la docencia,

---

(70) Art. 31.1 LOU.

(71) *Vid.*, art. 24.

la investigación y gestión del profesorado estable, su evaluación tiene lugar con carácter previo a los procedimientos de selección, configurándose la evaluación externa de su actividad previa como requisito para la contratación o el acceso (72).

La función de control de la calidad, que se desarrolla a través de la de evaluación, certificación y acreditación, se encomienda a la ANECA y a los órganos de evaluación que, en su caso, creen las leyes autonómicas (73). La ANECA desarrolla su actividad de acuerdo con los principios de competencia técnica y científica, legalidad y seguridad jurídica, independencia y transparencia, atendiendo a los criterios de actuación usuales de estas instituciones en el ámbito internacional siendo su naturaleza la de Agencia estatal para la mejora de los servicios públicos, cuyo régimen se contiene en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, que las define como entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias y que se rigen por la Ley 28/2006 y, en su marco, por el Estatuto propio de cada una de ellas; supletoriamente por las normas aplicables a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que les correspondan en cada caso (74).

La sujeción a los múltiples procedimientos de evaluación de la calidad en los que se ve inmersa la Universidad presenta, de otro lado, algunos inconvenientes en los que merecería la pena detenerse para buscar soluciones, como el que representa el aumento, desproporcionado, de la burocracia, y de las labores de gestión del profesor, que ve de esta manera reducido el tiempo de dedicación a otras tareas, siendo la que se resiente, normalmente, la investigación que, paradójicamente, es la que mayor tiempo y esfuerzo requiere para la culminación de la carrera profesional y por lo que, normalmente, el profesor investigador se ve avocado a consumir tiempo no contemplado en sus horas de dedicación. De ahí que, una eventual sobrecarga de

---

(72) Sobre ello, *vid.*, NOGUEIRA LÓPEZ, A., «La evaluación de la actividad docente e investigadora del profesorado de las Universidades», en esta REVISTA, núm. 25, 2004, pp. 47 ss.

(73) En estos supuestos, la reforma de LOU operada por la Ley 4/2007, ha previsto la necesidad de que se establezcan mecanismos de cooperación y reconocimiento mutuo, que aprobará el Gobierno a propuesta de la Conferencia General de Política Universitaria (art. 31.3 LOU).

(74) *Vid.*, art. 2.

tareas de gestión pudiera afectar al derecho a la investigación. La actividad docente, investigadora y de gestión del profesorado universitario tiene un componente de obligación, pero también de derecho, como se desprende del articulado de la LOU al que posteriormente se hará referencia (75).

Por todo ello, y por resultar indiscutible que la calidad del servicio que se presta a la sociedad debe ser una de las marcas de la Universidad, sí parece conveniente que, si lo que se pretende es conseguir la excelencia, se articulen mecanismos —v.gr., una apuesta seria por el apoyo a la gestión del profesorado— que permitan compatibilizar las cargas que la calidad comporta con otros derechos cuyo ejercicio también van a repercutir en la calidad, de manera que si se limitan, se reduce también la calidad del servicio.

## 2. El objeto de la prestación a la sociedad

El objeto del servicio público de educación superior, se realiza mediante la investigación, la docencia y el estudio, valores que se definen y regulan a lo largo del articulado de la LOU dentro de los parámetros marcados por su concepción como derechos fundamentales y por la autonomía universitaria. Para la prestación del servicio público universitario, el art. 1 LOU dispone que son funciones de la Universidad *al servicio de la sociedad* las siguientes:

- a. *La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura.*
- b. *La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística.*

---

(75) En este sentido, existe una garantía del tiempo de la investigación prevista en el art. 9.9 del Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, que permite a los Estatutos imponer obligaciones hasta el límite de un tercio de las horas de dedicación del profesorado, que deberán dedicarse a la investigación. En consecuencia, el tiempo de dedicación legalmente garantizado para la investigación sería el resultado de restar a la dedicación total las horas dedicadas a otras tareas que se relacionan a lo largo del art. 9 del Real Decreto 898/1985 —ocho horas lectivas y seis de tutoría; gestión en las tareas (sin número determinado), así como aquellas otras obligaciones que, previstas en los Estatutos, el profesor haya asumido (sin número determinado—. La suma de estas horas distintas a la investigación, por lo demás, no podría superar dos tercios de la dedicación total, pues queda reservado a esta. Estas horas se concretan por el acto administrativo de asignación de la docencia que aprueban los Departamentos, de modo que el estatuto del profesorado universitario se deriva de un conjunto de normas estatales, autonómicas y de la propia Universidad que, en un proceso de cascada, van detallando sus derechos y obligaciones cuya concreción última tiene lugar mediante aquel acto de asignación.

- c. *La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico.*
- d. *La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.*

A la vista de la relación de las distintas funciones expuestas, puede concluirse sin dificultades que los receptores del servicio público que prestan las Universidades no son exclusivamente sus estudiantes: es la sociedad en general la destinataria del servicio público de educación superior. Algunas de las prestaciones señaladas, naturalmente, se dirigen a estos, y se desarrollan en virtud del especial vínculo que tiene lugar a través de la matrícula y que, por ello, se configuran como prestaciones concretas y personalizadas y por ello como manifestación de funciones *uti singuli*, que en el caso de los estudiantes presentan peculiaridades tales como la integración de estos en el concepto de comunidad universitaria y, por tanto, su representación en los órganos de gobierno de la Universidad. Entre este tipo de funciones también cabría incluir aquellas prestaciones que se satisfacen a sujetos determinados en virtud de una especial relación (v. gr. contratos celebrados conforme al art. 83 LOU). Pero de la lectura del art. 1.2 LOU se extraen, también, funciones *uti universi*, cuya destinataria es la sociedad. En cualquier caso, la existencia de intereses generales de diverso alcance, justificará que el servicio público de educación superior se preste por las Universidades, pero bajo la intervención de instancias superiores. Esta intervención varía para cada una de las prestaciones que constituyen el objeto del servicio, de modo que tanto la Administración del Estado como la autonómica ostentan facultades en las distintas facetas del servicio público en función de sus respectivas competencias. A continuación se analizan cada una de ellas desde esta perspectiva.

a) La docencia se conceptúa como *un derecho y un deber de los profesores de las Universidades que ejercerán con libertad de cátedra, sin más límites que los establecidos en la Constitución y en las leyes y los derivados de la organización de las enseñanzas en sus Universidades*. Las enseñanzas se definen, junto a la transmisión de la cultura, como misiones esenciales de la Universidad y las Universidades imparten las conducentes a la obtención de títulos oficiales y validez en todo el territorio nacional, pero también pueden impartir enseñanzas conducentes a la obtención de otros títulos, los denominados títulos propios.

En relación a los títulos oficiales, al Gobierno corresponde el establecimiento de las directrices y las condiciones para la obtención de los títulos, a la Comunidad Autónoma la autorización para la impartición de enseñanzas

y la expedición de los títulos y al Consejo de Universidades la verificación de los planes de estudio. Al Gobierno corresponde también la regulación de la convalidación o adaptación de estudios, validación de experiencia, equivalencia de títulos y homologación de títulos extranjeros así como la probación de los criterios para la obtención del título de Doctor, en ambos casos, previo informe del Consejo de Universidades, organizándose y realizándose los estudios de doctorado en la forma que determinen los Estatutos (76). Y el ámbito de la integración en el espacio europeo de enseñanza superior, a los tres niveles de entidades corresponde la adopción de medidas las medidas necesarias para completar la plena integración y fomentar la movilidad de los estudiantes. El Gobierno, previo informe del Consejo de Universidades, es el competente tanto para el establecimiento de las medidas que aseguren que los títulos oficiales expedidos por las Universidades españolas se acompañen del suplemento europeo al título como para el establecimiento de las normas necesarias para que la unidad de medida del haber académico sea el crédito europeo (77).

b) Por lo que respecta a la investigación y al transferencia del conocimiento, el art. 39 LOU reconoce y garantiza la libertad de investigación en el ámbito universitario, definiendo la investigación científica como *fundamento esencial de la docencia y una herramienta primordial para el desarrollo social a través de la transferencia de sus resultados a la sociedad y función esencial de la universidad, que deriva de su papel clave en la generación de conocimiento y de su capacidad de estimular y generar pensamiento crítico, clave de todo proceso científico*. Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2007, asistimos a un reforzamiento del papel de la transferencia del conocimiento al sector productivo, que se conceptúa como servicio social y caracteriza como función de las Universidades (78).

La libertad de investigación se reconoce y garantiza por la LOU que, al tiempo, la pone al servicio de la sociedad, al determinar, como objetivo de esta función, los de contribuir al avance del conocimiento y del desarrollo tecnológico, la innovación y la competitividad de las empresas, la mejora de la calidad de vida de la ciudadanía, el progreso económico y social y un desa-

---

(76) Arts. 35 a 38 LOU.

(77) Vid., arts. 87 y 88 LOU.

(78) Art. 41.3 LOU. Es expresiva en este sentido la Exposición de Motivos: *Las Universidades, además de un motor para el avance del conocimiento, deben ser un motor para el desarrollo social y económico del país. Junto a la investigación básica, la universidad deberá impulsar la transferencia al sector productivo de los resultados de su investigación en coordinación y complementariedad con los demás agentes del sistema de ciencia y tecnología.*



rollo responsable equitativo y sostenible, así como garantizar el fomento y la consecución de la igualdad (79). Desde la perspectiva del investigador, la investigación es un derecho y un deber que se ha de llevar a cabo, principalmente, en equipo, a través de grupos de investigación, Departamentos e Institutos Universitarios de Investigación. Como derecho que es, se llama a la Universidad a apoyar y promover la dedicación a la investigación de la totalidad del personal docente (80).

c) El estudio en la Universidad se configura como *un derecho de todos los españoles en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico* (art. 42). El estudio se realiza en la Universidad; sin embargo, se encuentra sujeto a un marco que se establece en torno al acceso, a la oferta de plazas y a los límites máximos de admisión.

En materia de acceso a la Universidad, es competencia del Gobierno, previo informe de la Conferencia General de Política Universitaria, el establecimiento de las normas básicas para la admisión de los estudiantes y la regulación de los procedimientos para el acceso a la universidad de quienes, acreditando una determinada experiencia laboral o profesional, no dispongan de la titulación académica legalmente requerida al efecto con carácter general o hayan superado una determinada edad y de la Conferencia de Política Universitaria velar porque el procedimiento de admisión a los estudios universitarios de carácter oficial sea general, objetivo y universal, tenga validez en todas las Universidades españolas y responda a criterios acordes con el espacio europeo de educación superior (81). Por lo que respecta a la oferta de plazas en las Universidades públicas, corresponde a las Comunidades Autónomas la programación de la oferta de enseñanzas y al Consejo de Coordinación Universitaria la determinación de la oferta general de enseñanzas y plazas (82). Los límites máximos de admisión, corresponde establecerlos al Gobierno, previo acuerdo de la Conferencia General de Política Universitaria. Los procedimientos de verificación de los conocimientos de los estudiantes, sin embargo, se establecen por las Universidades, correspondiendo al Consejo Social, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, la aprobación de las normas que regulen el progreso y la permanencia en la Universidad de los estudiantes, de acuerdo con las características de los respectivos estudios (art. 46 LOU).

---

(79) *Vid.*, arts. 39 y 41 LOU.

(80) Art. 40 LOU.

(81) Art. 42 LOU.

(82) Art. 43 LOU.

d) La cultura, junto al deporte, han sido objeto de atención especial en la reforma de la LOU operada por la Ley 4/2007, introduciéndose un nuevo título (Título XIV, Del deporte y la extensión universitaria). Sin embargo es un único y breve artículo el que se dedica a la cultura universitaria (83), prestación que corresponde a las Universidades sin que, en esta ocasión, se determinen límites derivados de competencias estatales o autonómicas. Es pues, el único ámbito del servicio público universitario que desarrollan las Universidades sin intervención de entidad territorial alguna. Cuestión distinta es que, en cuanto Administración pública, venga llamada a colaborar y coordinarse con otras Administraciones territoriales con competencias en esta materia, particularmente con las entidades locales (84).

e) El deporte es una prestación que tradicionalmente forma parte de la actividad desarrollada por las Universidades. Se da así reconocimiento legal, a través de la Ley Orgánica 4/2007, al deporte como parte de la formación del alumnado, declarándose de interés general para todos los miembros de la comunidad universitaria. En esta materia, a las Universidades se atribuye la ordenación y organización de actividades y competiciones deportivas en su ámbito respectivo y el establecimiento de las medidas oportunas para favorecer la práctica deportiva de los miembros de la comunidad universitaria debiendo proporcionar, en su caso, instrumentos para la compatibilidad efectiva de esa práctica con la formación académica de los estudiantes. Las coordinación en esta materia corresponde a las Comunidades Autónomas en el ámbito de su territorio y al Gobierno, previo informe del Consejo de Universidades y a propuesta de la Conferencia General de Política Universitaria, la regulación de las disposiciones necesarias para la coordinación general de las actividades deportivas de las Universidades y la articulación de fórmulas para compatibilizar los estudios de deportistas de alto nivel con sus actividades deportivas (85).

---

(83) Art. 93 LOU.

(84) El precepto reza: *Es responsabilidad de la universidad conectar al universitario con el sistema de ideas vivas de su tiempo. A tal fin, las Universidades arbitrarán los medios necesarios para potenciar su compromiso con la reflexión intelectual, la creación y la difusión de la cultura. Específicamente las Universidades promoverán el acercamiento de las culturas humanística y científica y se esforzarán por transmitir el conocimiento a la sociedad mediante la divulgación de la ciencia.*

(85) Arts. 90 y 91 LOU.

## VII. EL COMPROMISO DE LA UNIVERSIDAD CON LOS VALORES SOCIALES

De la lectura del art. 1 LOU, el objeto de la prestación, el servicio a la sociedad, consistiría en la actividad que las Universidades, entendidas como parte de la Administración pero dotada de autonomía y de una naturaleza atípica, han de desarrollar para el cumplimiento de las funciones expresadas, dentro de los límites expuestos. Sin embargo, en estos primeros artículos, incluso en la Exposición de Motivos de la LOU en su redacción de 2001, se echa en falta alguna referencia al papel de la Universidad como transmisora de valores, individuales y sociales. La eficiencia y la calidad como retos de la Universidad claramente buscados por el legislador estatal, sin embargo, no deben hacernos olvidar que su aportación a la sociedad no se ve relegado a las funciones determinadas en el art. 1.2 LOU. Con ser estas sus funciones esenciales, no es menos esencial el compromiso con aquellos valores. Así lo ha entendido el legislador autonómico.

La Ley catalana de Universidades concibe a la Universidad como un espacio de compromiso social y participativo y como motor de procesos de mejora de la sociedad entre cuyos objetivos incluye el fomento del pensamiento crítico y de la cultura de la libertad, la solidaridad, la igualdad y el pluralismo, y la transmisión de los valores cívicos y sociales propios de una sociedad democrática, encomendando al órgano competente autonómico en materia de Universidades la promoción de la educación en valores como parte integral del proceso global de aprendizaje y formación y a las Universidades el estímulo y el apoyo a las iniciativas complementarias de la enseñanza oficial que comporten la transmisión de valores de libertad, responsabilidad, convivencia, solidaridad, participación y ciudadanía plena (86).

Por su parte, la Ley andaluza de Universidades entre los principios informadores y objetivos del sistema universitario andaluz incluye *la garantía de una formación y educación integral, tanto en la capacitación académica y profesional, como en los valores cívicos de igualdad, responsabilidad, tolerancia, solidaridad, libertad y búsqueda de la paz, y en la preservación y mejora del medio ambiente así como la cooperación solidaria en el contexto mundial, especialmente en el entorno europeo, Iberoamérica, el Norte de África y los países ribereños del Mediterráneo* (87).

En la Ley de Universidades del País Vasco, esta concepción se expresa en la idea de que las Universidades han de promover la educación en los valores democráticos y de justicia social y en el respeto a los derechos humanos, estimular y dar apoyo a las iniciativas complementarias a la enseñanza ordinaria que comporten la transmisión de los valores correspondientes a la dignidad humana

---

(86) Vid., arts. 3, 4 y 5 Ley 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades de Cataluña.

(87) Art. 3 Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades.

y a la solidaridad entre todos los pueblos y culturas y, como lugar de impulso del libre pensamiento, de la libre creación y del libre desarrollo tanto de la sociedad como del individuo, garantizar los derechos y libertades básicos, rechazando el control social sobre alumnos, profesores y trabajadores, encaminado a conseguir una convivencia basada en la paz y libertad (88).

Como principio se establece en la Ley de Universidades de Murcia, entre otros, *la búsqueda de la formación integral de la persona y su capacitación en los valores cívicos de igualdad, libertad, defensa de la paz, preservación y mejora del medio ambiente, la colaboración con la sociedad para la mejora de sus niveles de vida y el fomento del encuentro con la sociedad para reforzar sus vínculos* (89).

En fin, entre los principios y objetivos del sistema universitario de Aragón, se señalan en su Ley de Universidades *la promoción de la educación del alumnado, y, en general, de la comunidad universitaria en valores democráticos, fomentando los principios de solidaridad, respeto al medio ambiente y educación para la paz como parte integral de su proceso global de aprendizaje y formación así como la concepción de la Universidad como un espacio de compromiso social y de cooperación solidaria con los países en vías de desarrollo social* (90).

La modificación de la LOU que tiene lugar mediante la Ley Orgánica 4/2007, de 12 abril, avanzará en esta línea, imponiendo una serie pautas dirigidas a la preservación de determinados valores, como el de igualdad —muy en especial la de género—, o los de cooperación, la solidaridad y el respeto al medio ambiente.

a) En su vertiente de igualdad entre hombres y mujeres, el principio de igualdad, se desarrolla en diversos aspectos del régimen de las Universidades (91), básicamente en lo atinente a su organización. En este sentido, se

---

(88) Art. 3 Ley 3/2004, de 25 febrero, de Universidades del País Vasco.

(89) Art. 3 Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia.

(90) Art. 4 Ley 5/2005, de 14 junio, de Universidades de Aragón.

(91) Exponente de esta especial atención que se presta a la igualdad de género, es la extensión que a ella se dedica en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2007: *El reto de la sociedad actual para alcanzar una sociedad tolerante e igualitaria, en la que se respeten los derechos y libertades fundamentales y de igualdad entre hombres y mujeres, debe alcanzar, sin duda, a la universidad. Esta Ley impulsa la respuesta de las Universidades a este reto a través no sólo de la incorporación de tales valores como objetivos propios de la universidad y de la calidad de su actividad, sino mediante el establecimiento de sistemas que permitan alcanzar la paridad en los órganos de representación y una mayor participación de la mujer en los grupos de investigación. Los poderes públicos deben remover los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar una presencia en los órganos de gobierno de las Universidades y en el nivel más elevado de la función pública docente e investigadora acorde con el porcentaje que representan entre los licenciados universitarios. Además, esta reforma introduce la creación de programas específicos sobre la igualdad de género, de ayuda a las víctimas del terrorismo y el impulso de políticas activas para garantizar la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad.*

exige la observancia del principio de presencia equilibrada entre hombres y mujeres en los órganos colegiados e incluso en los equipos de investigación y se crean las denominadas Unidades de Igualdad (92). Más allá de este aspecto organizativo, debe señalarse la inclusión, entre otros, del derecho de los estudiantes a recibir un trato no sexista en el art. 46 LOU.

b) En segundo lugar, se da un especial tratamiento al principio de igualdad, entendido como igualdad real, de modo que las personas con necesidades especiales reciban un trato adecuado a las peculiaridades de su situación.

Entre aquellas personas con necesidades especiales, las discapacitadas, para las que la disposición adicional vigésima cuarta LOU regula un tratamiento específico, que tras la redacción derivada de la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2007 no queda limitada a los estudiantes, sino que se extiende a todas las personas con discapacidad en las Universidades, acogiendo, igualmente, los postulados introducidos por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (93).

También se determinan medidas específicas para los profesores ayudantes y ayudantes doctores, vinculados a las Universidades por una relación contractual con un plazo máximo de duración, disponiéndose que su cómputo se interrumpa por incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento durante el período de duración del contrato (94).

---

(92) De acuerdo con el último párrafo del art. 13 LOU, las normas electorales que establezcan los estatutos para la elección de los representantes de los diferentes sectores de la comunidad universitaria en los órganos colegiados centrales y de Centros y Departamentos, deberán propiciar dicha presencia. Una exigencia similar se introduce en el art. 27.1 LOU respecto a las Universidades privadas. También ha de procurarse una composición equilibrada entre mujeres y hombres, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas, en la composición de las comisiones de acreditación para Cuerpos docentes universitarios (art. 57 LOU) y de las comisiones juzgadoras de los procesos de selección para el acceso a dichos Cuerpos (art. 62 LOU). Por lo que respecta a los equipos de investigación, *vid.*, art. 41.2. Las Unidades de Igualdad son estructuras para el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres que son ya de exigible implantación en las Universidades, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley Orgánica 4/2007.

(93) Además de la prohibición de discriminación por razón de esta circunstancia, se determina la obligación de las Universidades de garantizar la igualdad de oportunidades; de establecer medidas de acción positiva; de promover la disponibilidad de medios, apoyos y recursos; de garantizar la accesibilidad a los espacios, incluidos los virtuales, entornos y servicios. Junto a ello, se declara el derecho a la exención total de tasas y precios públicos. Finalmente, la disposición adicional séptima de la Ley 4/2007 establece la obligación de las Universidades de elaborar planes para el cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional vigésima cuarta LOU.

(94) Arts. 49 y 50 LOU.

En cuanto a los estudiantes, entre sus derechos, se enumera el de igualdad de oportunidades y no discriminación, que recibe, con la Ley Orgánica 4/2007, una nueva redacción (95); y en la misma línea, la política de becas, ayudas y créditos que vienen llamadas, por imperativo del art. 45.5 LOU a instrumentar el Estado, las Comunidades Autónomas y las Universidades, prestará especial atención *a las personas con cargas familiares, víctimas de la violencia de género y personas con dependencia y discapacidad, garantizando así su acceso y permanencia a los estudios universitarios* (96). Finalmente, la reforma de la LOU contempla también la situación especial de los estudiantes que trabajan (97).

Finalmente, se impone a las Administraciones públicas competentes, en coordinación con la Universidades, el establecimiento de programas específicos de ayuda personalizada para que las víctimas del terrorismo y de la violencia de género, así como las personas con discapacidad, puedan recibir la ayuda personalizada, los apoyos y las adaptaciones en el régimen docente (98).

c) Desde la perspectiva de la cooperación, la solidaridad y el respeto al medio ambiente, debe señalarse la introducción por la reforma de la Ley Orgánica 4/2007, de un artículo expresamente dirigido al fomento de estos valores, en el nuevo Título XIV de la LOU. En concreto, el art. 92 LOU, titulado «De la cooperación internacional y la solidaridad», dispone lo siguiente: *Las Universidades fomentarán la participación de los miembros de la comunidad universitaria en actividades y proyectos de cooperación internacional y solidaridad. Asimismo, propiciarán la realización de actividades e iniciativas que contribuyan al impulso de la cultura de la paz, el desarrollo sostenible y el respeto al medio ambiente, como elementos esenciales para el progreso solidario*. Esta previsión debe complementarse con uno de los nuevos derechos de los estudiantes, a partir del cual se pretende fomentar su participación en actividades universitarias solidarias y de cooperación (99).

---

(95) Más concreta, al sustituirse la alusión a *circunstancias personales o sociales, incluida la discapacidad*, por la referencia a *razones de sexo, raza, religión o discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social* (art. 46 LOU).

(96) Consideración introducida por la Ley Orgánica 4/2007.

(97) El art. 46 LOU, establece el derecho de los estudiantes a una atención que facilite compaginar los estudios con la actividad laboral.

(98) Disposición adicional cuarta de la Ley 4/2007.

(99) De acuerdo con el nuevo apartado i) del art. 46 LOU, los estudiantes tienen derecho a obtener reconocimiento académico por su participación en actividades universitarias culturales, deportivas, de representación estudiantil, solidarias y de cooperación.

De lo expuesto puede concluirse que, aunque ciertamente se introducen novedosas medidas dirigidas a la garantía de valores como la igualdad, la cooperación, la solidaridad y el respeto al medio ambiente, la nueva regulación introducida por la Ley Orgánica 4/2007, en esta materia, no responde exactamente a las expectativas que pueden generarse de la lectura de su Exposición de Motivos (100), ya que en el articulado de la Ley no se hace una expresa mención al compromiso, genérico, de la Universidad con el progreso social, al modo que se recoge en la legislación autonómica examinada más atrás. Siendo la transmisión de valores una de las misiones esenciales de la Universidad, la peculiaridad del servicio público cuya prestación se encomienda al ente institucional que nos ocupa, justifica, nuevamente, que lo caractericemos como ente atípico. Nótese que, de introducirse una auténtica apuesta del legislador en este sentido, la contribución que las Universidades podrían realizar a la consecución de una sociedad más justa y solidaria sería de incalculable relieve. Y en tal apuesta la participación de un profesorado, formado para ello y en contacto continuo con los estudiantes destinatarios de tales valores, sería fundamental.

## ABREVIATURAS

- LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
- LOU: Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificada por Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril.
- LPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- LRU: Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.

---

(100) *La sociedad reclama a la universidad del futuro una activa participación en sus procesos vitales. Por esta razón, la acción de la universidad no debe limitarse a la transmisión del saber; debe generar opinión, demostrar su compromiso con el progreso social y ser un ejemplo para su entorno... La igualdad entre hombres y mujeres, los valores superiores de nuestra convivencia, el apoyo permanente a las personas con necesidades especiales, el fomento del valor del diálogo, de la paz y de la cooperación entre los pueblos, son valores que la universidad debe cuidar de manera especial.*

# EL CAMINO PERDIDO. LA IDENTIDAD EN EL PROCESO DE REFORMAS ESTATUTARIAS

JOSÉ TUDELA ARANDA

*SUMARIO: I. LA CORRECCIÓN POLÍTICA DE UN PROCESO PREMODERNO.— II. IDENTIDAD Y DERECHO A LA IDENTIDAD EN LAS REFORMAS ESTATUTARIAS.— III. EL CAMINO PERDIDO.*

*RESUMEN:* El reciente proceso de aprobación de nuevos Estatutos de Autonomía posee características singulares y notables rasgos de interés para el estudioso. Por su significado político destaca entre ellos el notable reforzamiento de la identidad colectiva en el que coinciden todos los Estatutos. Identidad cultural e histórica que se proyecta con fuerza sobre el conjunto político, institucional y competencial de aquellas Comunidades Autónomas en las que se ha aprobado nuevo Estatuto de Autonomía.

*Palabras clave:* Comunidad Autónoma; Estatuto de Autonomía; identidad; historia; autogobierno.

*ABSTRACT:* The recent process of the passing of new Statutes of Autonomy possesses singular characteristics and notable features of interest for the scholar. For its political significance one such characteristic which stands out, and is common to all these Statutes, is the notable strengthening of collective identity. A cultural and historical identity which projects itself strongly upon, as a whole, the politics, institutions and authority in those Autonomous Regions where a new Statute of Autonomy has been passed.

*Key words:* Autonomous Region; Statute of Autonomy; identity; history; self-government.

## I. LA CORRECCIÓN POLÍTICA DE UN PROCESO PREMODERNO

El reciente e inconcluso proceso de reformas estatutarias ha sido juzgado, esencialmente, desde su relación con el texto constitucional, es decir, desde la consideración de su posible constitucionalidad o inconstitucionalidad. Desde luego, se trata de un examen necesario. Un juicio que, como se sabe, permanece abierto a la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, aunque la Sentencia sobre el Estatuto



valenciano haya podido adelantar algunas respuestas y dejar nuevos interrogantes. En todo caso, son numerosos los pronunciamientos doctrinales y políticos sobre esta cuestión. En su conjunto, y singularmente, todos los textos reformados, y particularmente el catalán, han sido examinados desde este punto de vista. Es cierto que en muchos casos, demasiados, no se ha tratado de un juicio meramente técnico sino de un juicio que acompañaba a una determinada posición política. De alguna manera, la defensa de la constitucionalidad de los textos se consideraba la mejor manera de defender los mismos y, al contrario, cuando se ha querido criticarlos, se ha hecho desde su posible vulneración de la Constitución.

Al margen de ello, no ha habido excesivo juicio sobre el contenido de las reformas estatutarias. Resumiendo, no han existido muchos pronunciamientos que, al margen de su adecuación o no al texto constitucional, hayan juzgado su conveniencia, su oportunidad (1). Creo que sobre esta cuestión no se ha reparado lo suficiente. Como se decía, el juicio de constitucionalidad es necesario. Mientras rija el estado de derecho, cualquier legislador deberá intentar adecuar el texto que pretende aprobar a la Constitución, sin que ello signifique, por supuesto, que no pueda adentrarse en redacciones complejas que carezcan de una respuesta inequívoca. Y ello será especialmente natural en relación con el orden competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Pero, más allá, la lógica jurídica del sistema obliga al legislador a buscar una correspondencia esencial de la nueva norma con el texto constitucional. Por ello, y más en textos de tanta transcendencia como los Estatutos de Autonomía, el juicio de constitucionalidad se antoja imprescindible. Pero ello no quiere decir que debiera ser el único. Es más, por definición, por su propio carácter de necesidad, no puede ser el único.

Es aquí donde surge una de las más importantes paradojas del proceso de reformas estatutarias. Los nuevos textos no han sido sometidos a ningún otro juicio que el que deriva de su relación jurídica con la Constitución. Casi no han existido estudios económicos previos ni análisis técnicos sobre la relación de cada instancia territorial con las nuevas competencias ni examen de la virtualidad de los nuevos derechos enunciados en los Estatutos y de su incidencia sobre los derechos constitucionales ni de la verdadera posición de los ciudadanos en relación con la reforma, ni de tantas

---

(1) Desde luego, los ha habido y en algunos casos como las paradigmáticas obras de BLANCO VALDÉS, SOSA WAGNER y SOSA MAYOR, para cuestionar con radicalidad el mismo (R.L. BLANCO VALDÉS, *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Alianza editorial, 2005; F. SOSA WAGNER e I. SOSA MAYOR, *El Estado fragmentado. El modelo austro-hungaro y el brote de naciones en España*, Trotta, 2006).

otras cosas que serían importantes conocer antes de comenzar un proceso de tales características.

Pueden encontrarse varias razones para explicar este hecho. No sería la de menor relieve la vinculación de las elites políticas con un proceso que, por el contrario, ha sido realizado de forma esencialmente ajena a la mayoría de los ciudadanos. También podría aludirse como argumento de peso a un cierto margen de frivolidad que parece haberse instalado en el debate político español, frivolidad que consiste esencialmente en un desdén por el rigor y el soporte técnico que debe soportar la toma de decisiones. O al fragor político que lo ha acompañado y en el que se ha estimado que el arma de mayor contundencia (o el mejor aliado, según se mire), era el texto constitucional. Y otras en las que no es posible reparar. Pero desde las premisas de este trabajo y, porque no, desde el propio respeto a la opción elegida por los legisladores de hasta ahora seis Comunidades Autónomas y de las propias Cortes Generales, me detendré en la que considero premisa ideológica fundamental de las reformas. Me refiero a la consideración de la profundización en la descentralización como un bien inobjetable, a la idea de que el incremento de la autonomía política de las Comunidades Autónomas es positivo en cualquier caso.

Si alguien se toma la molestia de analizar los debates en los diferentes Parlamentos autonómicos, ésta es una premisa indiscutida. Previamente a desarrollar brevemente esta idea, hay que hacer notar que, pese a las apariencias, el proceso de reformas estatutarias ha gozado de un muy amplio consenso. Sólo el texto catalán ha sido objeto de desacuerdo entre los dos grandes partidos nacionales. Por el contrario, los Estatutos de Autonomía de Andalucía, Comunidad Valenciana, Baleares, Aragón y Castilla y León han sido aprobados por la práctica unanimidad de las respectivas Cámaras autonómicas y de las Cortes Generales (2). Y si bien es cierto que existen diferencias entre el texto catalán y los restantes, no es menos cierto que en éstos existen muchas cuestiones que más allá de su posible constitucionalidad deberían haberse enfrentado al mismo juicio de oportunidad que el texto catalán ya que son esencialmente similares (3). Así, la introducción de los derechos y libertades

---

(2) Los votos en contra o abstenciones han sido muy minoritarios y se han reducido a formaciones que como Chunta Aragonesista en Aragón o Partido Andalucista en Andalucía han considerado que sus respectivos textos eran insuficientes, sobre todo en relación con el texto aprobado en Cataluña. En todo caso, es significativo consignar que en las cinco comunidades mencionadas, los nuevos textos estatutarios han sido aprobados con el acuerdo entre Partido Popular y Partido Socialista.

(3) Entre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y los restantes, incluido el andaluz que es el que más se le asemeja, existe una importante diferencia ideológica en su relación con el Estado

en los Estatutos de Autonomía, la carga identitaria e historicista de los textos, el diseño competencial sobre las submaterias, el examen de algunas de las nuevas competencias autonómicas, la primacía de los elementos bilaterales sobre los multilaterales o las obligaciones financieras contraídas por el Estado, pueden citarse como ejemplos de estas cuestiones presentes, algunas en todos y otras en varios de los textos estatutarios, y sobre las que apenas ha existido margen de discusión al haber sido avaladas por todos los grupos políticos.

Sí, la autonomía como bien indiscutido e indiscutible. La premisa es que cuanto más autonomía mejor. Cuanta más autonomía, más democracia, más Estado social, en resumen más calidad de vida para los ciudadanos. En este discurso, el extraordinario avance en nivel y calidad de vida que han tenido los ciudadanos españoles desde el inicio del proceso democrático estaría muy vinculado al proceso de descentralización política. De alguna manera, la descentralización habría sido en buena medida responsable de ese nuevo bienestar. En coherencia, si se profundiza en la descentralización, se facilitará la consecución de nuevas cuotas de bienestar. Con esta premisa compartida, no puesta en tela de juicio por nadie o casi nadie, es fácil comprender no sólo la puesta en marcha de los procesos de reforma estatutaria en Comunidades Autónomas sin grandes controversias nacionalistas sino también el hecho de que no se haya realizado un juicio de oportunidad. En aras a completar la imagen social, dentro de las necesarias limitaciones de estas páginas, es importante hacer notar que ningún actor social o económico de relevancia se sustrae de este discurso. No se trata sólo de los partidos políticos. Medios de comunicación social, entidades financieras, sindicatos y organizaciones empresariales, asociaciones y otras entidades, comparten mayoritaria, sino unánimemente, ese discurso, apoyando el mayor grado de descentralización posible dentro de la Constitución, sin llegar a examinar otras variables. Desde luego, en muchas Comunidades será un elemento determinante para ello la firme creencia de que, en caso contrario, quedarán en situación de inferioridad frente a las Comunidades que poseen un mayor grado de autonomía.

Pues bien, y así se llega al centro de estas páginas, en ausencia de juicios de oportunidad, el legislador tenía que optar por un nervio en el discurso ideológico de la letra estatutaria. Desde las consideraciones realizadas, podría pensarse que ese discurso no podría ser otro que el democrático. Los Estatutos de Autonomía se justificarían en su letra por la voluntad de los ciudada-

---

que se proyecta sobre diversos artículos que dan una imagen diferente en el presente de la autonomía catalana y que pueden tener una incidencia sobre el futuro. Diferencia ésta que en un ejercicio de coherencia es la que debería haber sido objeto de recurso si en otras materias se iba a llegar a acuerdo para aprobar textos semejantes en otras Comunidades Autónomas.

nos, una voluntad alimentada no sólo por un estricto deseo de autogobierno sino por la firme convicción de que su desarrollo económico y social en buena manera iba a estar condicionado por la cantidad y calidad de autonomía de que dispusiese su Comunidad Autónoma. Sin embargo, ello no ha sido así. O, al menos, no ha sido mayoritariamente así. Los legisladores autonómicos han optado por buscar la afirmación de su autonomía y la necesidad de la reforma en la identidad (4). Y, en íntima conexión con aquella, en la historia. Los nuevos Estatutos apelan a la historia y llaman a su puerta para legitimar la decisión política de reforzar la autonomía. Lo hacen, curiosamente, obviando una parte importante de esa historia. Aquella que les une, aquella que hizo unidad desde la diversidad primigenia medieval. Historia que es identidad. Pero la identidad en los Estatutos va más allá. Su importancia crece de manera que puede llegar a ser calificada como sorprendente. Así, en algunos textos llega a encumbrarse como derecho. Los ciudadanos respectivos poseerán un extraño y ambiguo derecho a la identidad colectiva. Por otra parte, se reforzarán todas aquellas referencias que se entiende favorecen esa idea de identidad. Formal y materialmente los Estatutos fortalecen una identidad que se refleja en la visión cuasi constitucional de los mismos (5).

Como se indicará en su momento, no se trata de meras consideraciones retóricas. Abunda, y mucho, la retórica en los nuevos textos. Pero el protagonismo de la identidad y la forma en la que ésta emerge en los nuevos textos no es sólo retórica (6). Con independencia de cuál haya sido la voluntad de

---

(4) Elocuente es al respecto el siguiente párrafo del profesor CONTRERAS: «Si las reformas estatutarias continúan por esos derroteros, tendremos que acabar dándole la razón a Tomás y Valiente cuando, comentando el peligro que acecha a toda historia basada en las esencias y el ser histórico, barruntaba la posibilidad de que en el futuro contempláramos el surgimiento de otros «floridos pensiles» en cada una de las respectivas Comunidades Autónomas, dedicadas a competir, sin reparar en gastos, en la labor de teñir de sepia sus «señas de identidad». Y a más color sepia, más singularidad y más aspiración a la diferencia en esta interminable carrera descentralizadora entre «liebres» y «tortugas», olvidando, como suele decirse, que todo tiempo pasado fue... anterior» (M. CONTRERAS CASADO, *Las reformas de los Estatutos de Autonomía. Viejos y nuevos tiempos en la construcción del Estado autonómico*, Anuario Jurídico de La Rioja, nº 11, p. 23).

(5) Véase, J.M. CASTELLÀ ANDREU, *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Generalitat de Catalunya, 2004; E. SÁENZ ROYO y M. CONTRERAS CASADO, *Los derechos, deberes y principios en la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón*, pendiente de publicar, p. 16 del texto mecanografiado.

(6) BLANCO VALDÉS, tras indicar que en las apelaciones historicistas se esconde un proceso renacionalizador, señala que «la gran idea fuerza que late tras esos procesos no es otra que la de la recuperación de una (real o supuesta) identidad (real o supuestamente) perdida. Una identidad que debería jugar como un factor esencial de cohesión ideológica nacional y, consecuentemente, de agregación política a efectos electorales» (R.L. BLANCO VALDÉS, *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, ob. cit., p. 27).

sus redactores, ese fortalecimiento de las identidades singulares de cada Comunidad Autónoma, que a partir de la aprobación del nuevo texto tendrá un inevitable impulso en su legislación de desarrollo, favorece el carácter fuertemente centrífugo de los nuevos Estatutos con sus consecuencias sobre el modelo de estado. Precisamente, éste es el hecho que, desde la perspectiva del Estado, de una visión de conjunto del mismo, sorprende. El que, aparentemente, no se haya observado que la ideología y dinámica que abren los Estatutos incide, y notablemente, en el ser estatal y en su devenir (7).

En este punto, no se trata de avanzar un juicio sobre las bondades o maldades del proceso, sobre su conveniencia o inconveniencia. Se trata de llamar la atención sobre el hecho de que no se haya juzgado desde la oportunidad para el Estado ni el proceso de reformas en su conjunto ni la letra concreta de cada una de ellas. Puede alegarse que se trata de un juicio extemporáneo y que ese juicio no sólo se ha realizado sino que el proceso se abrió desde una valoración positiva del mismo. Pienso sinceramente que ello no es así, que el juicio detenido y ponderado no se realizó. Y creo que cuestiones esenciales en el ámbito de la acción material del Estado posteriores a la aprobación de los Estatutos como las dificultades surgidas en torno a la Ley de la Dependencia o la imposibilidad de aprobar una nueva ley de régimen local, son ejemplos claros de que no se tenía certeza de cuáles iban a ser las consecuencias sobre el Estado. Ello no ha sucedido sólo en relación con el ámbito competencial. También hay y habrá huellas de esos problemas en los aspectos que pueden denominarse ideológicos. En las líneas que siguen me quiero acercar a éstos de la mano de la identidad, identidad que junto con la historia posee un indudable protagonismo en los nuevos textos estatutarios.

## **II. IDENTIDAD Y DERECHO A LA IDENTIDAD EN LAS REFORMAS ESTATUTARIAS**

Como se indicó, la manifestación más notable y expresiva del fuerte carácter identitario de los nuevos Estatutos se liga a la historia (8). Pero ese fuerte rasgo historicista no puede comprenderse sin tener presente esa visión identi-

---

(7) El citado BLANCO VALDÉS ha llamado la atención sobre el hecho de que la idea fuerza nacionalista, la recuperación de las identidades colectivas se basa en una visión política que se ha acabado expresando en el Estado plurinacional, según la cual España no sería sino un Estado (R.L. BLANCO VALDÉS, *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, ob. cit., p. 28).

(8) Al respecto, F. SOSA WAGNER e I. SOSA MAYOR, *El Estado fragmentado. El modelo austro-húngaro y el brote de naciones en España*, ob. cit., pp. 148-151.

taria en la que se engloban. Así, la identidad no sólo se expresa de manera indirecta sino que se reivindica de manera directa, llegando incluso en algunos textos, como se dijo, a regular la identidad colectiva en el Título dedicado a los derechos. Junto a ello, son diversas las circunstancias, unas de manera expresa y otras de forma implícita, que otorgan a la identidad esa posición de privilegio en los textos estatutarios. En todo caso, no es mala premisa aclarar que la tentación identitaria denunciada no es la referida a la normal presencia de símbolos exclusivos de la Comunidad Autónoma, incluso a la reivindicación de su personalidad. Lo que se quiere demostrar es que los Estatutos han trascendido esa normal presentación identitaria para ocupar un espacio diferente (9). Los Estatutos han hecho de la identidad una cuestión vertebradora (10). Un examen no necesariamente exhaustivo de los mismos aproximará al lector a la tesis sostenida en estas páginas.

Si bien el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana fue el primero en ser aprobado, no puede negarse al texto catalán el carácter primigenio en el proceso estudiado. No se trata de una cuestión simbólica sino de establecer con claridad cuál ha sido el modelo que en fondo y forma, en mayor o menor medida, han seguido el resto de las Comunidades Autónomas que han procedido hasta la fecha a elaborar nuevos Estatutos de Autonomía (11). Para nuestro estudio ello no es baladí porque el texto catalán realiza una fuerte apuesta por la reivindicación identitaria. Así, no es descabellado pensar que la inercia identitaria se traslada al resto de los Estatutos desde la premisa de no perder de vista, al menos no demasiado, la estela catalana. De esta forma, el contagio de la obsesión identitaria bien puede ligarse a la tensión homoge-

---

(9) El profesor SOLOZÁBAL ha incidido en las que denomina cláusulas identitarias y que considera discutibles, pero legítimas. Son éstas las cláusulas que presentan a la Comunidad Autónoma en relación con su sustrato político más precisamente como su correspondencia institucional, estableciendo sus símbolos y fijando los rasgos privativos de su personalidad (J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias*, [www.fundacionmgimenezabad.es](http://www.fundacionmgimenezabad.es), p. 9). Personalmente, creo que este tipo de cláusulas ha sido largamente desbordado en las reformas estatutarias.

(10) Así, lejos de seguir el consejo de Claudio MAGRIS («El mejor modo para olvidarse de la obsesión de la identidad es aceptarla en su siempre precaria aproximación y vivirla espontáneamente, o sea, olvidándose de ella») la han llamado para convertir su reivindicación eje programático para futuros gobiernos (vid, C. MAGRIS, *Utopía y desencanto*, Anagrama, 2001, p. 66).

(11) Desde luego, podría decirse que tal honor corresponde al denominado y fenecido «Plan Ibarreche», que fue el primero en plantear la superación del primigenio mapa estatutario. Sin embargo, por sus propias características, por la evidente superación que el mismo implicaba del modelo constitucional, creo que no puede analizarse en el contexto de las reformas estatutarias (sobre el Plan, véase, J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *La viabilidad jurídico-política del Plan de Ibarreche* en el vol. *Nación y Constitución*, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 228-247).

neidad/heterogeneidad que ha presidido el desarrollo del Estado autonómico desde sus inicios (12).

Este rasgo puede observarse en artículos muy diversos. En todo caso, y como sucederá en la mayoría de los textos que habrá ocasión de estudiar posteriormente, es el Preámbulo el primer escenario útil para dejar espacio a esta idea. El Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña sirve a sus redactores tanto para proclamar la diversidad de Cataluña, con la inherente existencia de ciudadanos que expresan identidades diversas como para proclamar la plasmación política de todas las características que previamente ha enunciado en la idea de nación. Contrariamente a lo que se reiteró durante el debate parlamentario del Estatuto, considero que no puede obviarse su importancia. Más allá de su carácter normativo, lo cierto es que el preámbulo de una norma y más cuando posee la singular naturaleza de un Estatuto, tiene una indudable transcendencia para entender e interpretar todo su articulado. Sin entrar en disquisiciones que corresponderían a otro trabajo, parece difícil negar que el Estatuto proyecta una idea de identidad nacional sobre todo el texto. Idea de nación que, por cierto, supone una interpretación expresa de la voz nacionalidad reconocida en la Constitución, al menos para Cataluña (13).

Idea de nación que, como no podía ser de otra manera, se encuentra estrechamente vinculada a la afirmación de una identidad singular. Así, no extraña que en el artículo 4 del Título Preliminar, dedicado a derechos y principios rectores, se señale que se *«deben reconocer el derecho de los pueblos a conservar y desarrollar su identidad»*. Por segunda vez, la primera fue en el Preámbulo al afirmar el derecho inalienable de Cataluña al autogobierno, emerge la figura del sujeto colectivo como titular de un derecho. Si bien la redacción es difusa, parece claro que la llamada contenida en el párrafo transcrito, es una llamada a los poderes públicos catalanes para que garanticen la conservación e identidad del pueblo de Cataluña. Creo que una norma como la transcrita, que se repetirá como habrá de verse en otros textos, merece

---

(12) Para BALAGUER, la irrupción de la identidad en el Estatuto andaluz responde claramente a la máxima igualdad que ha presidido desde 1980 la autonomía andaluza. Para este autor, afirmar simultáneamente la identidad y la igualdad no sería una opción contradictoria (F. BALAGUER CALLEJÓN, *El Preámbulo del nuevo Estatuto y la identidad de Andalucía en el contexto del Estado autonómico* en el vol. col. *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, 2007, pp. 19-21).

(13) Recuérdese que se señala: *«el Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad»*.

una reflexión. Mandatar la preservación y desarrollo de una identidad colectiva presupone algo esencial. Presupone no sólo que se posee esa identidad sino que, lo realmente trascendente, que existe una con unos perfiles nítidos. Es decir, dicho en negativo, que en la identidad catalana y, por tanto, en la acción de los poderes públicos, no cabe aquello que no se corresponda con ese perfil. Por poner un ejemplo que ofrece el propio derecho positivo del Estatuto, en desarrollo de ese precepto es perfectamente argumentable y defendible toda política pública que excluya la cultura en castellano. Si la lengua propia de Cataluña es el catalán, tal y como afirma el artículo sexto, la identidad de Cataluña sólo podrá conservarse y promocionarse desde su exclusivo desarrollo (14). Desde luego, puede alegarse que ello no ha de ser necesariamente así, que es posible otra interpretación. Pero no creo que se trate de ninguna exageración y, menos aun, de algo impensable. En todo caso, es algo no sólo posible de acuerdo a la letra del Estatuto sino, seguramente, lo más coherente con la misma. Y si es verdad que normalmente corresponderá a políticos responsables su desarrollo, también es cierto que, como demuestra reiteradamente la historia, las armas de la identidad las utiliza el diablo y con textos como los transcritos cualquiera puede aspirar a pirómano.

Destaca el profesor Solozábal la importancia de la utilización de estas cláusulas de autoidentificación, dado el relieve simbólico que poseen para la Comunidad. Con ellas, sigue el citado autor, se incrementa la legitimidad del Estatuto en la medida que el mismo funciona como un mecanismo de integración política. Las cláusulas identitarias supondrían una cierta juridificación de su significado, al neutralizar ideológicamente un contenido que ya no puede ser atribuido a una ideología concreta (15). Esta tesis me parece especialmente sugerente en el momento de valorar la introducción de la identidad en los Estatutos. Como tantas otras veces, emerge la necesidad del matiz y de la distinción en función de la identidad. Es por aquí donde surge mi discrepancia con la recepción que Solozábal realiza de esas cláusulas que denomina de autoidentificación. Los Estatutos, y especialmente el catalán, han alcanzado un punto de intensidad en la afirmación de su identidad que, me parece, hace obligada la lectura escéptica. Las palabras en los textos jurídicos son armas cargadas de futuro. Cuando encuentran acomodo en textos como una Constitución o un Estatuto, ello no es sólo una posibilidad sino una obliga-

---

(14) La lengua, particularmente en el Estatuto catalán es una potente palanca de identidad (en este sentido, F. SOSA WAGNER e I. SOSA MAYOR, *El Estado fragmentado. El modelo austro-húngaro y el brote de naciones en España*, ob. cit., pp. 156-159).

(15) J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, pp. 150-151.



ción. Si a esta necesaria visión de la potencia que encierran las citadas cláusulas se une la también necesaria visión de conjunto de las mismas, me parece que sobre su posible positiva función como elementos legitimadores de la norma estatutaria y de integración de la comunidad política, se imponen visiones más sombrías.

Si la redacción del mencionado artículo sexto referido a la lengua es una inequívoca reivindicación identitaria, no lo es menos su precedente (16). En efecto, el artículo 5 introduce, incluso contra la opinión expresa del Consejo Consultivo de Cataluña (17), una vibrante referencia a los derechos históricos. El autogobierno de Cataluña, de acuerdo con este precepto, «*se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana*». Dicho de otra manera, la historia se hace cuerpo en forma de instituciones, ordenamiento y derechos. La tradición jurídica y las instituciones de autogobierno, como la lengua, pasarán a formar parte de esa concepción normativizada de la identidad a la que se hacía referencia anteriormente. Más dificultades ofrece la expresión «derechos históricos», en la que no resulta posible detenerse. Baste anunciar el desconcierto por una figura que fuera de su tradicional ubicación en el contexto vasco-navarro necesita de una elaboración *ex novo* (18). Desde luego, se trata de una contradicción radical. Pero más allá de lógicas y coherencias, lo que no deja de preocupar es, precisamente, el alto grado de interpretación que una expresión como la citada, sin referencias históricas a las que vincularla, ofrece. Las reiteradas afirmaciones identitarias del Estatuto no ayudan a la tranquilidad.

La identidad en el Título Preliminar o, si se quiere, el análisis del mismo desde la identidad, no puede finalizar sin alusión al artículo 8 referido a los símbolos de Cataluña. En el mismo se regulan fiesta, bandera e himno. Nada especial si se tiene presente que, al igual que en todas las Comunidades Autónomas, estos símbolos existían desde el principio de la autonomía. Pero, de nuevo, la identidad colectiva enseña su cabeza. No se trata sólo de los símbolos de Cataluña. El punto primero del citado artículo los califica como sím-

---

(16) CANOSA señala que uno de los objetivos fundamentales del legislador estatutario ha sido normalizar el uso del catalán (R. CANOSA USERA, *La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía*, Teoría y Realidad Constitucional nº 20, 2007, p. 85).

(17) Sobre la idea de nación y los derechos históricos en el proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña, puede verse el Dictamen del Consejo Consultivo de Cataluña, Revista Española de la Función Consultiva, nº extraordinario de 2007, pp. 29-40.

(18) Para SOLOZÁBAL, «se trata de una invocación severamente discutible» (J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, p. 151).

bolos nacionales de Cataluña. Así, este artículo puede leerse como una expresión más de la afirmación de la identidad colectiva de Cataluña, identidad que se corresponde con una nación.

Una curiosidad con valor aclaratorio la ofrece el artículo 12, también incluido en el citado Título, cuando establece la situación jurídica y política de Arán en la Comunidad Autónoma. No es casualidad que el legislador se haya mostrado especialmente preocupado en reconocer a Arán como *«una realidad occitana dotada de realidad cultural, histórica, geográfica y lingüística defendida por los araneses a lo largo de los siglos»*. Así, la identidad aranesa se ofrece como un excelente contrapunto de la deseada identidad catalana. Cataluña es coherente con sus afirmaciones colectivas al respetar las singularidades propias de su diversidad.

Los restantes títulos del Estatuto catalán se adaptarán, como no podía ser de otra manera, a la definición identitaria colectiva realizada en Preámbulo y Título Preliminar. Consecuencia inequívoca de esa idea primaria será el contenido de muchos preceptos. Cataluña emerge como un espacio claramente diferenciado, como un sujeto político, social y cultural dotado de unos rasgos claramente distintos a los del resto del Estado. Puede decirse que nada hay en ello de novedoso respecto no ya del presente de Cataluña sino de cualquier otra Comunidad Autónoma. Si bien ello tiene una dosis indudable de realidad, también resulta innegable que la tensión que se deriva del Estatuto es una tensión centrífuga de afirmación y potenciación de lo diferente frente a lo común. Y ello se hace esta vez desde una expresiva y juridificada construcción de la identidad colectiva.

Así, la identidad en el texto catalán no se entretiene en anécdotas o hechos sin duda relevantes, pero marginales, como se verá sucede en otros Estatutos. Aunque con las ambigüedades propias de un proceso largamente negociado, detrás de la letra del Estatuto existe un nervio inequívoco y expresivo. Un nervio que, por el contrario, no se encuentra en ningún otro Estatuto, por más que se repitan, incluso, muchos preceptos. Es ese nervio el que hace de verdad diferente al texto catalán. Lo hace desde la afirmación y juridificación de una identidad.

Del resto del articulado, y obviando esas consecuencias naturales, sólo quedaría destacar la referencia a la memoria histórica contenida en el artículo 54, precepto que cierra los principios rectores. En el mismo, y en coherencia con el Preámbulo que reiteraba la tradición de libertades y lucha por la democracia y la paz del pueblo de Cataluña, se señala que *«la Generalitat y los demás poderes públicos deben velar por el conocimiento y el mantenimiento*

*de la memoria histórica de Cataluña como patrimonio colectivo que atestigua la resistencia y la lucha por los derechos y las libertades democráticas».* Un precepto como éste merecería un comentario singularizado que atendiese a toda su extensión y complejidad. Pero, de acuerdo con la finalidad de estas páginas, me limitaré a subrayar la construcción identitaria que denota el mismo. De su lectura, y de la del Preámbulo, sólo cabe colegir una historia lineal en la que el pueblo de Cataluña ha sido un sujeto uniforme siempre guiado por los mejores valores, valores que, por otra parte, se proyectan desde nuestros días hasta los más lejanos tiempos medievales. Así, no creo que sea una exageración señalar que los Estatutos, no ha sido el único el catalán, más bien es una opción general, han trascendido su vocación natural para atribuirse la definición del marco histórico oficial. Sombras amenazadoras para voces críticas, heterodoxas o, simplemente, para la discrepancia. Porque si, de nuevo, cabe confiar en el sentido común del gobernante, también de nuevo es posible sentir la tentación de la desconfianza frente al poder, frente a un poder armado, como en este caso, de notables argumentos retóricos que han alcanzado la gloria del derecho en su máxima expresión.

Como indiqué, la identidad, y su primera expresión, la historia, se encuentra fuertemente presente en todos los Estatutos. Pero, como intentaré demostrar, con diferencias significativas respecto de lo analizado en relación con el texto catalán. Por sus indudables similitudes formales con el mismo, es conveniente, obviando el orden cronológico, examinar a continuación la letra del Estatuto andaluz. La confrontación de la idea de identidad en estos dos textos emerge como una de las mejores maneras de comprender las diferencias entre los mismos. Diferencias profundas en cuanto a su nervio ideológico, por más que, como se ha señalado, existan importantes similitudes formales y hasta literales.

La idea de identidad se encuentra muy presente en el texto andaluz. Puede decirse que hasta obsesivamente presente. Como se verá, no hay duda de que una de las intenciones más claras del legislador andaluz ha sido la de reafirmar con contundencia la existencia de una identidad andaluza, de una identidad singular. De hecho, la presencia expresa de la identidad, la alusión a la misma, va a ser mucho más frecuente que en el texto catalán. La afirmación de la identidad es una de las banderas del Estatuto. Ésta se va a afirmar especialmente en el largo Preámbulo, aunque no dejará de proyectarse sobre algunos preceptos de su articulado. Pero inmediatamente hay que decir que esa afirmación de la identidad presenta un rasgo netamente diferenciado de lo visto en Cataluña. El legislador andaluz ha querido dejar claro, y también rotundamente, que esa identidad es compatible con

la pertenencia a la nación española. Es más, como se verá, que esa identidad andaluza es una de las manifestaciones del ser de la nación española en la que los andaluces se reconocen.

Como se indicó, la búsqueda de la identidad en el texto andaluz debe comenzar por su Preámbulo. En el mismo, la voz identidad no tarda en aparecer de forma expresa. En concreto, ya en la segunda línea se puede leer que *«Andalucía, a lo largo de su historia, ha forjado una robusta y sólida identidad que le confiere un carácter singular como pueblo, asentado desde épocas milenarias en un ámbito geográfico diferenciado, espacio de encuentro y de diálogo entre civilizaciones diversas»*. Pero, junto a esa afirmación radical de identidad de raíces milenarias, inmediatamente se hace también una primera y expresiva referencia a su relación con España: *«Nuestro valioso patrimonio social y cultural es parte esencial de España en la que los andaluces y andaluzas nos reconocemos, compartiendo un mismo proyecto basado en los valores de justicia, libertad y seguridad, consagrados en la Constitución de 1978, baluarte de los derechos y libertades de todos los pueblos de España»*.

De esta manera, el legislador andaluz establece con nitidez, desde los mismos inicios del Preámbulo, cuál va a ser el parámetro ideológico del Estatuto en lo referido a su ser y estar en el Estado. A partir de ese momento, va a haber espacio reiterado para la reivindicación de una identidad fruto del diálogo y del mestizaje, que llega a expresarse en un patrimonio cultural que no se duda en calificar de *«único entre las culturas del mundo»*. Así, existe un empeño expreso en afirmar que la identidad andaluza es fruto de la síntesis y de la pluralidad: *«Esta síntesis perfila una personalidad andaluza construida sobre valores universales, nunca excluyentes»*. Síntesis y pluralidad que se desea transmitir a la sociedad contemporánea enriquecida por valores propios de nuestro tiempo: *«El pueblo andaluz es heredero, por tanto, de un vasto cimiento de civilización que Andalucía puede y debe aportar a la sociedad contemporánea, sobre la base de los principios irrenunciables de igualdad, democracia y convivencia pacífica y justa»*.

Junto a ello, y en un ejercicio que hay que alabar, el legislador andaluz vincula esa identidad con la reciente autonomía y la voluntad de sus ciudadanos: *«El ingente esfuerzo y sacrificio de innumerables generaciones de andaluces y andaluzas a lo largo de los tiempos se ha visto recompensado en la reciente etapa democrática, que es cuando Andalucía expresa con más fuerza su identidad como pueblo a través de la lucha por la autonomía plena»*. Es más, esa idea se reafirma de manera expresa vinculando la identidad propia de Andalucía con sus avatares en el Estado autonómico: *«Andalucía ha sido*

*la única Comunidad que ha tenido una fuente de legitimidad específica en su vía de acceso a la autonomía, expresada en las urnas mediante referéndum, lo que le otorga una identidad propia y una posición incontestable en la configuración territorial del Estado*». Señalaba que es de agradecer este ejercicio de contemporaneidad ya que relacionar la profundización en el autogobierno, incluso la identidad, con la voluntad expresada por los andaluces parece mejor opción que apelar a antiguos derechos históricos u otras brumas.

La vinculación de la identidad andaluza con la española no se limita tampoco a esa primera expresión. A lo largo del preámbulo pueden leerse otras manifestaciones de las que no cabe concluir sino la indisoluble vinculación que el legislador andaluz realiza de esa identidad andaluza con la pertenencia a España-nación. Así, las referencias a España como marco de comprensión de la identidad cultural y política de Andalucía se suceden, hasta con la referencia expresa a la *«unidad indisoluble de la nación española»* como marco político del autogobierno andaluz. Unas referencias que se entienden desde la afirmación de *«una visión global y plural de España que Andalucía siempre ha tenido»*. Visión que se complementa con un apunte del mayor significado político como es la llamada a una igualdad esencial de los territorios españoles, con referencia incluida al principio de igualdad que se proyecta desde el artículo 139.1 de la Constitución. No en vano, como señalaba Balaguer, es fácil ver en la reivindicación identitaria andaluza la búsqueda de la igualdad con otras Comunidades Autónomas (19).

Como es natural, el análisis del Preámbulo debe ser completado en primer lugar con lo señalado en el Título preliminar, llamado por naturaleza a contener las definiciones políticas e ideológicas de la Comunidad. Desde su análisis, es forzoso destacar las notables diferencias de contenidos con lo analizado en relación con el Estatuto catalán. Así, el artículo 1 contiene sendas declaraciones políticas que muestran un camino bien diferente. Por una parte, se hace referencia a la constitución de la Comunidad Autónoma en el marco de la unidad de la nación española y, por otra, la emanación de los poderes de la Comunidad Autónoma se atribuye conjuntamente a la Constitución y al pueblo andaluz. Esta línea se ratifica en el artículo 3, dedicado a los símbolos y en el que no existe referencia al carácter nacional de los mismos. Así, identidad colectiva, sí, identidad singular, sí, pero siempre con la expresa voluntad de vincularla cultural y políticamente a la nación española.

---

(19) Como se indicó, para este autor esta idea de igualdad es la verdadera identidad de la autonomía andaluza (F. BALAGUER CALLEJÓN, *El Preámbulo del nuevo Estatuto y la identidad de Andalucía en el contexto del Estado autonómico*, ob. cit., pp. 19-21).

En cualquier caso, la preocupación del legislador por la identidad vuelve a emerger con nitidez cuando en el artículo 10, dedicado a los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, se establece como uno de los primeros: «*El afianzamiento de la conciencia de identidad y de la cultura andaluza a través del conocimiento, investigación y difusión del patrimonio histórico, antropológico y lingüístico*». Andalucía no se sustrae a la fuerza de la lengua como seña de identidad e, inmediatamente, señala también como objetivo básico de la Comunidad: «*La defensa, promoción, estudio y prestigio de la modalidad lingüística andaluza en todas sus variedades*». Estas declaraciones del legislador andaluz son expresivas de la fuerza con la que la voluntad de identidad se ha adentrado en la conciencia política. Nadie parece haber reparado en su conveniencia o inconveniencia. Es como si un determinado presupuesto de corrección política se haya instalado alrededor de esta idea, poniéndole alfombra roja en los marcos estatutarios (20). En el caso andaluz, además, no deja de provocar una cierta sensación de contradicción cuando, simultáneamente, se hacen variadas apelaciones a una conciencia de universalidad. Es cierto que viene siendo habitual afirmar simultáneamente la reivindicación de lo local y del cosmopolitismo. Pero parece que, al margen de lo satisfactorio que para todos pueda tener esa afirmación, hubiese sido deseable un mayor comedimiento en la redacción de la norma.

En el resto del articulado, las referencias expresas a la identidad se diluyen en afirmaciones colaterales y consecuentes con lo ya indicado. Las competencias, incluso los derechos, se amoldan, como es natural, a esa idea de singularidad del pueblo andaluz. Sí debe destacarse, especialmente por su presencia en otros textos, la reivindicación competencial sobre un río, en este caso el Guadalquivir y su cuenca, reivindicación que acerca a este curso de agua a la identidad andaluza. Pero será en el Título VIII, relativo a los Medios de Comunicación Social, donde vuelva a emerger de una manera más explícita la idea identitaria. Y lo hace de la mano de la cultura. Por una parte, el artículo 212 atribuye a los medios de difusión públicos el deber de promover la cultura andaluza tanto en sus formas tradicionales como en las nuevas creaciones. Por otra, el artículo 213 establece que esos medios promoverán el reconocimiento y uso de la modalidad lingüística andaluza en sus diferentes

---

(20) Ejemplificador de esta voluntad indiscutida en relación con la identidad es cómo formula el gobierno gallego su consulta en relación con la lengua al Consejo Consultivo Gallego: «La consolidación de las señas de identidad de Galicia ha de ser uno de los ejes de la reforma estatutaria y en ese campo resulta evidente que la lengua gallega, nuestro patrimonio cultural más preciado debe recibir el máximo reforzamiento y defensa posible en el texto del reformado Estatuto» (Dictamen 782, de 27 de enero de 2006).

hablas, en coherencia con lo que establecía el artículo 10. La presencia de la lengua, o modalidad lingüística en este caso, no puede pasar desapercibida. Como era de esperar, y hubo ocasión de subrayar, la lengua es en el Estatuto catalán una de las banderas de la identidad. Lo mismo va a suceder, con mayor o menor fuerza en los restantes Estatutos.

Finalmente, hay que hacer referencia a la inclusión de la memoria histórica. A caballo entre la historia y la identidad, la memoria vuelve a poseer traducción normativa. En concreto, el citado artículo 10 establece como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma el que sus poderes públicos velen *«por la salvaguarda, conocimiento y difusión de la lucha del pueblo andaluz por sus derechos y libertades»*. Objetivo que hay que vincular con la trayectoria ideológica que se describe de ese pueblo a lo largo de una historia milenaria. De nuevo, historia lineal y uniforme que reduce a una visión generosa y complaciente la trayectoria histórica necesariamente conflictiva y compleja. Más allá de juicios académicos, lo que inquieta de este tipo de manifestaciones es su conexión con la voluntad de reforzamiento de la identidad. Es difícil no ver en el mismo un serio riesgo de construcción unilateral del discurso histórico, donde los malos siempre son ajenos. Si la educación siempre parece exigir el conocimiento de la complejidad y la aceptación de la misma, discursos de esta índole no pueden favorecer visiones realmente tolerantes y respetuosas hacia los otros.

Relativizar o acentuar la importancia de las diferencias que en este punto muestran los textos de Cataluña y Andalucía será fruto del juicio personal de cada lector. Pero, creo, lo que no parece posible es negar que esas diferencias existen. Que existen y que ofrecen una visión bien distinta de la relación de la Comunidad Autónoma con el Estado o, quizá sea más propio, con la nación. Es plausible que sea factible realizar una interpretación escéptica, moderada, que relegue al ámbito de la retórica y del simbolismo las claras diferencias que el contraste ofrece. También lo es que se vean simplemente como una consecuencia natural de una realidad, de la distinta visión que desde una y otra Comunidad se tienen de esas relaciones. Es decir, que se consideren simplemente como una constatación de hechos, pero sin mayores consecuencias políticas ni jurídicas. Todo es posible. Pero también lo es que con el devenir de los años y con nuevos avatares políticos se vea en esas diferencias, las exigencias y los requisitos jurídicos para construir caminos distintos.

Reiterar las llamadas al poder ser no es un ejercicio de predicción ni de mal agüero. Los textos jurídicos, ya se sabe, y más cuanto mayor es su contenido político, tienen vida propia y así debe ser. Expresar, al menos aventu-

rar, lo que pueden llegar a decir a determinados oídos interesados no es sino una necesaria labor jurídica. Una labor avalada por la experiencia y que, sin embargo, parece haber sido desechada. Más bien al contrario, el ejercicio se ha centrado en buscar para el más inmediato presente una interpretación de mínimos que impidiese cualquier fricción constitucional. Pero, se ha indicado, el problema no es de constitucionalidad. No se trata de una cuestión jurídica. Se trata de una innegable y, por supuesto, legítima disquisición política. No haberla abordado en estos términos, y pienso sinceramente que, una vez más —no se ha hecho desde la transición—, no sólo no resuelve el problema sino que puede contribuir a agravarlo.

Estas diferencias, si bien tienen, en mi opinión, una indudable trascendencia política, no restan importancia a la presencia de la identidad en el texto andaluz. Una presencia que se antoja antigua y no exenta de riesgos como ya se ha indicado. La búsqueda obsesiva de la identidad colectiva somete al lector a preguntas que pueden resultar incómodas. No es la menor la de hasta donde puede llegar el poder público en la construcción o fortalecimiento de esa identidad. No se trata ya de pensar en las graves imágenes que la historia ha reiterado. Es suficiente con pensar en las muchas pequeñas consecuencias que se puede derivar de ello en la cultura, en la enseñanza o en la relación con los poderes públicos. Es, finalmente, la pregunta de dónde queda el individuo ante tamaña carga.

En los restantes Estatutos, la identidad se encuentra también presente, sí bien con una carga política y simbólica menor de la descrita alrededor de los dos textos estudiados. Precisamente, se trata de una de las grandes diferencias entre esos textos y los otros cuatro aprobados. De alguna manera, es una diferencia relacionada con su ambición política, con la voluntad de estar de una manera determinada en el conjunto del Estado. Como habrá ocasión de observar, la identidad emerge, incluso con la interrogativa fuerza de un derecho a la identidad colectiva. Y también lo hace al hilo de aquellas cuestiones que más valor simbólico pueden tener para una Comunidad, como es el agua en el caso de Aragón o el peso del medio rural en la Comunidad Valenciana o el patrimonio cultural en Castilla y León. Pero, en todo caso, la imagen de conjunto que depara la identidad en estos textos es cualitativamente inferior a aquella que se ha podido ver en Cataluña o Andalucía.

El examen del texto valenciano se impone a continuación tanto por razones cronológicas como por el propio peso de la identidad en el mismo. De nuevo, el Preámbulo sirve como marco para explicar la Identidad, que en el caso valenciano ha estado sujeta a la coexistencia de dos visiones diferentes



de la Comunidad que llegaron a determinar su propia denominación tras una importante disputa (21). Este conflicto y su resolución, encuentran un inmediato acomodo en el Preámbulo: «*Aprobada la Constitución española fue, en su marco, donde la tradición valenciana proveniente del histórico Reino de Valencia se encontró con la concepción moderna del País Valenciano y dio origen a la autonomía valenciana, como integradora de las dos corrientes de opinión que enmarcan todo aquello que es valenciano en un concepto cultural propio en el estricto marco geográfico que alcanza*». Así, inmediatamente se indica que, desde ese presupuesto, la labor legislativa de Les Corts y reglamentaria del Consell en el ejercicio de la autonomía ha permitido la afirmación de la identidad valenciana.

No se limita a este particular la afirmación identitaria del Estatuto valenciano. Como se ha indicado, se trata también de un texto con notables referencias. De esta manera, en el propio Preámbulo se encuentra la atribución a la Generalitat de la misión de velar por defensa de la identidad del pueblo valenciano. Identidad que es expresión de unas «*raíces históricas, personalidad diferenciada, lengua y cultura y Derecho Civil Foral*». Precisamente, la resurrección del Derecho Civil Foral valenciano va a ser una de las grandes novedades del Estatuto, novedad que se vincula al reforzamiento de la identidad valenciana, a la que el texto analizado se refiere de esta manera: «*Prende también esta reforma el impulso y desarrollo del derecho civil valenciano... Por ello, el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat, en plena armonía con la Constitución española, procurará la recuperación de los contenidos de los «Fueros del Reino de Valencia» abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707*». Fueros de Valencia que rápidamente han sido reivindicados como una de las señas identitarias más antiguas de España (22).

La identidad vuelve a estar presente en el articulado. Dentro de la unidad de la nación española, el artículo primero establece su constitución como Comunidad Autónoma como expresión de su identidad diferenciada como nacionalidad histórica. Identidad que se proyecta con nitidez sobre los individuos cuando en el artículo tercero se reconoce a las comunidades de

---

(21) Al respecto, V. GARCÍA EDO, *Derecho e identidad valenciana (Comentarios al Título I del Estatuto de Autonomía)*, Corts nº 18, 2007, pp. 302-303.

(22) En concreto, GARCÍA EDO señala que «si la carta de identidad de un pueblo la constituye el derecho aplicable al conjunto de su territorio, por encima de cualquier otro elemento, en el caso del antiguo Reino de Valencia este carácter se sitúa, cronológicamente hablando, por delante de cualquier otro territorio Peninsular» (V. GARCÍA EDO, *Derecho foral e identidad valenciana*, ob. cit., pp. 303-304).

valencianos asentadas en el exterior el derecho al reconocimiento de su valencianidad. Por lo demás, el Título Primero del Estatuto no ofrece otra expresión de interés que la apelación a que «*el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica*». Junto a ello, el otro rasgo identitario presente, pero sin ninguna connotación especial, es la regulación de los símbolos institucionales. Será en el Título relativo a los derechos donde se encuentra una de las expresiones más significativas de este Estatuto en relación con la identidad. En el artículo 12 se establece que la Generalitat ha de velar por la protección y defensa de la identidad y los valores e intereses del pueblo valenciano. Una afirmación de la identidad que parece mal ubicada sistemáticamente y que, como se ha indicado, más parece reactiva frente a otras Comunidades Autónomas que frente al Estado (23). Junto a ello, el artículo 21, al reconocer el valor del sector agrario valenciano, expresa que el mismo se encuentra vinculado a las tradiciones y costumbres más definitorias de la identidad valenciana. Como en otros Estatutos, y ligada a esa especial posición del sector agrario en la Comunidad, aparece en el Estatuto la relevancia del agua, en clara cercanía a la identidad al reconocer no sólo el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad, sino el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias. Agua no sólo para el consumo humano sino también para el desarrollo económico y social (24).

Finalmente, la expresión más singular se encuentra en el artículo 57, expresamente dedicado al Monasterio de Santa María de la Valldigna y en el que identidad e historia vuelven a darse la mano en una norma singular: «*El Real Monasterio de Santa María de la Valldigna es templo espiritual, histórico y cultural del antiguo Reino de Valencia y es, igualmente, símbolo de la grandeza del Pueblo Valenciano reconocido como Nacionalidad histórica*». Precepto que, como se ha señalado, no puede sino extrañar al lector, más cuando no parece meridianamente clara la vinculación del citado Monasterio

---

(23) En este sentido, R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Comentario al Título II del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 2006*, Corts 19, 2007, p. 384.

(24) Como es obvio, detrás de este precepto se encuentra la enconada disputa sobre el trasvase de aguas del río Ebro al Levante. Este artículo fue recurrido por la Comunidad Autónoma de Aragón y declarado constitucional por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 12 de diciembre de 2007, al considerar que las referencias a la Constitución permiten realizar una interpretación del mismo constitucional y que en ningún caso se puede deducir la existencia de un derecho subjetivo.

con un simbolismo nítido dentro de la historia valenciana (25). Por ello, quizá quepa más ver en este precepto un nuevo ejercicio para introducir la historia y la recuperación de la misma en un texto normativo.

Como se ha podido ver, si bien existe densidad identitaria en el texto valenciano, ésta muestra unos caracteres bien diferentes a los dos textos anteriormente examinados. De alguna manera, es como si las referencias a la identidad fuesen más en este caso una respuesta que una convicción. No parece que preocupe tanto el construir y reforzar esa identidad como reivindicarla en un escenario en el que todos están apelando a ella.

La presencia de la identidad en el Estatuto de las Islas Baleares presenta un perfil similar aunque de la lectura final parece desprenderse una ordenación más coherente y menos densa que en el texto valenciano. Básicamente, la afirmación identitaria se encuentra presente en el Preámbulo de la norma y en relación con los derechos de los Baleares. El articulado, incluyendo, el Título Primero dedicado a las Disposiciones Generales, esencialmente se circunscribirá a regular aquellos hechos que explican la identidad anteriormente afirmada, singularmente la insularidad y la lengua.

El Preámbulo no es original a la hora de describir la identidad balear y alude a una historia que ha provocado la construcción de una cultura singular: *«A lo largo de su historia, las Illes Balears han forjado su identidad con las aportaciones y energías de muchas generaciones, tradiciones y culturas que han convergido en esta tierra de acogida. Así, las Illes Balears, por la confluencia de una multiplicidad de pueblos y civilizaciones, a lo largo de su historia, se han conformado en una sociedad dinámica, con un patrimonio cultural y social, tangible e intangible, singular entre todas las culturas del Mediterráneo y del mundo»*. Como puede verse, ecos conocidos. Y, de nuevo, singularidad que desborda no sólo las fronteras españolas sino las europeas. El Preámbulo continúa en esta línea y subraya la lejanía en los tiempos de esta identidad de la que el presente no es sino continuidad. Así, se rinde homenaje expreso a todos los hijos de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera que *«a lo largo de todos los tiempos, lejanos y próximos, han trabajado para mantener la identidad de nuestro pueblo, lo cual nos ha permitido conseguir los hitos actuales gracias a ellos»*. Como puede verse, la necesidad del recordatorio de una identidad singular forjada a lo largo de una historia que se pierde en el tiempo aparece una vez más. Junto a ello y, si se quiere, frente a ello, el propio Preámbulo expresa que las Islas son una comunidad de personas libres y para personas libres, *«donde cada persona puede vivir y expresar identidades diversas»*.

---

(25) Véase, V. GARCÍA EDO, *Derecho foral e identidad valenciana*, ob. cit., pp. 319-320.

El Primer Título del Estatuto, allí donde en otras normas se ha podido ver aspectos esenciales del contenido político de la identidad no ofrece una regulación paralela en el texto balear. Sí encuentra acomodo la lógica regulación de aspectos definidores de esa identidad como la lengua o la insularidad, pero sin que en ningún momento se les otorgue una relevancia política especial. Así, la regulación de la lengua se realiza con nitidez desde una convicción asumida de bilingüismo. Lo mismo sucede con la referencia a los símbolos institucionales.

Es en el capítulo de los derechos donde el Estatuto balear tiene una pregunta mayor originalidad al contemplar en el artículo 18 y de forma conjunta con los derechos en el ámbito cultural y con la creatividad, los derechos en relación con la identidad del pueblo de las Illes Balears. Desde luego, esta regulación conjunta no es fruto del azar sino de la íntima conexión que éste Estatuto, como todos los demás, establece, no podía ser de otra manera, entre cultura e identidad. Pero si bien la rúbrica del precepto levantaba ciertas expectativas, lo cierto es que las mismas quedan claramente rebajadas cuando se procede a su lectura: *«Los poderes públicos de las Illes Balears velarán por la protección y la defensa de la identidad y los valores e intereses del pueblo de Les Illes Balears y el respeto a la diversidad cultural de la Comunidad Autónoma y de su patrimonio histórico»*. Aunque de nuevo emergen los conocidos interrogantes sobre cuáles pueden ser las acciones de los poderes en defensa de esa identidad, lo cierto es que no hay nada substantivamente nuevo en relación con otros textos.

Como ha podido apreciarse, la identidad va difuminando sus perfiles más políticos para convertirse en presupuesto de la autonomía y explicación de la profundización en el autogobierno. Mantiene su vínculo con la historia y la cultura pero con perfiles, puede decirse, menos polémicos. Algo semejante sucede en los dos textos que resta por examinar, los Estatutos de Aragón y Castilla y León, aunque en éste último, como habrá de verse, si bien la identidad se aleja de perfiles políticos, se afirma con una singular consistencia.

La conciencia de una identidad política clara por parte del pueblo aragonés se encuentra detrás de los distintos avatares de la autonomía en esta Comunidad Autónoma. Una identidad que si bien no se sustrae a la relación con la fuerte presencia de Comunidades vecinas, no deja de poseer una significativa afirmación en positivo. Por ello, no podía extrañar que fuese tras Cataluña la segunda Comunidad en iniciar el proceso de reforma del Estatuto, si bien por diversos avatares fue el quinto finalmente aprobado, ni que en las primeras redacciones del Preámbulo de la nueva norma abundasen las

referencias a la historia como explicación nítida de esa identidad que, en gran medida, se había considerado negada al marginar a Aragón de los procesos de acceso a la autonomía por la vía rápida (26).

Finalmente, el legislador optó por una reducción drástica de la extensión e historicismo del texto del Preámbulo, aunque aun quedó espacio suficiente para la reivindicación de esa identidad. Así, *«El Reino de Aragón es la referencia de una larga historia del pueblo aragonés que durante siglos dio nombre y contribuyó a la expansión de la Corona de Aragón, seña de identidad de su historia es el Derecho Foral que se fundamenta en derechos originarios y es fiel reflejo de los valores aragoneses de pacto, lealtad y libertad. Este carácter foral tuvo reflejo en la Compilación del Siglo XIII, en el llamado Compromiso de Caspe de 1412 y en la identificación de sus libertades en el Justicia de Aragón»*. De esta forma, la identidad forjada alrededor de la historia se expresa en instituciones, Derecho Foral y Justicia de Aragón, y en valores contemporáneos. Por otra parte, se realiza una sucinta referencia a derechos originarios que debe ponerse en relación con otra de las señas de identidad del Estatuto, ya presente en el texto de 1982. Se trata de los derechos que al pueblo aragonés le puedan corresponder en virtud de la historia y a los que no renuncia, esperando su actualización (disposición adicional tercera).

Esta afirmación preliminar tendrá su correspondiente normativa en el párrafo tercero del artículo primero, en el que se afirma que *«La Comunidad Autónoma de Aragón, dentro del sistema constitucional español, ostenta por su historia una identidad propia en virtud de sus instituciones tradicionales, el Derecho foral y su cultura»*. No por conocido deja de sorprender un aserto como el transcrito. No se acaba de entender el sentido de la afirmación normativa de una identidad propia en el marco de una norma que reconoce y establece el autogobierno. Se entiende bien que esa identidad propia que tanto ha gustado a los legisladores repetir es un presupuesto de la creación de la Comunidad Autónoma y de su acceso a la autonomía. Por lo demás, el Título Preliminar del Estatuto no da otro espacio a la identidad que la regulación de los símbolos y de las lenguas y modalidades lingüísticas de Aragón. Sí cabe decir que frente a otros textos, la regulación de las mismas se hace en el texto aragonés con mesura y lejos de vincularlas a la expresión de una identidad política (27).

---

(26) Véase el texto del Preámbulo que se remite a las Cortes Generales, BOCA nº 236, de 23 de junio de 2006.

(27) Precisamente, esta regulación fue uno de los motivos de que el partido nacionalista Chunta Aragonesista votase finalmente en contra del Estatuto de Autonomía.

Junto a ello, la identidad se hace un hueco, ciertamente indirecto, en el Título dedicado a los Derechos y principios rectores. En el mismo, y de la mano de tres materias, educación, patrimonio cultural y agua, puede encontrarse un reflejo del eco identitario. Por una parte, en relación con el patrimonio cultural se hace una llamada expresa a la recuperación de los bienes integrantes del patrimonio que se encuentran fuera del territorio aragonés. Llamada que en el contexto de la aprobación del Estatuto ha de entenderse relacionada con el denominado conflicto de los bienes de La Franja, conflicto asociado subcientemente a la identidad colectiva aragonesa (28). Por otra parte, en la regulación de la educación se señala que deberán tenerse presente en el desarrollo del sistema educativo las singularidades de Aragón.

Finalmente, el agua, auténtica y perdurable seña de identidad de la Comunidad Autónoma, irrumpe con fuerza en el Estatuto (29). De nuevo, como en Andalucía, y como en Valencia, a cuya redacción en absoluto puede considerarse ajeno el texto aragonés, el agua transciende la condición de materia objeto de gestión para convertirse en una de las referencias inequívocas del Estatuto y, por ende, de la Comunidad Autónoma. En Aragón, el agua es el río Ebro. Y del río Ebro, y de su cuenca en Aragón, hablan los diversos preceptos que el legislador aragonés ha dedicado a esta cuestión. Es en el capítulo de los derechos donde adquiere mayor relevancia simbólica al establecer el derecho de todos los aragoneses «*a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras*» (30). Junto a ello, el legislador aragonés ha dedicado una relevancia especial a las competencias de la

---

(28) En realidad se trata de un conflicto entre la diócesis de Lérida y la de Huesca por unos bienes culturales que originarios de parroquias oscenses se encuentran en poder de la diócesis de Lérida en virtud de la anterior demarcación eclesiástica. La negativa de la diócesis leridana, respaldada por las autoridades civiles catalanas, a devolver dichos bienes a la diócesis aragonesa ha originado un conflicto que transciende su significado estricto para adquirir ciertos visos identitarios.

(29) La historia reciente de Aragón ha venido en buena medida condicionada por la gestión del río Ebro. En la conciencia colectiva de la Comunidad se encuentra firmemente asentada la idea de que el desarrollo de la misma se encuentra ligado al aprovechamiento intensivo de las aguas del río y de su cuenca que discurren por la Comunidad. Esta idea, fuertemente unida en la obra de Costa al regadío y desarrollo rural, ha pervivido hasta nuestros días, hasta el punto de que las sucesivas propuestas de trasvase de aguas del río al Levante han sido causa de las mayores controversias políticas y sociales de la Comunidad e, incluso, origen del nacimiento de un partido político, el Partido Aragonés.

(30) La presencia del agua en el Estatuto de Autonomía se completa con la referencia a las competencias de la Comunidad Autónoma en la materia (artículo 72) y con la inclusión de una disposición adicional que establece una reserva hídrica a favor de la Comunidad Autónoma (disposición adicional quinta).

Comunidad Autónoma en materia de aguas y ha incluido en la disposición adicional quinta una confusa referencia a una reserva hidráulica a favor de la Comunidad Autónoma.

Por lo demás, no hay más huella de la identidad. Debe destacarse la desaparición de la misma como instrumento político. Ni existe un deber de los poderes públicos de reforzarla ni es presupuesto de ninguna consecuencia política. Emerge, como se ha visto, de forma diferente, ligada a conflictos y preocupaciones contemporáneas, alguna de hondas raíces como es la relacionada con la gestión del agua. Ni siquiera con ocasión de la regulación de materias señeras de esa identidad histórica, como la institución del Justicia de Aragón o la regulación de las competencias sobre el Derecho Foral, se ha realizado excursio alguno sobre la identidad. Así, simplemente es presupuesto de la propia existencia política de la Comunidad.

Finalmente, resta por examinar el último de los Estatutos aprobados, el de Castilla y León. No faltan en este texto las alusiones identitarias. Ello podría explicarse por la paradoja razonable entre la innegable identidad histórica de la Comunidad Autónoma y la debilidad de su peso político en el debate sobre autonomía y autogobierno en la España contemporánea. Desde esta premisa, es más fácil entender tanto la reiteración de las alusiones a la identidad y la forma cómo se realizan, como la rápida incorporación de la Comunidad al proceso de reforma estatutaria.

La reivindicación identitaria en el texto castellano-leonés posee coincidencias con los textos precedentes y rasgos diferenciados de cierta importancia. Como en textos anteriores, la historia y la cultura, lenguas incluidas, tienen un valor singular para la definición de la identidad. Así, el Preámbulo alcanza las mayores cotas de la expresión historicista al realizar un largo recorrido por la historia de Castilla y León, mil cien años de historia que explican al lector la identidad de la Comunidad. Además, como también ha sido habitual en los textos analizados, se trata de una historia en la que desde los tiempos más remotos *«castellanos y leoneses ofrecieron al mundo ejemplos de respeto y convivencia entre las culturas diversas que poblaban esas tierras, ejemplos afianzados a menudo en los Fueros leoneses y en las costumbres y fazañas castellanas»*. Historia de defensa de las libertades, con hitos como la revuelta de los Comuneros que necesariamente debía derivar en una *«Comunidad histórica y cultural reconocida que ha forjado un espacio de encuentro, diálogo y respeto entre las realidades que la conforman y definen»*. De nuevo, una lectura idílica de la historia que ocupa lugar preferente en un texto normativo y que, en teoría, se encuentra llamada a condicionar la explicación no sólo del ser histórico sino también del ser político.

Una importante singularidad en la narración identitaria del Estatuto castellano-leonés son las referencias a la relación de la Comunidad con España, algo que, como se ha visto, sólo se encontraba con fuerza en el Estatuto andaluz. En el texto que se examina, esa relación forma parte inequívoca de la identidad. Tras indicar que *«A partir de la unión definitiva de los Reinos de León y de Castilla... la Corona de Castilla y León contribuirá decisivamente a la conformación de lo que más tarde será España»*, para continuar señalando, ya desde la afirmación identitaria, que *«Su personalidad, afianzada sobre valores universales, ha contribuido de modo decisivo a lo largo de los siglos a la formación de España como Nación y ha sido un importante nexo de unión entre Europa y América»*.

En coherencia con lo descrito en el Preámbulo, el artículo primero define a la Comunidad de Castilla y León como *«una Comunidad histórica y cultural que tiene su origen en los antiguos Reinos de León y de Castilla, que ha contribuido de modo decisivo a la formación de España como Nación, y ejerce su derecho al autogobierno y se constituye en Comunidad Autónoma en el marco de la Constitución y del presente Estatuto de autonomía»*. Definición política en la que se olvida la oscura referencia a los derechos de los territorios como fundamento del autogobierno contenida en el Preámbulo. Junto a ello, merece también destacarse como el apartado 2º de este mismo artículo se dedica a la relación de la Comunidad con Europa y sus valores, afirmando que *«La comunidad de Castilla y León, como Región de Europa, asume los valores de la Unión Europea y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por la defensa de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico europeo»*. Se trata de un precepto elogiado y cuya esencia se echa en falta en otros textos. La obsesión por la afirmación identitaria y la necesidad de distinguirse del texto ha provocado que en muchos casos la, al menos teóricamente, indiscutible vocación europea, haya quedado marginada.

Pero el rasgo más notable del Estatuto castellano-leonés es la claridad expresiva y sistemática con la que su identidad se afirma en este texto sobre la cultura. La lengua, el patrimonio o instituciones como la Universidad emergen en distintas partes del texto como elementos esenciales de la identidad autonómica. Si en el Preámbulo se pueden encontrar ya significativas alusiones a estas cuestiones, su afirmación identitaria se realizará de manera expresa en el artículo cuarto, dedicado a los valores esenciales: *«La lengua castellana y el patrimonio histórico, artístico y natural, son valores esenciales para la identidad de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y serán objeto de especial protección y apoyo, para lo que se fomentará la creación de entidades que atiendan a dicho fin»*. Precepto que tendrá un coherente desarrollo



a lo largo del Estatuto. Así, en el momento de establecer las competencias de la Comunidad Autónoma, en el apartado 31 del artículo 70 se otorgará una especial transcendencia a la materia de cultura. Así, a la hora de establecer la misma se llega a un desglose material pormenorizado y no existente en otros títulos competenciales. Finalmente, en ese desarrollo del artículo cuarto, la disposición adicional tercera, dedicada a los medios de comunicación públicos, establecerá en su apartado segundo que *«los medios de titularidad pública promoverán especialmente en su programación los valores esenciales de la identidad de Castilla y León reconocidos en el artículo 4º del presente Estatuto y los derechos y principios rectores reconocidos en el Título I»*. Así, el Estatuto confirma en este precepto una dualidad de valores, unos de índole colectiva y otros individuales, como guía de la actuación pública. La afirmación de la identidad colectiva emerge, pues, como uno de los fundamentos de la actuación del poder público.

La afirmación identitaria de este texto no finaliza en lo indicado. De forma expresa, la identidad vuelve a aparecer cuando en el Título Preliminar se hace referencia a los símbolos de la Comunidad y se les califica como *«símbolos de la identidad exclusiva de la Comunidad de Castilla y León»*. Junto a la bandera y otros símbolos tradicionales, blasón y pendón recuerdan en este artículo 6 la antigüedad de la identidad castellano-leonesa y de sus propios símbolos.

Finalmente, hay que referirse a dos cuestiones singulares que completan el marco identitario de la norma castellano-leonesa. Por un lado, como se señaló, la lengua. La lengua castellana se afirma como una de las señas de identidad indiscutibles, como uno de esos valores esenciales que definen a la Comunidad Autónoma. De acuerdo con ello, en el apartado 1º del artículo quinto se dice que *«el castellano forma parte del acervo histórico y cultural más valioso de la Comunidad»* y que *«La Junta de Castilla y León fomentará su uso correcto en los ámbitos educativo, administrativo y cultural»*. Pero las referencias lingüísticas no finalizan en el castellano. Los apartados 2º y 3º del mismo artículo se dedican al leonés y a la lengua gallega. Especial interés posee la emergencia del leonés al que se le dedica una atención singular: *«El leonés será objeto de protección específica por parte de las instituciones por su particular valor dentro del patrimonio lingüístico de la Comunidad. Su protección, uso y promoción serán objeto de regulación»*.

Por otro, y también en plena coherencia con lo que ha sido el tramitar estatutario, el agua ocupa un lugar preferente en el texto, posición que deriva de su aproximación al ser identitario. En realidad, en sentido estricto, más

que de agua cabe hablar de río. Como en el caso de Andalucía, e indirectamente en Aragón con el Ebro, el texto estatutario se apodera de un río, en este caso, el Duero. Y lo hace en el apartado 1º de su artículo 75 de una manera singular y heterodoxa en relación con lo que han sido hasta hora criterios de distribución competencial: *«Dada la relevancia que la cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León, la Comunidad Autónoma asumirá competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la Cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma»*. La referencia al artículo 149.1 contenida en el apartado 3º puede eliminar los posibles problemas de encaje constitucional. Pero, en todo caso, nada resta al valor que, de nuevo, una Comunidad Autónoma otorga a un río.

Con el examen del texto castellano-leonés finaliza el estudio singularizado de la identidad en los diferentes Estatutos aprobados hasta el momento. Los borradores y proyectos de otros Estatutos muestran que la identidad tiene todavía mucha vida estatutaria.

### III. EL CAMINO PERDIDO

El análisis de la presencia de la identidad en los Estatutos de Autonomía debe completarse con el examen de las consideraciones historicistas presentes en los mismos. Como se indicó, historia e identidad, o identidad e historia, han ido de la mano en este proceso. Responden a una misma idea matriz y comunes van a ser también sus consecuencias, tal y como habrá de verse en otras páginas. La historia se muestra en los nuevos textos estatutarios como la expresión primera y señera de una identidad colectiva que no sólo explica sino que parece llegar a imponer la necesidad de la profundización en el autogobierno. Una historia que, como se ha señalado sucesivamente, coincide siempre en una descripción bondadosa que habla de pueblos sin fisuras en busca de la libertad, la paz y el diálogo. Sin fronteras cronológicas, sin excepciones, los diferentes pueblos titulares del autogobierno han coincidido de manera rotunda en la defensa de esos valores y hoy emergen como abandonados de los mismos.

Esa historia colectiva de paz y libertad, esos pueblos como sujetos exclusivos de buenos valores y prácticas, no es la única señal identitaria de presente que deja esa historia. Junto a ella, se encuentra la afirmación inequívoca de la voluntad política de autogobierno. De tal forma, que sólo en dos

textos se realiza una alusión expresa a uno de los hechos que uno piensa objetivamente ha resultado determinante de esa historia, es decir, a su integración en el Estado español. Desde esas premisas, con independencia de las expresiones utilizadas y del fundamento explícito que cada norma otorga al autogobierno, resulta difícil no ver en estos textos un mensaje subrepticio de afirmación nacional. Desde luego, la intensidad del mismo es bien diferente de una norma a otra. Pero la fuerza con que ese mensaje se ha introducido en algunos textos parece que ha obligado, o ha hecho sentirse obligados a los demás, a realizar un movimiento de reacción. Mensaje de afirmación que no sólo rescata el pasado y afirma el presente, sino que dirige mensajes inequívocos hacia el futuro. La afirmación y desarrollo de los valores identitarios, como se ha visto, se encuentra presente, expresa o implícitamente, en todo los textos. El eslabón entre esa afirmación y la construcción propia de las comunidades nacionales no es posible de prever. Pero, desde luego, los Estatutos permiten y posibilitan el salto, la construcción de la comunidad nacional desde la identidad.

Es evidente que no todos los Estatutos son iguales en este aspecto. En algunos, o para algunos, ese salto no es que sea posible, sino que es el propio punto de partida del Estatuto. La primera diferencia que debe regir un análisis detallado de esta cuestión es la que viene determinada por la frontera entre identidad política e identidad cultural. No se trata de una frontera sencilla ya que como es bien sabido, la primera suele ser el presupuesto de la segunda. Pero la lectura de los Estatutos sí permite, como se ha querido subrayar, mostrar que esa frontera existe en la letra de las normas. Junto a la común afirmación de la identidad histórica y cultural, presente en todas las normas, dos textos, Andalucía y Cataluña, hacen una lectura que puede permitir ir al lector más allá. Como se indicó, inmediatamente hay que decir que el Estatuto andaluz ha sido consciente de ello y ha introducido los suficientes antídotos para que la afirmación de la identidad política haya de realizarse necesariamente en el marco no ya constitucional sino de la pertenencia a la nación española. Así, el marco político del Estatuto andaluz va a distinguirse notablemente del catalán.

Es en el Estatuto catalán donde la relación entre identidad política e identidad cultural es más nítida. La cultura y la historia es uno de los presupuestos básicos de la afirmación de clara identidad política diferenciada. De una identidad política a la que esa identidad cultural e histórica le otorga rasgos particulares con consecuencias singulares para la posición de Cataluña en el conjunto del Estado. No se trata de interpretación alguna. Es notorio en la letra del Estatuto y en las declaraciones e interpretaciones realizadas por sus

redactores. Por lo demás, responde en buena medida a la trayectoria de la Comunidad Autónoma durante la reciente democracia. Desde esta perspectiva, no hay nada en ello que pueda extrañar ni llamar a escándalo. Así, no esta de más recordar que, no sólo el Estado de las autonomías, sino la historia del hecho regional español esta ligada a los deseos singulares de autogobierno de Cataluña y del País Vasco. Por ello, no puede sorprender esa voluntad expresa de la Comunidad catalana de conformar un espacio político singular. A no otra cosa respondió la construcción inicial del Estado autonómico y la introducción de la voz nacionalidad en Constitución y Estatuto de Autonomía.

El problema, pues, no radica en esa voluntad, ni siquiera en la realidad que la presupone. El problema radica en que por mor de no enfrentar esa realidad en sus verdaderos términos, por mor de negar lo que resulta evidente, se ha deslizado a la Comunidad Autónoma y a su Estatuto a unos parámetros que, por lo menos, pueden resultar perturbadores. No se trata, y creo que es importante subrayarlo, de un problema jurídico. No es cuestión de examinar si éste o el otro precepto respetan fielmente la Constitución o si es posible encontrar una interpretación que salve un titular de prensa llamando la atención sobre la inconstitucionalidad. Se trata de un problema político y sólo desde esta perspectiva puede tener solución. Desde luego, ello no significa el olvido del marco normativo. Pero en un estado de derecho su respeto es un presupuesto indiscutible, es una cuestión que no admite ser sometida a consideración. Si en un momento dado el ordenamiento vigente no posibilita la respuesta a un problema político en la forma en la que la mayoría de los ciudadanos entienden que se debe resolver, el propio ordenamiento ofrece la solución a través de las reformas normativas pertinentes. Pero, como se decía, ello en ningún caso puede hacer olvidar que se trata ante todo de un problema político.

No quiero decir que la discusión del Estatuto catalán no haya sido un problema político, que su tramitación no haya sido un largo debate político. Nadie podría decir tal cosa. Lo que afirmo es que su planteamiento, su solución y su juicio se han querido conducir a parámetros estrictamente jurídicos. Así, de alguna manera escandaliza al sentido común pensar que el juicio definitivo sobre la bondad o equivocación del proceso, sobre su oportunidad o inoportunidad, dependa de la declaración jurídica que al respecto realice el Tribunal Constitucional. Esta forma de actuar ha sido un error de gran trascendencia con consecuencias diversas. Así, en primer lugar ha ocultado el nervio del problema, el encuentro de un acomodo singular de Cataluña que fuese compatible con el desarrollo del Estado autonómico. En segundo lugar,

ha permitido un reparto de papeles que ha vuelto a situar a las Cortes Generales, al Estado, en una incómoda posición de cara a la opinión pública catalana. En tercer lugar, ha favorecido un proceso confuso y complejo, que ha cansado y deteriorado muchas relaciones y percepciones. En cuarto lugar, ha contaminado todo el marco normativo, haciendo que la reivindicación catalana llegase a cualquier espacio del mapa político. En quinto lugar, pero con no menor importancia, ha trasladado al Tribunal Constitucional una responsabilidad singular e inconveniente. Si el juicio final sobre el proceso depende de su declaración, será difícil que pueda sustraerse su fallo a agrias lecturas políticas.

No es tampoco la menor de sus consecuencias su influencia sobre el resto de Comunidades Autónomas y lo que ello ha supuesto para la ordenación final del Estado. Porque una de las sorpresas que depara el proceso de reforma estatutaria es el hecho de que ese debate jurídico sobre los Estatutos, y particularmente el catalán, ha impedido cualquier reflexión sobre el Estado resultante. Reflexión imprescindible y todavía pendiente. Pero abierta la senda por el texto catalán era difícil imaginar la parada que no había tenido lugar con anterioridad. Los argumentos para la misma se antojaban difíciles sin desacreditar el proceso de reforma del mismo. Lo cierto es que las señaladas características de éste abrían un camino que no sólo tenía que suponer una nueva ordenación del mapa competencial sino que necesariamente habría de implicar una reafirmación identitaria de las restantes Comunidades Autónomas. Proceso que, como el competencial, también ha de tener sus consecuencias sobre el conjunto del Estado.

Un dato que sí resulta común a todos los textos descritos y que parece firmemente asentado en la conciencia de los agentes políticos es una visión estática de la identidad. La identidad la otorga el pasado, el ser histórico con todos sus flujos, siempre cercanos a visiones míticas si no heroicas. Esa identidad fruto de los sedimentos históricos petrificados es la que reivindican los Estatutos. No hay apelación al futuro, se olvida la necesaria naturaleza dinámica de cualquier identidad, también de las colectivas. En un tiempo histórico de cambios singularmente relevantes en el que, paradójicamente uno de los rasgos innegables es el del mestizaje, se olvida el devenir y, con él, querer ser (31). No parece casual. Entronca de lleno con la vocación histo-

---

(31) Claudio MAGRIS reivindica con elocuencia la naturaleza por definición dinámica de la identidad: «La identidad no es un rígido dato inmutable, sino que es fluida, un proceso siempre en marcha, en el que continuamente nos alejamos de nuestros propios orígenes, como el hijo que deja la casa de sus padres y vuelve allá con el pensamiento y el sentimiento» (C. MAGRIS, *Utopía y desencanto*, ob. cit., p. 74).

ricista de los Estatutos y con la marginación que en ellos ha tenido la legitimidad democrática.

Desde su estatismo, la identidad colectiva reivindicada en los Estatutos parece olvidar al ciudadano, al menos parece obviar la construcción política del Estado sobre la ciudadanía. Los lazos de lealtad y de solidaridad que vinculan a los ciudadanos de cualquier estado más allá de cualquier diferencia, aparecen sepultados por el peso de una identidad colectiva que inevitablemente conlleva una llamada a la mirada egocéntrica. Los Estatutos han respondido a esta lógica con pequeñas y singulares excepciones y desde el Estado no se ha considerado oportuno reparar en ello. La premisa de la bondad innata de la descentralización y del necesario respeto a las voces territoriales, han obviado que los sujetos últimos de todo proceso político no son los territorios, cualesquiera que sean sus atributos, sino los ciudadanos.

Así, la emergencia de la identidad en los términos que se ha descrito, posee un notable significado y necesarias consecuencias sobre el modelo de organización política. Desde el presente, desde la redacción actualizada de los Estatutos, el modelo identitario resultante obliga a revisar los parámetros de la concepción de nuestro Estado. Es cierto que ello podría obviarse y dejar descansar el discurso estatutario en el cajón de la retórica. Hasta podría ser que ese fuese el resultado final producto de la dinámica política. Pero ello no resta valor ni potencia a las declaraciones introducidas en los Estatutos. Declaraciones que necesariamente deben tomarse en consideración en el momento de leer el Estado, en el momento de interpretar el modelo de organización territorial presente en la Constitución. Pero es como potencia donde esas declaraciones pueden poseer una mayor transcendencia. No se trata sólo del modelo que resulta a día de hoy sino de las tendencias que para ese modelo marcan los discursos identitarios introducidos en los Estatutos. En este punto, no puede desconocerse la fuerza centrífuga de ese discurso. Una fuerza que, de nuevo, puede ser limitada o detenida por los avatares políticos. Pero que por la misma razón puede ser puesta en marcha con una fuerza que seguramente extrañaría a alguno de sus redactores. No puede alegarse que se trata tan sólo de palabras. Las palabras nunca son sólo palabras y menos aun cuando se incorporan a una norma jurídica, y menos aun cuando esa norma es un texto principal como el Estatuto. Las palabras en un Estatuto de Autonomía, tengan cobijo en el preámbulo o en el articulado, poseen en todo caso una profunda significación política. Negarlo es tan sólo un nuevo ejercicio de ocultación de la realidad. La no modificación de la Constitución, la no reflexión sobre el Estado, han tenido como una de sus consecuencias nece-

sarias que no se haya producido un *aggiornamento* jurídico del Estado que pudiese fortalecer sus respuestas ante la dinamización identitaria de una o algunas Comunidades Autónomas.

En todo caso, es necesario recordar que se trata de un proceso que se encuentra lejos de estar cerrado. No restan solamente importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sino que está por determinar qué sucede con los Estatutos de un número muy amplio de Comunidades Autónomas. Y entre las Comunidades Autónomas que deben decidir sobre su futuro estatutario se encuentran algunas especialmente significativas para la reivindicación identitaria como País Vasco, Galicia o Canarias. El hecho de que la reforma de los mismos, en su caso, tenga como interlocutor final a un Parlamento con composición distinta a aquel que aprobó los examinados, puede ser un dato importante. En todo caso, es difícil predecir qué puede suceder cuando ninguno de los dos grandes partidos nacionales ha expresado su opinión con anterioridad a la celebración de las elecciones generales del 9 de marzo de 2008. Curiosamente, un tema que, objetivamente, ocupa un lugar de privilegio en el debate político, no fue objeto de reflexión alguna en ese proceso electoral. Pero ello no obsta para que el proceso siga su propia vida. Nuevos proyectos de textos estatutarios llegarán a las Cortes Generales y obligarán a su pronunciamiento. La identidad singular de cada Comunidad Autónoma se reforzará o el proceso de singularización se detendrá. Por otra parte, hay que tener en cuenta que si un número significativo de Comunidades Autónomas no procede a la reforma o si, simplemente, la afirmación identitaria se detiene, el valor de la identidad en los Estatutos reformados que hayan optado por la opción identitaria adquirirá nuevos perfiles. La propia singularidad confirmará la asimetría del Estado hasta en cuestiones simbólicas dibujando unos perfiles políticos desconocidos hasta ahora.

La identidad se ha introducido como valor necesario y fuerte en los nuevos Estatutos. La dimensión que a la misma se da es diferente en cada uno de los textos. Pero, en todo caso, se afirma una identidad singular sin que quede claro como se relaciona la misma con la identidad común, mejor dicho, con los valores que soportan la ciudadanía común. Más allá de la imagen resultante de la lectura en presente de los Estatutos, las afirmaciones identitarias abren caminos para los que el ordenamiento jurídico no acaba de estar preparado. Los instrumentos unitarios que otorgó la Constitución de 1978 comienzan a ser insuficientes para entender las declaraciones y normatividad de los nuevos textos, más allá de su estricta adecuación constitucional. Un Estado es una Constitución pero también es algo más. Es la comunidad que

sustenta la misma y se expresa en los valores que afirman una ciudadanía común. Nadie ha querido reparar de verdad en ello. Nadie ha querido mirar más allá de un inmediato conflicto o acuerdo político. No se ha mirado al después, a la construcción jurídica, política y social del mañana. Es el camino perdido. Un camino necesario sobre el que hay que llamar la atención esperando que algún día la pregunta vuelva a interesar. Que algún día vuelva a interesar la búsqueda de una respuesta común.



# A PROPÓSITO DE LA COLABORACIÓN ENTRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

MANUEL CONTRERAS CASADO

**RESUMEN:** La cooperación entre Comunidades Autónomas en el Estado autonómico, la llamada cooperación horizontal, presenta un panorama desolador. Después de más de 25 años de experiencia autonómica, destaca su práctica inexistencia y lo poco que ha sido posible avanzar en este terreno. Y es necesario analizar las claves para entender la situación actual de precariedad de la colaboración horizontal, que se encuentran en el punto de partida y el propio proceso de construcción del Estado autonómico. Creemos que hay ventajas en esta colaboración entre CCAA porque puede potenciar y enriquecer el ejercicio de competencias propias, puede servir también para incrementar su participación en los procesos de adopción de decisiones estatales e incluso para prevenir un conflicto entre CCAA. Desde una perspectiva de futuro, aunque la colaboración horizontal entre CCAA solo esté en sus comienzos, puede significar la apertura de enormes posibilidades en el Estado autonómico, dirigidas a la mejora de la capacidad de autogobierno de las CCAA.

**Palabras clave:** Estado autonómico; Comunidades Autónomas; colaboración; instrumentos de cooperación; convenios.

**ABSTRACT:** *The cooperation among Autonomous Communities in the State of autonomies, the so called horizontal cooperation, presents a distressing panorama. After more than 25 years of autonomous experience, stands out his practical nonexistence and the little that has been possible to advance in this area. And it is necessary to analyze the keys to understand the current situation of precariousness of the horizontal collaboration, which they find in the point of item and the own process of construction of the State of autonomies. We believe there are advantages in this collaboration between regions because it can enhance and enrich the exercise of powers, it can also serve to increase their participation in decision-making and even state to prevent a conflict between CCAA. From a perspective of future, though the horizontal collaboration among CCAA is only in his beginning, it can mean the opening of enormous possibilities in the State of autonomies, directed the improvement of the capacity of self-government of the CCAA.*

**Key words:** *State of autonomies; Autonomous Communities; collaboration; cooperation instruments; conventions.*

El panorama de la colaboración y cooperación entre Comunidades Autónomas (CCAA) en nuestro Estado descentralizado, lo que solemos denominar la cooperación horizontal, puede calificarse, cuando menos, como desolador. Por su práctica inexistencia y por la decepción que produce recordar que llevamos más de veinticinco años ya de funcionamiento del Estado autonómico sin que hayamos sido capaces apenas de avanzar en este terreno.

A partir de esta fácil constatación, analizar sus causas y adelantar algunas soluciones de futuro han sido los objetivos perseguidos por unas Jornadas (1) llevadas a cabo en Zaragoza, en la sede del Gobierno de Aragón, que motivan estas sucintas reflexiones.

En teoría, caben pocas dudas sobre la importancia de las relaciones de colaboración interautonómicas. Sin embargo, la colaboración en el Estado autonómico, y especialmente las relaciones entre las CCAA, presenta un balance escasamente positivo. Sigue existiendo una distancia abismal entre lo que debería ser la colaboración intergubernamental en el Estado autonómico y la situación real, entre la teoría y la práctica de estas relaciones entre CCAA.

La realidad que muestran técnicas de colaboración como los convenios es el más evidente reflejo de la precaria situación de la colaboración horizontal. En los últimos once años, por ejemplo, entre 1996 y 2007, se deben haber realizado alrededor de 7.000 convenios bilaterales, entre el Gobierno central y los gobiernos autonómicos, frente a 27 convenios horizontales, entre dos o más CCAA. Precisando más, podemos cotejar el número de convenios horizontales con los verticales en estos últimos 11 años (2):

<b>Año</b>	<b>Convenios Horizontales</b>	<b>Convenios verticales</b>
1996	3	389
1997	1	366
1998	4	566
1999	1	547
2000	1	518
2001	0	675
2002	2	713

(1) II Jornadas sobre los Estatutos de Autonomía (1 y 2 de octubre de 2008): *Las relaciones entre las Comunidades Autónomas: un reto pendiente en el Estado Autonómico*, organizadas por la Dirección General de Desarrollo Autonómico (Vicepresidencia del Gobierno de Aragón).

(2) Datos extraídos del *Informe sobre las Comunidades Autónomas* (Instituto de Derecho Público, Barcelona, varios años), que se contienen en el apartado habitual sobre «Relaciones de colaboración con las Comunidades Autónomas» de María Jesús García Morales.

2004	0	573
2005	3	580
2006	7	1069
2007	4	1020

En el cuadro general de debilidad que presentan las diferentes formas de colaboración existentes en el Estado autonómico, son relativamente importantes las relaciones verticales (entre el Estado y las CCAA), pero las relaciones horizontales (exclusivamente entre CCAA) casi son inexistentes, algo que, como sabemos, no ocurre en los sistemas federales europeos. Y el problema es que la colaboración entre las distintas instancias territoriales es un elemento clave en el funcionamiento de los Estados compuestos.

Las razones que explican esta situación son necesariamente variadas.

Por un lado, está el deficiente punto de partida constitucional y estatutario.

La Constitución apenas previó las relaciones entre CCAA o con el Estado, y cuando lo hizo estableció técnicas de carácter garantista y cautelar, muy poco útiles para abordar los problemas actuales, o introdujo requisitos excesivos para la celebración de los convenios, como puede fácilmente comprobarse con la simple lectura del artículo 145.2 CE. Incluso no deja de ser paradójico que precisamente lo que no está contemplado en la CE, los convenios verticales, se haya desarrollado con profusión, mientras que lo que sí está contemplado, los convenios horizontales, apenas si se utiliza. La rigidez de la actual regulación puede ser el motivo de que la colaboración entre CCAA, más que no existir, se esté desarrollando por cauces informales o a través de instrumentos alternativos de derecho privado (3), que en cierto modo escapan a los procedimientos de control y transparencia propios de la esfera pública.

Aún más preocupantes son los presupuestos estatutarios. En teoría, la capacidad de intervención estatal sobre los convenios de cooperación podía ser, según el art. 145.2 CE, modulada por los Estatutos hasta el punto de que podría haberse convertido esta intervención en algo excepcional. Y sin embargo, no ha sido así, más bien al contrario: los Estatutos han llevado a cabo una regulación de esta materia muy poco autonomista, otorgando en la

---

(3) Por ejemplo, se han creado asociaciones, como la FORTA (Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicas), constituida como una asociación sin ánimo de lucro e inscrita en el Registro de Asociaciones, donde participan doce canales autonómicos, y cuyo objetivo es «la participación de las Televisiones asociadas en importantes contratos de adquisición de derechos de emisión, así como el intercambio permanente de contenidos informativos, la producción conjunta, o la comercialización de espacios publicitarios, entre otras muchas actividades».

mayoría de los casos un gran poder de decisión a las Cortes Generales sobre este tipo de actos. Es verdad que en el caso de los acuerdos de cooperación se impone como necesaria la autorización previa de las Cortes, pero en el caso de los convenios la CE se remite a los Estatutos, que son los que deben regular «el carácter y efecto de la correspondiente comunicación a las Cortes»; por lo tanto, el margen de que disponían los Estatutos era muy amplio, y sin embargo, la mayoría de las regulaciones estatutarias han dejado en manos de las Cortes la capacidad para calificar, con posterioridad a la comunicación, el tipo de acuerdo y determinar así el procedimiento a seguir; dicho de otra manera, según las regulaciones estatutarias de esta cuestión, las Cortes Generales tienen abiertas unas posibilidades de intervención muy superiores a las constitucionalmente previstas, hasta el punto de que pueden discutir, y rectificar, la calificación dada por las CCAA firmantes de un convenio. Es evidente que las CCAA han estado obsesionados, cada vez que han reformado sus Estatutos, por asumir el mayor número posible de competencias, y despreocupadas por el modo de ejercerlas, sin prestarles apenas atención a su desarrollo en clave cooperativa. En definitiva, que la regulación estatutaria de esta materia no ha exprimido las posibilidades existentes en el texto de la CE ni aporta grandes novedades con respecto a los supuestos establecidos constitucionalmente, ni los aclara: la mayoría de los Estatutos acogen sin más las previsiones del art. 145.2 CE, introduciendo más cautelas y leves matices procedimentales (por ej. en cuanto a los plazos) y recogiendo algunas peculiaridades propias respecto de las CCAA con las que preferentemente podrán suscribir convenios de colaboración (4).

Por otro lado, las claves para entender la situación actual de precariedad de la colaboración horizontal en nuestro sistema descentralizado se encuentran en el punto de partida y el propio proceso de construcción del Estado autonómico.

Aunque se afirma con frecuencia que la Constitución no impone el Estado de las Autonomías, y que sin cierta voluntad política podría no haber surgido sin por ello vulnerar la letra de la Constitución, tal ejercicio especulativo solo

---

(4) Así, por ej., el Estatuto andaluz prevé la posibilidad de establecer convenios para la celebración de actos de carácter cultural en otras Comunidades y Ciudades Autónomas, especialmente dirigidos a los residentes de origen andaluz; también prevé el mantenimiento de unas especiales relaciones de colaboración, cooperación y asistencia con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. O el Estatuto valenciano, que prevé el mantenimiento de una especial relación de cooperación con las CCAA vecinas que se incluyan en el Arco Mediterráneo de la Unión Europea. También el Estatuto de Aragón, en su art. 91, establece que la CAAr puede establecer relaciones de colaboración con otras CCAA, especialmente con las que tiene vínculos históricos y geográficos.

tiene explicación desde el desconocimiento de nuestra historia política y del momento constituyente. Es verdad que el proyecto autonómico que los constituyentes formularon intentaba configurar al menos dos clases de Comunidades, con diferentes niveles de autogobierno. Pero es evidente que aquel diseño quedó pronto superado y no tiene nada que ver con la que hoy es la realidad consolidada de un Estado autonómico, formado por Comunidades Autónomas con igualdad sustancial de sus posiciones jurídicas. Sin embargo, a partir de ahí es como fueron surgiendo los procesos autonómicos y se desarrolló el proceso de construcción del actual Estado autonómico. Hoy, al cabo de treinta años de funcionamiento del Estado constitucional democrático y descentralizado, el balance no puede ser, a mi entender, sino positivo. El problema reside entonces en que hasta ahora, por parte de las CCAA no ha madurado aún una cultura política que permite identificar como comunes una serie de intereses frente al centro, para cuya representación y defensa deban instrumentarse mecanismos permanentes y estables de relación. En las primeras fases de construcción del Estado autonómico, casi hasta hoy, ha primado, como seguramente era inevitable, el desarrollo de la propia identidad y de las singularidades de cada CCAA, y la reivindicación bilateral y particular frente al Estado central, y no tanto la búsqueda de un modelo global de organización estatal que supusiera la unión de las CCAA para defenderlo y enfrentarlo a posiciones distintas que pudiera sostener el poder central. El bilateralismo se ha implantado hoy día como medio ordinario de actuación entre el Estado y las CCAA sin renuencias de ambas instancias: el Estado central desconfía de las actuaciones que puedan llevar a cabo las CCAA solas y se relaciona con ellas bilateralmente, mientras que las CCAA suelen ver en la colaboración bilateral con el Estado una forma de reafirmar su autonomía frente al poder. En cualquier caso, todo ello parece indicar que las CCAA no han identificado todavía un ámbito de intereses comunes, para cuya defensa deben articular relaciones de colaboración estables que permitan fijar posiciones unitarias que pueden hacer valer ante el poder central.

Llegados a estas alturas de la reflexión, parecería razonable llegar a plantearnos si realmente hay ventajas en la colaboración horizontal para las propias CCAA y, más en general, para el conjunto del sistema autonómico.

La verdad es que, a pesar de todo, creemos que sí, que la colaboración entre Comunidades puede potenciar y enriquecer el ejercicio de competencias propias, que pueden servir también para incrementar su participación en los procesos de adopción de decisiones estatales e incluso para prevenir un conflicto entre CCAA, o, en su caso, resolver mejor aquellos que se han producido (el propio Tribunal Constitucional ha apelado a la colaboración entre

las CCAA para que se pongan de acuerdo en lugar de crear nuevos conflictos, STC 132/1996, de 22 de julio). También sirve la cooperación entre CCAA como una vía inmejorable para racionalizar recursos materiales y humanos entre ellas, para sumar esfuerzos económicos y personales, y, en definitiva, hacer más eficaz la acción de los poderes públicos autonómicos. Más allá de estas ventajas, la cooperación horizontal podría ser en el Estado autonómico una vía para articular unas relaciones más estrechas entre CCAA que comparten vínculos culturales y lingüísticos. Además, esta serie de provechos que ofrecen las relaciones horizontales confirman que la colaboración entre CCAA no significa una pérdida de autonomía, sino un mejor ejercicio de la misma para reforzar el autogobierno.

Desde una perspectiva de futuro, creemos que la colaboración horizontal entre CCAA solo está en sus comienzos, pero puede significar la apertura de enormes posibilidades en el Estado autonómico, dirigidas a la mejora de la capacidad de autogobierno de las CCAA.

Ante todo, cabe mejorar lo que ya conocemos y propiciar iniciativas en las que se impliquen multilateralmente la mayoría de las CCAA. Ya que no existen las conferencias sectoriales horizontales (por ej., una conferencia horizontal de Presidentes Autonómicos), se podrían aprovechar los pocos foros políticos actualmente existentes (Conferencia de Presidentes, incluso el Senado) para alimentar esas iniciativas y servir de cauce inicial para desarrollar posteriormente acuerdos.

Si se me permite realizar una sugerencia, animaría a la convocatoria de encuentros más o menos académicos (Congresos, Coloquios, Jornadas, etc.), sobre temas en los que es posible la cooperación, e invitaría a participar a todas las CCAA, quizá con una adecuada mezcla de políticos, funcionarios y profesores e investigadores; desde ahí trataría de crear un clima de compromiso entre las CCAA y, a partir de ese tratamiento académico-político, intentaría llegar a la formalización de la cooperación a través de los mecanismos conocidos.

Ahora bien, por encima de los instrumentos de cooperación que nuestra imaginación, y sobre todo la de quienes trabajan cotidianamente al frente de las Administraciones autonómicas, pueda construir, yo creo que lo verdaderamente necesario es un cambio en la mentalidad y en la voluntad política.

A pesar de los años de vigencia de nuestro Estado descentralizado, no ha acabado de cimentarse una «cultura política federal» integradora, tendente a la coordinación, la colaboración y la cooperación institucional entre las diversas instancias y niveles de gobierno; por el contrario, más bien parece

que tiende a prevalecer la articulación de la dinámica política a partir de las tensiones y conflictos más o menos coyunturales que se generan entre fuerzas políticas.

Una cooperación eficaz entre CCAA depende fundamentalmente de dos factores: el primero, que haya un adecuado diseño de los cauces a través de los cuales deba o pueda producirse, algo que, como ya hemos visto, resulta deficiente hasta ahora en nuestro sistema descentralizado; pero sobre todo hay un segundo factor, y es la voluntad política de las partes implicadas, o sea de las CCAA. He intentado explicar algunas de las causas que pueden explicar la precariedad de la cooperación horizontal, pero todas ellas no son sino premisas inferiores a lo que yo considero la gran causa de la precariedad, y es la falta de voluntad política. Si realmente no se ha desarrollado convenientemente esta cooperación horizontal, no es principalmente por falta de medios, sino porque ni las CCAA —ni tampoco, hay que decirlo, el poder central—, han sentido la necesidad de hacerlo. Al menos hasta ahora.

Porque hasta el momento, el Estado de las autonomías se ha construido como una especie de carrera en la que cada participante (las CCAA) procuraba ocupar el mejor puesto para sí mismo, negociando directamente con el Estado las más ventajosas condiciones para llegar lo más lejos posible, incluso sin rehuir el conflicto con el resto de los participantes. A esto la doctrina lo ha venido en llamar —a mi modo ver con exceso— un federalismo competitivo, por oposición al federalismo cooperativo

Pues bien, quizá ha llegado el momento de cambiar el fluir de esa carrera, de abandonarla, en definitiva, y adoptar una actitud distinta.

Déjenme que utilice una fábula para ilustrar lo que quiero decir, una fábula que a veces se ha utilizado para ilustrar el proceso de construcción del Estado autonómico, y es la «fábula de la liebre y la tortuga»: Una tortuga y una liebre compiten para establecer quién era más rápida, y deciden correr una carrera. Eligen una ruta y comienzan la competencia. En la primera carrera, la liebre arranca a toda velocidad, luego descansa y se duerme, de manera que la tortuga la alcanza y gana. En la segunda carrera, la liebre no se confía, corre de principio a fin y su triunfo es evidente. En la tercera carrera, la tortuga propone correr sobre una ruta ligeramente diferente, de manera que se encuentran en su camino con un ancho río, y mientras la liebre se desespera porque no sabe nadar, la tortuga llega hasta la otra orilla y termina en primer lugar. Pero la historia no termina aquí: con el tiempo, tanto compartieron la liebre y la tortuga, que terminan decidiendo repetir la carrera, pero esta vez corriendo en equipo. Así, en la primera parte, la lie-

bre carga a la tortuga hasta llegar al río; allí, la tortuga atravesó el río con la liebre sobre su caparazón y, sobre la orilla de enfrente, la liebre cargó nuevamente a la tortuga hasta la meta, llegando ambas en un tiempo récord, y sintiendo una superior satisfacción a la que habían experimentado en sus logros individuales.

Bueno, pues como en la fábula, quizá sea ya el momento de cambiar esa mentalidad dominante hasta ahora en la construcción del Estado Autonomico, y comenzar a funcionar como en la última fase de la fábula de la liebre y la tortuga. Si las CCAA son capaces de salir de su aislamiento competencial y de tomarse en serio la cooperación horizontal, entraremos al fin en una nueva fase del Estado autonómico más eficaz y solidaria de la que seguramente todos saldremos ganando.



# LA PROPUESTA DE DIRECTIVA COMUNITARIA RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

ÁNGEL LUIS MONGE GIL

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.— III. EL MARCO JURÍDICO DEL REEMBOLSO DE LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA.— IV. OTROS ASPECTOS RELEVANTES DEL PROYECTO.— V. CONCLUSIÓN.— NORMATIVA DE REFERENCIA.— RESEÑA BIBLIOGRÁFICA.*

*RESUMEN:* La Comisión Europea adoptó el pasado 2 de julio una propuesta de directiva sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en materia de asistencia sanitaria transfronteriza. Dicha propuesta forma parte de la Agenda Social Renovada y establece un marco comunitario para la asistencia sanitaria transfronteriza. Este marco se estructura en torno a tres ámbitos diferentes:

Los principios comunes a todos los sistemas de salud de la UE, estableciendo qué Estado miembro será responsable de velar por los principios comunes de la asistencia sanitaria y cuáles son sus responsabilidades.

Un marco específico para la asistencia sanitaria transfronteriza: se aclararán los derechos de los pacientes a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro, incluidos los límites que los Estados miembros pueden imponer a esta asistencia sanitaria en el extranjero, y el nivel de la cobertura financiera prevista para la asistencia sanitaria transfronteriza.

La cooperación europea en materia de asistencia sanitaria: colaboración entre los países de la UE en las regiones fronterizas, el reconocimiento de las recetas emitidas en otros países, las redes europeas de referencia, la evaluación de las tecnologías sanitarias, la recopilación de datos, la calidad y la seguridad.

*Palabras clave:* asistencia sanitaria transfronteriza; libre prestación de servicios; asistencia hospitalaria; reembolso de gastos; prestaciones farmacéuticas.

*ABSTRACT:* The Commission's proposal for a directive on services in the internal market at the start of 2004 included provisions codifying the rulings of the Court of Justice in applying free movement principles to health services. This approach, however, was not considered appropriate by Parliament and Council, which invited the Commission to develop specific proposals in this area.

*On 2 July 2008, part of the Renewed Social Agenda, the Commission adopted a draft Directive on the application of patients' rights in to cross-border healthcare, which provides a Community framework for safe, high quality an efficient cross-border health-care, by reinforcing cooperation between Member States and providing legal certainty over the rights of patients to seek healthcare in another Member State.*

*Key words: directive on services; health services; patient's rights; cross-border healthcare.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

El pasado 2 de julio vio la luz la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia transfronteriza. El presente trabajo, en anticipada síntesis, tiene como finalidad principal la de exponer cuáles son las líneas esenciales del Proyecto de Directiva, así como, en la medida de lo posible, advertir de aquellas cuestiones que se antojan más controvertidas y polémicas. Y todo ello con la única finalidad de provocar en el lector una serie de reflexiones en relación con una norma que, a lo peor, puede convertirse en texto definitivo con el tenor literal actual.

En el texto del Proyecto de Directiva (en adelante, el Proyecto) casi nada es lo que parece. El Proyecto se refiere no solo a los derechos de los pacientes; también de los profesionales. El Proyecto parece circunscribir el texto a la asistencia sanitaria; cuando realmente se hablan de muchas más cosas, como, por ejemplo, las recetas farmacéuticas o las Redes Europeas de Referencia. Y el término «transfronteriza», en un alarde de generosidad jurídica, se convierte en «internacional en el ámbito comunitario» sin que, por ello, el título del Proyecto responda al contenido legislado (o, al menos, proyectado).

Los motivos o razones por los que la Unión Europea decide en este momento proceder a la regulación jurídica de esta materia (o, por mejor decir, materias) en principio es clara y, probablemente, de una exquisitez jurídica sin mácula. Uno de los pilares en los que se ha asentado el «Derecho Comunitario» es el de la libertad en la prestación de servicios. Principio básico recogido ya desde los Tratados Fundacionales que junto a la libertad de circulación de personas, mercancías y capitales conforman el eje vertebrador a partir del cual se ha construido el, entonces Mercado común, hoy, Unión Europea.

Pues bien, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha dictado una serie de sentencias en las que da la razón a varios ciudadanos comunitarios en sus pretensiones de recibir asistencia o prestaciones sani-

tarias en países distintos a los de su nacionalidad (o, por mejor decir, afiliación) En particular y como más importantes, los Asuntos C-158/96 Kohll y C-368 Vanbraekel. En ellos el TJCE sostiene que la libre prestación de servicios abarca la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidas las personas que precisan tratamiento médico, de acudir a otro Estado miembro para recibir allí los servicios. De igual manera, como sostiene el TJCE, el hecho de que la legislación del Estado miembro de afiliación no garantice a un paciente amparado por dicha legislación un nivel de reembolso equivalente al que hubiera tenido derecho si hubiera recibido la asistencia sanitaria en el Estado miembro de afiliación, constituye una restricción a la libre prestación de servicios a tenor del artículo 49 del Tratado CE.

Ahora bien, si es verdad que estas decisiones del TJCE hacían ineludible la regulación de la libre prestación de servicios en el ámbito sanitario, no es menos cierto que ni al Consejo, ni al Parlamento Europeo le pareció lugar apropiado para regular esta cuestión, la Directiva de libre prestación de servicios que en ese momento se estaba discutiendo. Y no lo era, a juicio de las instituciones comunitarias citadas, porque no se tenían suficientemente en cuenta las especificidades de los servicios sanitarios, en particular, sus complejidades técnicas, la sensibilidad de la opinión pública de cara a estas cuestiones y el importante y casi transcendente apoyo de los fondos públicos.

Por eso, tras una serie de discusiones y foros de debate (informes del Parlamento sobre la asistencia sanitaria transfronteriza y movilidad de pacientes en la Unión Europea de 2005 y 2007, respectivamente), se adoptó la decisión de «sacar» del marco de la Directiva general sobre servicios la asistencia sanitaria y dictar, como norma independiente, una Directiva sobre la libre prestación de servicios sanitarios en el espacio único europeo (A6-0129/2007, final)

De igual forma, hay que recordar que la Comisión también propició foros y actividades en relación con la libre movilidad de pacientes y atención sanitaria, en particular a través del Proceso de Reflexión de Alto Nivel, el Foro Abierto y el Grupo de Reflexión de Alto Nivel sobre Servicios de Salud y Atención Médica. En el año 2006 en una Comunicación de la Comisión se invitaba a todas las partes interesadas a contribuir al proceso de consulta relativa a la acción comunitaria en materia de servicios de salud.

Como venimos diciendo, la decisión final fue la de regular de forma independiente la asistencia sanitaria transfronteriza, todo ello bajo el paraguas jurídico de la libre prestación de servicios en la Comunidad. Pero esta decisión, estratégicamente no totalmente censurable, supone que la Directiva que

en su día sea publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, va a tener que convivir con otras normas jurídicas. Y alguna de ellas, como diré, no de fácil «encaje jurídico». Y es que, como dice la propia Exposición de Motivos del Proyecto, la futura Directiva no modificaría el marco existente para la coordinación de los sistemas de seguridad social, el cual seguiría en pie junto con todos los principios generales en los que se basan los reglamentos relativos a la coordinación de dichos sistemas, en especial el de equiparar al paciente que recibe atención sanitaria en otro Estado miembro con los residentes de dicho Estado miembro y la actual Tarjeta Sanitaria Europea. Así, con respecto a los pacientes que desean procurarse asistencia sanitaria planificada en otro Estado miembro, el marco citado garantiza que, si en el propio país no se puede tratar adecuadamente la dolencia del paciente sin un retraso indebido, se autorizará su marcha al extranjero, y todos los costes adicionales del tratamiento se sufragarán con fondos públicos. El mecanismo para ello ya se ha establecido a través de los reglamentos relativos a la coordinación de los sistemas de seguridad social y, en principio, así se seguirá haciendo (Reglamento CEE 1408/71, del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad)

Como se señala en la citada Exposición de Motivos, el Proyecto sobre asistencia sanitaria transfronteriza establecería un mecanismo alternativo, basado en los principios de libre circulación y en los que subyacen las decisiones del TJCE. Ello permitiría a los pacientes procurarse en otro Estado miembro cualquier atención sanitaria que se les habría prestado en su país y ser *reembolsados por un importe máximo equivalente al que habrían percibido de haber recibido allí ese tratamiento, aunque asuman el gasto financiero de todo gasto adicional que pueda derivarse del mismo.*

Vemos, por consiguiente, que hablamos de dos normas jurídicas paralelas y con previsiones radicalmente distintas. El legislador comunitario podía haber optado por modificar el Reglamento para incluir las tesis del TJCE o por haber derogado el Reglamento y dictar una nueva norma integradora. Pero ha optado por una tercera vía. La convivencia de las dos normas con efectos jurídicos y, obviamente, prácticos diferentes.

En esta línea, en expresión de propio texto del Proyecto, las disposiciones relativas a los derechos otorgados por la propuesta de Directiva y las relativas a los otorgados por el Reglamento nº 1408/71 son mecanismos alternativos para la asunción del coste de la asistencia sanitaria transfronteriza. Cuando se solicita y se concede la autorización previa en el marco pre-

visto por el Reglamento 1408/71, se aplican las disposiciones de dicho Reglamento y las prestaciones por enfermedad se conceden de acuerdo con las normas en él establecidas. Este sería el caso, en particular, del tratamiento dispensado a través de las redes europeas de referencia establecidas en el Proyecto. Cuando los costes de la asistencia sanitaria se reembolsan de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo III del Proyecto, es éste el que se aplicará. Sin embargo a la persona asegurada se le concederá siempre la autorización con arreglo a los reglamentos relativos a los sistemas de coordinación de seguridad social a los que se refiere el artículo 3.1.f) del Proyecto, cuando se cumplan las condiciones del artículo 22, apartado 1, letra c) y apartado 2, del Reglamento 1408/71. Precepto este último, que por su interés reproducimos:

- «1) *El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta en su caso, las disposiciones del artículo 18 j:*
  - c) *Que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado; tendrá derecho:*
    - i) *A las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente.*
    - ii) *A las prestaciones en metálico servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que se aplique. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de estancia o de residencia, estas prestaciones podrán ser servidas por esta última institución por cuenta de la primera, según las disposiciones de la legislación del Estado competente.*
- 2) *La autorización requerida en virtud de la letra b) del apartado 1 solamente podrá ser denegada cuando haya constancia de que el desplazamiento del interesado puede comprometer su estado de salud o la aplicación del tratamiento médico.*

*La autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1 no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figura entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia*

*no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside».*

Como puede comprobarse, la conveniencia de ambos regímenes tal vez ocasione más dudas de las deseables a la hora de la aplicación de una u otra de las previsiones. Y lo que es, en cualquier caso, absolutamente necesario, es contar con el criterio y colaboración de las autoridades nacionales responsables del régimen de la seguridad social (en el caso español, absoluta coordinación entre el Ministerio de Salud y Consumo y el de Trabajo y Seguridad Social).

## **II. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN**

El objetivo final de la norma propuesta no es otro que garantizar a todos los ciudadanos de la Unión Europea el libre acceso a las prestaciones sanitarias en cualquier parte del territorio de ésta.

Dicho con otras palabras: hacer efectiva la libre circulación de personas en conexión directa con el acceso a una sanidad sin fronteras. Y todo ello incardinado con el principio de libertad de prestación de servicios.

En esta línea, el artículo 1 del Proyecto establece, con una fórmula rayana a la filosofía del derecho, cuáles son los principios y el marco en el que se quiere asentar el texto de referencia:

«La presente Directiva establece un marco general para la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza segura, de gran calidad y eficaz».

¿Quién puede oponerse a estos principios: seguridad, calidad (gran calidad) y eficacia, en la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza?

Ahora bien, más complicado resulta el establecer con claridad el alcance y significado de los anteriores asertos.

En primer lugar, el término «marco general» aparece estructurado en las intenciones del propio legislador comunitario. Este se cifra en torno a tres ámbitos principales:

- a) Los principios comunes a todos los sistemas de Salud de la Unión Europea, estableciendo qué Estado miembro será responsable de velar por los principios comunes de la asistencia sanitaria y qué abarcan sus responsabilidades, a fin de garantizar la claridad y la confianza con respecto a qué autoridades están ocupándose de establecer y

realizar el seguimiento de las normas en materia de asistencia sanitaria en toda la Unión Europea.

- b) Un marco específico para la asistencia sanitaria transfronteriza: el Proyecto pretende realizar los derechos de los pacientes a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro, incluidos los límites que los Estados miembros pueden imponer a esta asistencia sanitaria en el extranjero, y el nivel de cobertura financiera prevista para la asistencia sanitaria transfronteriza, basándose en el principio de que los pacientes tienen derecho a obtener el reembolso por un importe máximo equivalente al que les habría abonado si hubiesen recibido ese tratamiento en su país.
- c) La cooperación europea en materia de asistencia sanitaria: el Proyecto establece un marco para la cooperación europea en ámbitos tales como la colaboración en las regiones fronterizas, el reconocimiento de las recetas emitidas en otros países, las redes europeas de referencia, la evolución de las tecnologías sanitarias, la recopilación de datos y la calidad y seguridad, a fin de permitir que la potencial contribución de tal cooperación se materialice de una manera efectiva y continuada. La seguridad, la calidad y la eficacia, en una primera aproximación a estos conceptos (valores), no aparecen definidos, tampoco ello cabe esperarse en una norma comunitaria, a lo largo del artículo 4 del Proyecto (Definiciones).

Ahora bien, de la lectura del texto Proyectoado si que puede adivinarse cuál es el mínimo al menos, que los ciudadanos de la Unión Europea pueden razonablemente exigir:

- a) Que la libre circulación de ciudadanos para recibir asistencia sanitaria transfronteriza, no se convierta en una entelequia jurídica motivada por requisitos limitativos, exigidos por los Estados miembros, que hagan de este derecho un mero desideratum.
- b) Que el reembolso de los gastos efectuados se haga de forma segura, esto es, con prontitud y sin más limitaciones que las estrictamente necesarias determinados por la normativa proyectada.
- c) Que la libertad de elegir lugar de asistencia sanitaria sea fruto de una decisión de los ciudadanos suficientemente informada, esto es, que existan los mecanismos necesarios facilitados por los Estados miembros, que permitan a aquéllos tomar las mejores decisiones para acceder a una «Salud sin barreras».

- d) Que existan unos mecanismos diáfanos de exigencia de responsabilidad a las autoridades nacionales en materia sanitaria, capaces para satisfacer a los ciudadanos ante un mal funcionamiento de las prestaciones recibidas.

Ahora bien, ese marco general dibujado, que se puede extraer, sin duda, de la lectura del Proyecto, choca frontalmente con «la realidad social de los sistemas sanitarios en la Unión Europea».

Sin duda, no puede ser de otra forma, que el principio comunitario de la «libre circulación de ciudadanos para acceder a la asistencia sanitaria» es un prius que no se debe olvidar. Pero no es menos cierto, que no podemos cerrar los ojos a los problemas reales que del texto del Proyecto se derivan. Entre otros, los siguientes:

- a) La ya citada convivencia complicada entre el Proyecto y los Reglamentos vigentes en materia de seguridad social.
- b) Los costes económicos importantísimos que puede generar la aplicación del Proyecto en países, como España, con unas tasas turísticas importantes. Se ha calculado que, en algunos casos, la aplicación del Proyecto pudiera ocasionar en algunos territorios «receptores» más de un 1% en el incremento del presupuesto sanitario.
- c) La quiebra que, en algunos supuestos, puede ocasionar la saturación de determinados servicios Sanitarios incluidos en una cartera de servicios, a causa del incremento de la demanda transfronteriza; no se olvide que son los Estados miembros los encargados de organizar sus servicios de Salud.
- d) El reconocimiento de recetas farmacéuticas, vengan de donde vengan del territorio de la Unión, con los consiguientes problemas financieros, de autenticidad y de «compensación» entre países (y territorios).
- e) Problemática con la protección de datos de los ciudadanos ante una situación de necesidad de compartir informaciones, sanitarias o no, que pueden chocar con las exigencias garantistas comunitarias en esta materia.

Tres definiciones del Proyecto se considera de interés su cita. En primer término, el artículo 4 apartado a) define lo que, a efectos del Proyecto, debe entenderse por «asistencia sanitaria»:

*«el servicio sanitario prestado por un profesional sanitario, o bajo su supervisión (sic), en el ejercicio de su profesión y con independencia de la manera en*



*que se organice, se suministre y financie a escala nacional o de que sea público o privado».*

Por «asistencia sanitaria transfronteriza», el Proyecto entiende:

*«la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro distinto de aquel en el que el paciente sea una persona asegurada, o la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro distinto de aquel en que el prestador de asistencia sanitaria resida, esté registrado o esté establecido»*

Y, por último, por «profesional sanitario», siempre a efectos del Proyecto, debemos considerar:

*«todo doctor en medicina (sic), enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, matronas o farmacéuticos a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE u otro profesional que ejerza actividades en el sector de la asistencia sanitaria que están restringidas a una profesión regulada según se refiere en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2005/36/CE»*

Vemos, por lo tanto, que el marco en el que se mueve el proyecto es muy amplio:

- a) Por el propio concepto de «asistencia sanitaria» al ampliarse a cualquier prestación efectuada por un profesional sanitario, o, simplemente, bajo su supervisión; además, luego veremos las consecuencias, no importa que el servicio sanitario se preste por los servicios sanitarios públicos o privados de un país.
- b) Porque, contrariamente a lo que algunos países desearían, no se regulan las prestaciones sanitarias fronterizas (esto es, en el caso español, por ejemplo con Francia y Portugal en aquellas zonas limítrofes); el Proyecto amplía la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios al ámbito de todo el territorio de la Unión Europea.
- c) Y, finalmente, porque el concepto de «profesional sanitario» resulta enormemente amplio sobre todo, si pensamos, en los efectos reguladores del Proyecto; libre circulación de ciudadanos en las prestaciones sanitarias.

Doctores en medicina (rectius, licenciados), enfermeros, odontólogos, matronas y farmacéuticos.

Cabe solo la duda si los ópticos y optometristas, por ejemplo, están o no incluidos. Pensamos que el generoso ámbito con el que se regula el precepto, parece invitar a su inclusión. Ahora bien, no estaría de más que a lo largo de la elaboración de la norma, se reflexionase sobre este punto.

Se cree de importancia, para aclarar el alcance subjetivo-profesional de la propuesta, trasladar las reflexiones del propio legislador comunitario sobre este aspecto: «Esta propuesta se aplicaría también sin perjuicio de marco existente para el reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales establecido por la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

De conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE, todo Estado miembro que supedite, en su territorio, el acceso a una profesión regulada o el ejercicio de la misma, incluidas las sanitarias, y a la posesión de cualificaciones profesionales específicas deberá reconocer las cualificaciones profesionales obtenidas en otro Estado miembro que permitan al titular de las mismas ejercer allí la misma profesión. Esta propuesta no pretende enmendar, modificar o interferir en modo alguno con las disposiciones vigentes sobre el reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales. De igual modo, ninguna medida que adopten los Estados miembros con vistas a poner en ejecución la presente propuesta, garantizando que la asistencia sanitaria se dispensa de acuerdo con normas claras en materia de calidad y seguridad, debería imponer nuevas trabas a la libre circulación de los profesionales sanitarios, regulada por la Directiva 2005/36/CE».

El artículo 2 del Proyecto establece el ámbito de aplicación de la misma:

*«La presente Directiva se aplicará a la asistencia sanitaria con independencia de la manera en que esta se organice, se suministre y se financie o de que sea pública o privada»*

Siendo ésta una cuestión trascendental a la hora de determinar el verdadero alcance del Proyecto, es sorprendente observar cómo la propia Exposición de motivos de éste apenas si le dedica un párrafo: «La Directiva propuesta es aplicable a toda atención sanitaria, con independencia de cómo se organice, se preste o se financie.

Es imposible saber de antemano si un prestador de asistencia sanitaria suministrará dicha asistencia a pacientes procedentes de otros Estados miembros o del suyo propio, por lo que parece necesario que el requisito de garantizar que la asistencia sanitaria se preste de acuerdo con normas claras de calidad y seguridad sea aplicable a todos los servicios de salud, sin diferenciar entre los distintos tipos de organización, prestación o financiación de dicha asistencia sanitaria».

Ahora bien, la aplicación literal de lo dispuesto en el proyectado artículo 2 plantea serias dudas. El que la libre circulación de ciudadanos para reci-

bir asistencia sanitaria se pueda concretar tanto en un sistema público de Salud, como en otro de carácter privado plantea problemas. Una cosa es que un ciudadano pueda viajar a un país distinto al de su afiliación para recibir asistencia sanitaria en un centro privado concertado, y otra cosa distinta es que ese mismo ciudadano pueda elegir, como primera opción, un centro privado sanitario cualquiera. Piénsese que la cartera de servicios marca el límite de la posibilidad de libre circulación. Esto es, un ciudadano comunitario sólo puede recibir asistencia sanitaria transfronteriza, si en su cartera de servicios tiene reconocido el tratamiento que solicita. De ahí que la generosa previsión inicial de que es lo mismo un centro financiado con fondos públicos, que otro que lo sea con fondos privados deba ser matizada.

Imaginemos un ciudadano que tenga su asistencia sanitaria asegurado solo en una institución sanitaria privada. Este ciudadano, en principio, puede tener limitadas unas prestaciones que en el sistema público de su país de afiliación no lo estén. ¿Podrá exigir el tratamiento transfronterizo en el caso de una prestación reconocida por un Estado pero que él, a título individual, no la tenga?; ¿y la libre circulación entre entidades privadas también queda protegida bajo el paraguas de la Directiva?; ¿y un ciudadano con cobertura de la asistencia sanitaria pública, puede viajar a un Centro asistencia privado transfronterizo?

El tenor literal del artículo 2 debe llevar a una respuesta afirmativa a estas cuestiones.

Probablemente el texto proyectado beneficia a la «sanidad privada»; y ello, porque con una cartera de servicios más reducida sus afiliados tendrán derecho a una movilidad generalizada.

### **III. EL MARCO JURÍDICO DEL REEMBOLSO DE LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA**

Preceptos claves a lo largo de la redacción del Proyecto son los artículos 6, 7 y 8. En ellos se regula el régimen de la asistencia dispensada en otro Estado miembro y el reembolso de los gastos ocasionados como consecuencia del tratamiento recibido.

En primer lugar, el Proyecto prevé que cualquier ciudadano tiene derecho a recibir en otro Estado miembro, sin autorización previa de ningún tipo, la asistencia sanitaria no hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, y al reembolso de los gastos correspondientes en la cuantía

prevista en su propio régimen de afiliación (aspectos que se desprenden de los artículos 6.1, 6.2 y 7 del Proyecto).

En segundo lugar, todo ciudadano de la Unión Europea tiene derecho a recibir en otro Estado miembro la atención hospitalaria a la que tenga derecho en el suyo. En este supuesto, el Proyecto permite a los Estados miembros establecer un sistema de autorización previa para el reembolso de los costes hospitalarios generados en otro Estado miembro, si puede demostrar que el flujo migratorio de pacientes resultantes de la aplicación del Proyecto es de tal envergadura que menoscaba o puede menoscabar seriamente la planificación y racionalización de su sector hospitalario. Los costes de la atención hospitalaria dispensada en otro Estado miembro serán reembolsados por el Estado miembro de afiliación, al menos hasta el nivel de los que habían sido reembolsados en caso de haberse prestado la misma asistencia o similar en el Estado miembro de afiliación (artículos 6.1 y 6.2 y 8.1 y 8.3 del Proyecto).

En cualquier caso, los Estados miembros de origen pueden imponer las mismas condiciones que se aplican a nivel nacional; así, por ejemplo, el requisito de consultar a un generalista antes que a un especialista o antes de acudir al hospital. Tal y como se señala en la Exposición de motivos del Proyecto, de conformidad con el artículo 152.5 Tratado CE, la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública ha de respetar plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y prestación de servicios sanitarios y asistencia médica. Ello no empece a que los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en sus sistemas nacionales de asistencia sanitaria y seguridad social. En todo caso, los Estados miembros son responsables de la organización y prestación de los Servicios Sanitarios y la atención médica. Son responsables, en particular, de determinar qué normas deben aplicarse al reembolso de los pacientes y a la prestación de asistencia sanitaria. En la Comunicación de la Comisión de 4 de julio de 2008, al respecto del Proyecto que estamos analizando, se aclaran estos extremos de forma ejemplificativa. Se dice que si un Estado miembro no incluye un tratamiento concreto como parte del derecho de sus ciudadanos, el presente Proyecto no crea ningún nuevo derecho a que los pacientes reciban dicho tratamiento en el extranjero y sean reembosados. Así, se dice, por ejemplo, las condiciones de reembolso de la cirugía plástica en el Estado miembro de origen de un paciente seguirán aplicándose cuando este paciente reclame el reembolso de un tratamiento realizado en otro Estado miembro.

Además, el Proyecto no impide a los Estados miembros ampliar la concesión de prestaciones en especie a la asistencia sanitaria recibida en otros Estados miembros.

Dos cuestiones se quieren matizar. En primer lugar, el artículo 4 del Proyecto al dar contenido a una serie de definiciones a efectos de la aplicación de las normas, no ha incluido una referencia expresa a qué deba entenderse por «asistencia hospitalaria». El texto definitivo de la Directiva debería incluir una mención a este aspecto, so pena de continuar con discusiones doctrinales al respecto. En segundo lugar, la autorización previa de los Estados debe limitarse a lo que sea necesario y proporcionado para evitar impactos excesivos en los sistemas sanitarios nacionales y nunca puede constituir un medio de discriminación arbitraria (artículo 8.4). Además, los Estados miembros deben hacer pública toda la información pertinente sobre los sistemas de autorización previa (artículo 8.5).

#### **IV. OTROS ASPECTOS RELEVANTES DEL PROYECTO**

En este apartado se va a realizar una somera referencia a algunos temas, todos ellos de suma importancia, contenidos en el Proyecto.

##### **1. Reconocimiento de las recetas emitidas en otro Estado miembro.**

El presente asunto resulta ser de una transcendencia, no sólo asistencial, sino también, social y económica de primer orden.

De sobra es conocida la elevada factura que tiene que asumir los diversos Estados (y, en casos como en España, otras comunidades territoriales y administrativas nuevas) en concepto de gasto farmacéutico; y conocidas son también las generalizadas trabas existentes a la hora del reconocimiento de las recetas emitidas en otro país (y, como decimos, en casos en otros territorios menores con competencia en materia farmacéutica).

Pues bien, el Proyecto de asistencia sanitaria transfronteriza incluye una previsión específica sobre el reconocimiento de recetas emitidas en otro Estado miembro.

En concreto se prevé que cuando se autorice la comercialización de un medicamento en su territorio conforme a lo dispuesto en el artículo 6 apartado 1, de la Directiva 2001/83/CE, los Estados miembros se aseguraran de que las recetas emitidas por una persona autorizada en otro Estado miembro a nombre de un paciente determinado puedan utilizarse en su territorio y de que todas las restricciones al reconocimiento de las recetas estén prohibidas (artículo 14 del Proyecto). Se admiten, de forma exclusiva, dos limitaciones a modo de excepción:

- a) Se limite a lo que sea necesario y proporcionado para proteger la salud humana y no sean discriminatorias.
- b) Se basen en dudas legítimas y justificadas sobre la autenticidad o el contenido de una receta determinada.

Como se indica la propia Exposición de motivos del Proyecto, a fin de garantizar un elevado nivel de protección de la salud, facilitando al mismo tiempo la libre circulación de los servicios sanitarios, deben adoptarse medidas específicas para verificar la autenticidad de la receta y la persona autorizada que la haya emitido, con el fin de asegurar que el paciente comprenda la información relativa al medicamento y de identificar éste, debiendo excluirse determinadas categorías de medicamentos.

Amén del posible coste económico para determinados países (especialmente, los receptores de buen número de turistas), la aplicación de la libre circulación de Servicios/productos se antoja en este caso complicada.

Cada oficina de farmacia deberá tener, necesariamente, una base de información exhaustiva sobre no sólo medicamentos autorizados, sino también, lo que es más complicado, sobre el grado de validez de una receta en relación con el requisito, a todas luces necesario, de la legitimidad del emisor.

Amén de otras cuestiones, más o menos ajustables, relativas a las recetas electrónicas, implantada ya en algunos territorios, y otra serie de cuestiones en relación con las nuevas tecnologías.

## 2. Redes europeas de referencia

Señala el Proyecto que los Estados miembros facilitarán el desarrollo de las redes europeas de referencia de prestadores de asistencia sanitaria (artículo 15). Estas serían el punto voluntario de encuentro de centros especializados de varios Estados miembros. Afirma la propia Comisión que podrían contribuir a prestar asistencia sanitaria a pacientes con enfermedades que exijan una experiencia técnica o una concertación de recursos especiales, para ofrecer una atención de calidad y rentable. Se estima que este fin se puede conseguir a través de las proyectadas redes, que ofrecen la experiencia técnica que precisa el paciente, si bien en algunas ocasiones éste tendrá que ir a centros de otro país.

Los centros europeos de referencia también podrían ser puntos focales de capacitación médica, investigación, difusión de la información

y evaluación. La cooperación en este ámbito presenta un gran potencial para aportar ventajas a los pacientes, mediante un acceso más fácil a la atención altamente especializada y a los sistemas sanitarios gracias a la optimización de los recursos, por ejemplo, mancomunándolos para hacer frente a enfermedades poco frecuentes.

La Comisión deberá adoptar, en un futuro, una lista de las condiciones y los criterios específicos que deben cumplir las redes europeas de referencia, incluidas las condiciones y criterios exigidos a los prestadores de asistencia sanitaria que deseen ingresar en dichas redes.

Decir sobre el particular, que la Comisión ya financia proyectos piloto para poner a prueba el concepto de las redes europeas de referencia elaborado por el grupo de alto nivel sobre servicios de Salud y atención médica. El objetivo de estos proyectos, desarrollados especialmente en el ámbito de las enfermedades raras, es determinar las prácticas más adecuadas para determinar estas redes, reconocer los obstáculos jurídicos o prácticos que siguen teniendo estas redes, extraer conclusiones generales y formular recomendaciones que puedan extrapolarse más allá de las enfermedades raras. Sobre la base de los resultados de estos proyectos, el Proyecto de Directiva permite establecer un marco claro para las redes europeas de referencia.

### 3. Salud electrónica (en línea)

Las nuevas tecnologías aplicadas al ámbito de la asistencia sanitaria, deben servir para aumentar el nivel de calidad (de alta calidad) y de eficiencia en la prestación de este servicio a los ciudadanos. Muchos son los países de la Unión Europea que están trabajando con éxito en este campo. La posibilidad de poder ver a distancia imágenes de diagnósticos, o tratar a enfermos crónicos sin que se requiera hospitalización o, simplemente, la posibilidad de coordinar entre diversos prestadores de servicios la asistencia sanitaria, son realidades que cada vez se extienden más por el territorio de la Unión Europea.

Sin embargo, para que la oferta de servicios de Salud en línea sea eficiente, afirma la Comisión, se requieren formatos y estándares compartidos compatibles entre diferentes sistemas y en diversos países, lo que no es el caso actualmente.

Por eso el Proyecto, en su artículo 16, mandata a la Comisión a que adopte las medidas específicas necesarias para lograr la interoperabilidad de los sistemas de tecnologías de la información y la comu-

nicación en el ámbito de la asistencia necesaria, siempre que los Estados miembros decidan introducirlos.

El Proyecto, como se ve, no obliga a la instalación por parte de los Estados de sistemas de «Salud electrónica», sólo a que, en el supuesto de instalarse, se garantice su compatibilidad a la hora de la transmisión de información.

## V. CONCLUSIÓN

La Unión Europea es la plasmación de un sueño hecho realidad. La consecución de un gran espacio único distinto, pero sin duda relacionado, de un mercado de más de 300 millones de ciudadanos, sigue planteando problemas a los Estados de difícil solución.

La libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales son pilares básicos en la construcción de ese espacio único sin fronteras.

Cuando el hoy Proyecto de norma sobre asistencia sanitaria transfronteriza se convierta en texto definitivo, se habrá dado un importante paso en la consecución de esa Europa Unida, pero también se pueden crear una serie de problemas prácticos a los que los diversos Estados deben dar respuesta.

Porque, no se olvide, una Directiva no puede cercenar un derecho básico de los ciudadanos Europeos: la libertad de acceso a las prestaciones sanitarias. Pero los Estados, sin duda, deben estar dispuestos a poner remedio a todas las dificultades que su puesta en marcha conllevarán. Jurídicamente hay que decir que una Directiva debe adaptarse a los Tratados de la Unión y nunca viceversa.

España, en concreto, tiene ante sí importantes retos derivados de la futura entrada en vigor de la Directiva.

Retos, en primer término, económicos. Se calcula en un 1% el incremento presupuestario con la puesta en marcha de la norma.

Retos de compatibilidad con otras leyes, en especial, como hemos visto, con la normativa reguladora de las prestaciones de la seguridad social.

Retos con colectivos sanitarios, como por ejemplo, con los farmacéuticos y el reconocimiento generalizado con las recetas provenientes de otros países.

Y retos, en definitiva, directamente vinculados con nuestra organización territorial del Estado. Y es que, a partir de la entrada en vigor de la Directiva, la libre circulación de ciudadanos para recibir «asistencia sanitaria» va



a resultar muy difícil cercenarla para nuestros nacionales dentro de nuestro propio país. Si un ciudadano francés puede acudir para recibir «asistencia sanitaria» (dentro de las condiciones de la Directiva) en cualquier parte de nuestro Estado, cómo negarle esa posibilidad a un ciudadano español dentro de nuestro país.

Este es, en definitiva, el gran reto que en nuestra opinión plantea el texto proyectado.

Sea como fuere, no podemos si no dar la bienvenida a ese texto derivado, por supuesto, de las consecuencias de la libre prestación de Servicios en la Unión Europea.

## **NORMATIVA DE REFERENCIA**

Proyecto de Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia Sanitaria transfronteriza, de 2 de julio de 2008.

Directiva 95/46 CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre circulación de éstos.

Directiva 2002/58 CE, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Reglamento 726/2004 CE, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y control de los medicamentos de uso humano y veterinario.

Directiva 2001/83 CE, por el que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano.

Directiva 2001/20 CE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano.

Directiva 2000/43 CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Reglamentos relativos a la coordinación de los sistemas de seguridad social, en concreto, el 1408/71 CE relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de las familias que se desplazan dentro de la Comunidad y el Reglamento 883/2006 CE, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

Reglamento 1082/2006 CE, sobre la Agrupación europea de cooperación territorial.

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

- GONZÁLEZ LÓPEZ VARCÁRCCEL, B Y BARBER PÉREZ, J: *Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud de España*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.
- GUILLÉN RODRÍGUEZ, A: *La construcción del sistema sanitario español*, Instituto Juan March de Estudios e investigaciones, Madrid, 1996.
- LÓPEZ CASANOVAS, G: *Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las autonomías*, Fundación BBV, 2001.
- MOLINA GARRIDO: *Análisis del proceso de descentralización de la asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas*, Thomson-Civitas, 2005.
- MUÑOZ MACHADO, S: *La formación y crisis de los Servicios sanitarios públicos*, Madrid, 1995.
- PAREJO, L: *La reforma del sistema nacional de Salud*, Marcial Pons, 2004.
- PEMÁN GAVIN, J.M: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Granada, 2005.
- RAMÍREZ DE AVELLANO, A: «La movilidad de pacientes en el contexto internacional, europeo y español», *Revista de Economía de la Salud*.
- REY BIEL, P: *La financiación sanitaria autonómica: un problema sin resolver*, F. Encuentro, 2006.
- RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO: *Integración o desmoronamiento. Crisis y alternativas del Sistema Nacional de Salud español*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- SEVILLA, F: *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 2005.

# LA VOLUNTAD DE LA FORMA(\*). LA CIUDAD COMO ESPEJO. A PROPÓSITO DE LAS EVOLUCIONES O MUTACIONES SOCIALES

M<sup>º</sup> JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS

*El arrabal es el reflejo de nuestro tedio.  
Mis pasos claudicaron  
cuando iban a pisar el horizonte  
y quedé entre las casas,  
cuadrículadas en manzanas  
diferentes e iguales  
como si fueran todas ellas  
monótonos recuerdos repetidos  
de una sola manzana  
Jorge Luis Borges, Arrabal*

**SUMARIO:** I. LA CIUDAD ES UNA RELACIÓN.— II. SIEMPRE MÁS.— III. LA CIUDAD COMO UTOPIÁ.

**RESUMEN:** Las ideas de ciudad y cambio siempre han estado interrelacionadas, sin embargo, en los últimos años las modificaciones de la ciudad propias de la sociedad del «siempre más» que es la nuestra son de tal entidad que tal vez estemos creando una realidad nueva y distinta. Al fin y al cabo, la ciudad es una forma específica de relación y las relaciones sociales también están conociendo evoluciones y mutaciones notables. En todo caso, parece importante reincorporar a nuestro acervo cultural la idea de utopía como motor para la mejora social y por tanto urbanística.

*Palabras clave:* ciudad; relación; consumo; cambio; sostenibilidad; utopía.

**ABSTRACT:** *The ideas about city and change have always been interrelated. However, over the last years the modifications to the city resulting from our always «more and more» society are of such significance that we may be creating a new and distinct reality. After all the city is a specific form of relation, and social relations also go through notable evolutions and mutations. In any case it seems important to re-incorporate the*

---

(\*) Este título resulta de la adaptación de una de las ideas que María Zambrano expresa en *Los bienaventurados*, Madrid, Siruela, 2003, pp. 13 y 14.

*idea of utopia as the driving force for social and therefore urban improvement in our cultural tradition.*

*Key words: city; relation; consumption; change; sustainability; utopia.*

No es preciso ser un avezado investigador social para percibir que la forma por excelencia en que nos organizamos, la ciudad, está cambiando. La incipiente voz de alerta desaparece si recordamos que en el hecho sustancial mismo de la forma urbana está comprendido el cambio. La ciudad ha ido adaptándose a lo largo de los siglos a las diversas vicisitudes históricas y al tiempo ha ido incorporando los avances técnicos y científicos según pasaban a formar parte de la vida cotidiana del ciudadano.

Sin embargo análisis recientes apuntan a que algo de entidad y cualitativamente distinto está ocurriendo en las ciudades, no de aquí o de allá sino de todo el mundo. «Algo muy importante y profundamente diferente al pasado (...) Son las dimensiones del cambio, que se desarrolla a nivel planetario, las que introducen una inquietante novedad» (1).

Por supuesto que la ciudad ha conocido y reconocido cambios de aspecto. Pero ¿responden a algo más los cambios de hoy? ¿Podrá seguir hablándose de ciudad? ¿Qué convierte en ciudad a un grupo de individuos que viven en cercanía? ¿Hemos dejado de ser algo para convertirnos en otra cosa? ¿Por qué? ¿Qué?

Hay diversos puntos de vista que exploran con mayor o menor intencionalidad esta y otras cuestiones relacionadas con la ciudad y sus implicaciones. La tesis que se recoge en este trabajo apunta a un cambio de modelo de vida. Así, siguiendo la pauta de la «Modernidad radical» descrita por Giddens las alteraciones en las formas de relación social, fundamentalmente causadas por la entronización del consumo como paradigma del estar y el bienestar son de tal magnitud que vamos desembocando en un diferente modelo societario que tiene un reflejo directo en nuestro entorno, la ciudad, espejo elocuente de los cambios de estos sistemas complejos vivos que son las ciudades. Y muy especialmente dentro de la ciudad la arquitectura es, a un tiempo, receptora y transmisora de valores. En estos tiempos en que prácticamente «se han borrado todas las diferencias antropológicas» (2), en los que

---

(1) MARTINOTTI, Guido, «Los lugares de la Modernidad radical y las nuevas poblaciones metropolitanas» en José Vidal Beneyto (dir.), *Hacia una sociedad civil global. Desde la sociedad mundo*, Taurus, 2003, p. 449.

(2) FERNÁNDEZ ALBA, Antonio, *Reflexiones*, Lecciones/documentos de arquitectura nº 10, Escuela Superior de Arquitectura. Universidad de Navarra, Pamplona, 2005, p. 7.

por encima de todo se mira, la forma mirada adquiere una importancia única para el sujeto, para la sociedad, para la manera en el que cada uno de ambos contiene y comprende al otro.

## I. LA CIUDAD ES UNA RELACIÓN

Para Alain BOURDIN la nuestra es una civilización de individuos y en ella la forma urbana no es un simple contexto o escenario sino una de sus dimensiones y lo fundamenta porque, a su juicio, «la acción que produce la metrópoli no es exterior a la civilización de individuos, es parte de ella», el productor de metrópoli es productor de civilización (3).

La ciudad, claro, es una morfología pero también y a un tiempo es «un conjunto de elementos relacionados que forman un sistema de orden económico y social, ese sistema da sentido a la materialidad de la ciudad» (4). Dicho de otro modo, la ciudad más que terreno, espacio u objeto es una relación, una forma de relación, y es por ello que desde el principio se convierte en debate intelectual de los sociólogos fundadores: WEBER, SOMBART, TÖNNIES, SIMMEL.

La metrópoli entendida como gran ciudad es, en sí misma, un cuadro de socialización para el que ya no sirve la cómoda dualización del pensamiento que separa y distingue entre continente y contenido, ambos son una y la misma cosa. Lo que afecta al envoltorio repercute en lo envuelto y viceversa. Hoy más que nunca todos dependemos de todos lo cual, quizás por su generalización, produce el paradójico efecto de que nadie depende de nadie, que cada ciudadano es soberano de sí y lo suyo, además de ajeno, acaso perfecto, del prójimo ya nada próximo. Quizás baste con recordar de momento algunas de las ideas que SENNETT incluye en su *Corrosión del carácter*: «¿Cómo pueden perseguirse objetivos a largo plazo en una sociedad a corto plazo? ¿Cómo sostener relaciones sociales duraderas? (...) El capitalismo del corto plazo amenaza con corroer aquellos aspectos de la personalidad que unen a los seres humanos entre sí y brindan a cada uno de ellos la sensación de tener un yo sostenible» (5).

Sí, aparece pronto a colación un tema no vinculado, o al menos en apariencia no directamente vinculado, con la denominada «cuestión urbana». Nos

---

(3) BOURDIN, Alain, *La métropole des individus*, París, Éditions de l'aube, 2005, p. 15.

(4) BOURDIN, Alain, *op. cit.*, p. 16.

(5) SENNETT, Richard, *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, tr. Daniel Najmías, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 25.

referimos al modelo económico, la alusión de SENNETT al capitalismo secundaria por numerosos y destacados autores no hace sino incorporar uno de los aspectos fundamentales de la globalización a nuestro tema de análisis. En el contexto actual prescindir de ello llevaría a un diagnóstico fallido, no hay decisión que se adopte en la escena nacional e internacional que no pase por el tamiz de la economía, probablemente siempre fue así pero a día de hoy la globalización como exponente máximo de esta «modernidad multidimensional» en la que vivimos impide cualquier omisión de ésta y cuestiones anejas (6). Lo dice GIDDENS con claridad, «quien estudie las ciudades actuales en cualquier lugar del mundo, sabe que lo que sucede en un barrio local seguramente ha sido influenciado por otros factores —como pueden ser la economía mundial o los mercados de productos— que operan a una distancia indefinida» (7).

Los avales de esta tesis apuntan a una «Fragilización de las relaciones sociales» (8) que, en distintos grados asocia el fenómeno de la globalización económica con «la descomposición del modelo de estado que se había afianzado tras la segunda guerra mundial.» Pues bien, todo ello tiene repercusiones de primer orden tanto en el espacio como en el tiempo, o sea, en el ámbito urbano. En uno de sus artículos Jacques DONZELOT, afirmaba categórico «La ciudad ya no produce sociedad» (9). Poco después tal aseveración era tildada más como «un modo de llamar la atención que como una afirmación seria» (10). De cuantos reproches puedan dirigirse a la ciudad, éste es uno de los más serios pues de él depende que propugnemos uno u otro modelo urbano. Nuestra premisa: que es bueno hacer sociedad en el sentido de Montesquieu siendo por tanto la sociedad no los hombres sino la unión entre ellos queda condicionada por el modelo de ciudad.

A tales efectos distingue DONZELOT entre la ciudad moderna, la de la industrialización, frente a la ciudad contemporánea. A la primera le atribuye la creación de sociedad, a la nuestra no. Lo ejemplifica con el caso francés, o mejor parisino, cuya fórmula combinada de trazado funcional del espacio y separación de las clases antagonistas aderezada con la promesa aún creí-

---

(6) GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, tr. Ana Lízón Ramón, Madrid, Alianza, 1993, p. 24.

(7) GIDDENS, Anthony, *Ibidem*, p. 68.

(8) VV.AA, *La fragilización de las relaciones sociales*, Madrid, Círculo de Bellas Artes, 2007.

(9) DONZELOT, Jacques, «La nouvelle question urbaine», *Esprit* (1999) [Dossier titulado «Quand la ville se défait»].

(10) DONZELOT, Jacques, «La ciudad de tres velocidades», en *La fragilización de las relaciones sociales*, *op. cit.*, p. 23.

ble de la promoción social llevaron a pensar «entre los años cincuenta y principios de los setenta (...) que la partida estaba ganada». Allí «pudo concebirse y materializarse una particular forma de urbanismo que reunía a todas las clases en un espacio unificador a través de la homogeneidad. Los ‘grandes polígonos’ residenciales y ‘las nuevas ciudades’ fueron la principal encarnación de esa confianza en la capacidad de la urbe para crear una sociedad unida». En ese «movimiento hacia delante» él advierte una «sociedad formándose en el seno de una ciudad» (11).

Entiendo que por entonces la ciudad aún tiene estructura de promesa, fruto de las posibilidades de ascenso social. Sin embargo, a partir de algún determinado momento ese movimiento de «todos a una» comienza a verse sustituido por la llegada de una «ciudad de tres velocidades», definida por DONZELOT por: «la relegación de los polígonos residenciales y la periurbanización de las clases medias, que temen la proximidad de los ‘excluidos’ mientras se sienten ‘olvidadas’ por la élite de los ‘ganadores’ que se dedica a invertir en el proceso de gentrificación de los centros históricos» (12).

Sin conflicto (hace ya mucho que se decretó el fin de la lucha de clases) ni promoción, la ciudad globalizada, la nuestra, carece de los dos principios de transacción más importantes. Así lo ve DONZELOT, quien percibe que la «globalización por abajo» se traduce en «la concentración de esas minorías visibles en los territorios de la relegación» mientras la «globalización por arriba» corresponde a la clase emergente ‘centrada’ en la gentrificación. Entre ambos polos no existe, a su juicio, «ninguna dimensión común que permita el establecimiento de una relación, conflictiva, o no. Viven en la misma ciudad, pero ésta no une ambos extremos» (13).

En uno de sus últimos trabajos al respecto SENNETT alude precisamente a la similitud de los efectos que el capitalismo flexible produce sobre el lugar de trabajo y sobre la ciudad misma: relaciones superficiales y a corto plazo en el primer caso y relaciones superficiales y disgregadas en el segundo que se manifestaría de tres formas. El clásico apego a la ciudad se ve sustituido por la movilidad geográfica de los trabajadores flexibles. Además se estandariza el entorno pues «la oficina flexible no está pensada como un lugar en el que uno se pueda encontrar cómodo». Antes bien se requiere una arquitectura que habilite un entorno físico que pueda ser rápidamente vaciado, reconfigurado, olvidado incluso. Neutralidad la de los nuevos edificios que se

---

(11) DONZELOT, Jacques, *Ibidem*, p. 27.

(12) DONZELOT, Jacques, *Ibidem*, p. 29.

(13) DONZELOT, Jacques, *Ibidem*, p. 68.

debe también a que se han convertido en «moneda global de inversión para que alguien en Manila compre o venda fácilmente 10.000 metros cuadrados de superficie para oficinas en Londres» y para ello «el espacio debe tener la misma uniformidad y la misma transparencia que el dinero.» Por otro lado, a un exterior plenamente neutro sólo puede acompañarle un interior igual de neutro e indiferente, razón por la cual algunos críticos la han denominado «arquitectura de piel» todo es estándar y susceptible de una transformación total instantánea, nada es hondo ni profundo sino superficial y epidérmico (14). En su afán por procurar y crear lo homogéneo, lo idéntico incluso «las ciudades dejan de ofrecer lo raro, lo inesperado y lo estimulante» lo cual acaba por repercutir en los espacios públicos cuya neutralidad y afección por un consumo también estandarizado «alteran la dimensión local». Y por último, uno y otro, entorno laboral y urbano con su presión espacio-temporal casi cronometrada afectan para distorsionar la vida familiar y privada (15). Nada que ver con la lección recibida de «los arquitectos y pensadores del existencialismo —con toda la imprecisión y diversidad de posiciones que se reúnen tras este término— no sólo el habitar es una actividad fundamental —fundante— sino que ésta debe ser repensada no técnicamente sino a partir de la experiencia vivida del individuo» (16). En su lugar hemos optado por nuevas formas o el declive de la experiencia sin ocasión para el papel fundamental de la arquitectura la conversión del abstracto espacio en lugar, en «acontecimiento de vida» (17).

Algo de todo eso reflejan, salvando las distancias, Mike DAVIS y Jeremy SEABROOK, cuyos análisis sobre distintas 'ciudades' del mundo convergen en ese mismo punto, el de los extremos. Extremos mucho más distantes que hacen empujarse los de las ciudades de ámbito europeo. Davis que diferencia entre megaciudades, de más de ocho millones de habitantes e hiper-ciudades, de más de veinte, incorpora la noción de «estructuras posturbanas» aludiendo al fin de la idoneidad del término urbano para referirse a tales lugares (18). No hace sino aceptar la sugerencia del arquitecto y urbanista alemán Thomas SIEVERTS de *Zwischenstadt*, un urbanismo difuso a medio camino

---

(14) Nos referimos a la crítica de arquitectura Ada Louise Huxtable *cfr.*, por ejemplo, «¿Ha muerto la arquitectura moderna?» en *Revista de Occidente*, nº 91 (1981), pp. 5-26.

(15) SENNETT, Richard, «El nuevo capitalismo, el nuevo aislamiento» en *Quaderns d'arquitectura i urbanisme*, nº 238 (2003), pp. 60 y 61.

(16) DE SOLÁ MORALES, Ignasi, «Arquitectura y existencialismo: una crisis de la arquitectura moderna» en *Annals d'arquitectura*, nº 5 (1991), pp. 25-33

(17) FERNÁNDEZ ALBA, Antonio, *Reflexiones*, *op. cit.*, p. 11.

(18) DAVIS, Mike, *Planeta de ciudades miseria*, tr. José M<sup>º</sup> Amoroto, Madrid, Foca, 2007, p. 18.



entre el campo y la ciudad que «se está convirtiendo rápidamente en el paisaje representativo del siglo XXI, tanto en los países ricos como en los pobres y al margen de la trayectoria urbana anterior». Redes policéntricas sin la clásica dicotomía centro-periferias.

«Al margen de la cultura de que se trate y del lugar del planeta donde surjan, tienen características comunes: una estructura completamente diferente del medio urbano que a primera vista resulta difusa y desorganizada, con islas individualizadas sobre modelos geoméricamente estructurados; un entramado sin centro claro y por ello con muchas áreas, redes y nodos especializados, más o menos contrastados funcionalmente» (19).

Davis habla, con cierta resignación y dolor del «Retorno a Dickens». De aplicar la teoría social clásica basada en la razón y el progreso continuo las ciudades del futuro y aún las del presente habrían de conocer un proceso al menos similar al de la industrialización de las ciudades europeas en el XIX y XX pero no es así. «Kinshasa, Luanda, Jartum, Dar-es-Salaam, Guayaquil y Lima crecen de manera prodigiosa pese a la ruina de sus industrias de sustitución de importaciones, de la reducción de sus sectores públicos y de la caída de sus clases medias» (20). La fábrica alrededor de la cual crecía la ciudad en otras épocas ya no es necesaria, el imparable abandono del campo es en los países del Sur motivo bastante para alimentar un vertiginoso crecimiento de áreas urbanas degradadas.

Ni en el norte ni en el sur, la fábrica ya no es el principal elemento organizador del territorio. No ha desaparecido pero no vertebra el escenario urbano actual que ahora pivota sobre un triángulo novedoso: trabajo-vivienda-consumo (21). De hecho, con una mayor perspectiva teórica GIDDENS ya ponía a la ciudad como ejemplo de discontinuidad o continuidad sólo aparente con lo anterior en 1990: «los asentamientos urbanos modernos frecuentemente incorporan los emplazamientos de las ciudades tradicionales y pueden llegar a dar la impresión de ser meras extensiones de las mismas, pero de hecho el urbanismo moderno se ordena de acuerdo con principios muy diferentes a los que distinguieron a la ciudad premoderna del campo en periodos anteriores» (22).

---

(19) SIEVERTS, Thomas, *Cities Without Cities. An Interpretation of the Zwischenstadt*, Londres, Taylor and Francis, 2003, p. 3.

(20) DAVIS, Mike, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

(21) MARTINOTTI, Guido, «Los lugares de la Modernidad radical y las nuevas poblaciones metropolitanas», *op.cit.*, p. 454.

(22) GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, *op.cit.*, p. 20.

¿Estamos en condiciones de culpar al diseño urbano por reflejar lo que intrínsecamente le conforma? Inmersa en la modernidad, la ciudad es receptora y reflejo de sus tres fuentes principales: «la separación entre tiempo y espacio, el desanclaje», o mecanismo de «remover la actividad social de sus contextos localizados reorganizando las relaciones sociales a través de enormes distancias entre tiempo y espacio» junto con «la apropiación reflexiva del conocimiento» de modo que la producción de conocimiento sistemático sobre la vida social se hace integral al sistema de reproducción, empujando la vida social fuera de los anclajes de la tradición» (23). Todo ello traducido en el desvanecimiento del sentido de antiguos límites como el espacio y tiempo, comprimido este en un «presente absoluto» se desenvuelve en lo que LIPOVETSKY denomina hiperconsumo, turboconsumo o consumo —mundo, «imperio sin tiempos muertos y de contornos infinitos» con traslación directa en la identidad (24). Pero la idea del tiempo no sólo se ve aquejada por ese mal, otros autores ponen el acento en cómo la realidad «ha tomado la forma de accidente» lo cual nos lleva a vivir en una especie de «presente discontinuo» pues al convertirse el accidente «en la circunstancia central (...) la actualidad consiste precisamente en la expresión del accidente. Como consecuencia, la temporalidad de hace un siglo, morosa y blasonada, ha perdido su calidad familiar para convertirse en un cuerpo desnudo sacudido por cualquier pericance, a cualquier hora y desde no importa qué lugar» (25).

A partir de ahí la fragilidad y fragmentación del sujeto expuesto al impacto fáctico o psicológico de riesgos y peligros de consecuencias individuales y colectivas impredecibles en una sociedad atomizada para la que «todo es peligroso» lleva, no podría ser de otra manera, a la «inflación de las preocupaciones por la seguridad» (26) y a la socioporosis de la que se hace preciso sobrevivir (27). «No cabe duda de que, hoy, la inseguridad, la incertidumbre y la vulnerabilidad forman parte de la definición de quiénes somos» (28). El hecho nada insignificante de vivir en un entorno urbano va a ocupar un lugar destacado en la construcción de la identidad individual y del grupo, porque

---

(23) GIDDENS, Anthony, *Ibidem*, p. 58

(24) LIPOVETSKY, Gilles, *La felicidad paradójica. Ensayo sobre la sociedad del hiperconsumo*, tr., A. Prometeo Moya, Barcelona, Anagrama, 2007, pp. 90, 104, 183.

(25) VERDÚ MACIÁ, Vicente, *El estilo del mundo*, Barcelona, Anagrama, 2003, p. 32.

(26) LIPOVETSKY, Gilles, *Ibidem*, pp. 229 y 216.

(27) RENDUELES, César, «Sobrevivir a la socioporosis», en VV.AA., *La fragilización de las relaciones sociales*, op. cit., pp. 9-20.

(28) ROJAS MARCOS, Luis, *Nuestra incierta vida normal*, Madrid, Punto de lectura, 2008, p. 25.

«yo me construyo junto a los otros pero también con ellos (...) estoy hecho de todos esos otros como ellos están hechos de mí». En esa construcción recíproca la disposición y forma del espacio y el tiempo propiciando o dificultando uno u otro tipo de relaciones y por tanto de reacciones resulta fundamental. Estamos hechos de contradicciones, lo dijo PASCAL, pero está por ver si algunas son insuperables.

## II. SIEMPRE MÁS

«Nada es suficiente para el hombre para quien lo suficiente es poco»

Epicuro

Algo atrás queda para buena parte de los hombres de hoy la divisa de MONTAIGNE «¿qué es lo que sé?». No es que la reflexión y reflexividad hayan desaparecido, antes bien son condiciones *sine qua non* de la Modernidad, pero la vida de buena parte de los ciudadanos de occidente no se articula en torno a ellas. La libertad de pensamiento no tiene ni puede tener sustituto alguno pero tal vez sí sucedáneo. La experiencia individual de la que se nutre el presente adopta la forma de consumo. El consumo estructura la actividad productiva, lucrativa y nuestra vida privada entera. Una remodelación invasiva de lo individual, lo colectivo y por ende lo cultural con alto índice de eficacia porque «es transversal a los distintos modos de vida y moviliza valores tan ampliamente compartidos como le es posible». Nos relacionamos con el mundo mediante el consumo y lo hacemos en y a través de la ciudad. La ciudad es consumo y el consumo ofrece todo, ergo, la ciudad ofrece todo.

Hablamos de ciudad para referirnos a un territorio cuyo modelo carece de liderazgo público y donde la Administración reorienta su papel regulador hacia un nuevo papel promocional (29) ajustándose a los requerimientos de la economía del consumo para optimizar la salida de bienes muebles e inmuebles, tangibles e intangibles. ¿Dónde coloca eso al funcionalismo como teoría urbana? Aldo ROSSI en una huida razonada del «funcionalismo ingenuo» sustentaría una interpretación compleja: forma y función conjuntamente explicarían el concepto de «ciudad como totalidad» (30). La función que, según

---

(29) DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, Eduardo, «Nuevas formas y procesos espaciales en el territorio contemporáneo: la ciudad única», *Polis*, ([www.revistapolis.cl/index/htm](http://www.revistapolis.cl/index/htm)), n.º 20. *Ciudad, espacio y flujos*, (2008).

(30) ROSSI, Aldo, *La arquitectura de la ciudad*, 8.ª ed., tr. J.M.º FERRER-FERRER et al., Barcelona, Gustavo Gili, 1982, pp. 83, 94 y 95.

WEBER, hizo del asentamiento colectivo humano una ciudad, desde el punto de vista económico fue el comercio, «la ciudad es un asentamiento comercial», ciudad es, en sentido económico un «lugar de mercado» porque sólo hay ciudad «cuando la población residente en una localidad satisfaga una parte económicamente sustancial de sus necesidades en el mercado local, gracias sobre todo a los productos que dicha población, y la de los alrededores inmediatos, hayan fabricado o se hayan procurado para venderlos en el mercado» (31). En la tipología de WEBER la del mercado es una ciudad de consumidores distinta a la mercantil, la agraria, la industrial, la marítima, la ciudad-fortaleza y, desde luego, la ciudad-estado. En unas u otras el acento puede aparecer en la comunidad mercantil o en la política, así, «la ciudad medieval representa (...) una organización mucho más orientada en la dirección de la adquisición mediante una economía racional que cualquier ciudad de la Antigüedad mientras duró la época de la *polis* independiente (...) en la ciudad (...) el burgués se vio empujado por el camino de los *medios económicos racionales* (32)». Un denominador común une a todas ellas: «la ciudad fue por todas partes, en gran medida, un asentamiento en común de gentes *extrañas* a la localidad» (33), parafraseando a AUB, la ciudad será abierta o no será, inconclusa o no será.

La articulación del paisaje disperso en que se ha convertido la ciudad corre a cargo de 3 funciones que a su vez simbolizan los valores y metas del presente: consumo, ocio y nuevos centros de gestión (34) apreciándose cada vez con mayor claridad una tendencia a la identificación de los dos primeros. Todo está pensado y dispuesto para que en el centro comercial tiempo y espacio se anulen. Sin relojes ni luz solar que pueda darnos idea del momento del día en que nos hallamos junto con una climatización que también anula nuestro sentido de la estación en que nos encontramos y del clima en que vivimos nos adentramos en un espacio creado sobre la recreación de otros con identidad propia. «En Scottsdale (Arizona) el Borgata reproduce el aire libre del desierto y el pueblo toscano de San Gimignano y en Connecticut, el Olde Mystic Village es el duplicado de la calle principal de una localidad de Nueva Inglaterra a principios del siglo XVII». Todo es réplica, todo es copia, una

---

(31) WEBER, Max, *La ciudad*, tr. J. VARELA y F. ÁLVAREZ-URÍA, Madrid, La Piqueta, 1987, p. 5.

(32) WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2<sup>a</sup> ed., tr. J. Medina Echavarría et al., México, F.C.E., 1979, p. 1042.

(33) Weber, Max, *Ibidem*, p. 962.

(34) ARIAS SIERRA, Pablo, *Periferias y nueva ciudad. El problema del paisaje en los procesos de dispersión urbana*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2003, pp. 457-478.

«selección global de lo mejor de lo global». El small (centro comercial) se plantea y renueva permanentemente para conseguir un universo acaramelado donde el peso de la existencia se reduzca al de las compras realizadas. Ir al centro es ir de vacaciones, paraíso artificial donde olvidar y olvidarse. Todo cuanto pueda resultar angustioso o triste y sea susceptible de alterar el buen ánimo de visitante es evitado, así el mundo es simplificado y sólo después copiado.

Perfeccionado el modelo se procede a su clonación levemente alterado por con una aparatosa tendencia al alarde y la ostentación. El ejemplo nos lo da el West Edmonton Mall Alberta en Canadá, el centro comercial más grande del mundo (recientemente se ha construido una de mayor superficie en China pero su actual número de tiendas todavía no es competencia para las más de ochocientas del canadiense). Su superficie equivalente a cien campos de fútbol alberga el mayor parque de atracciones del mundo, el mayor parque acuático, un campo de golf... y todo ello por supuesto a sumar a una enorme cantidad de tiendas y locales de ocio y restauración. Nada es suficiente, todo es poco si lo que se pretende es como uno de sus promotores decía a los asistentes en la ceremonia inaugural: «Ya no tenéis que ir a Nueva York, París, Disneylandia o Hawái. ¡Os lo podemos ofrecer todo aquí! (35).

Desde luego, a cada época su modelo, el de hoy más inmisericorde por lo premeditado incumple sin reprobación las promesas de un pasado que fue proyecto. «la forma de la ciudad siempre es la forma de un tiempo de la ciudad; y hay muchos tiempos en la forma de la ciudad» (36). Conservamos en la de hoy algunos legados del pasado que confieren a la ciudad un importante peso semántico en un espejismo de escenarios de coherencia y unidad. «La imagen compacta con la que nos relacionamos hoy en los centros históricos (...) no refleja el proceso de construcción en el tiempo» (37). En su permanente hacerse, la ciudad carece por naturaleza de forma definitiva. Fue mucho el tiempo durante el cual los habitantes tuvieron que asistir a la «eterna» construcción de catedrales, palacios, edificios, casas... que entremezclados creaban un ambiente de provisionalidad bien lejano del perfil que hoy vemos e imaginamos.

---

(35) VERDÚ MACIÁ, Vicente, «El sueño del centro comercial», *El correo de la UNESCO*, nº 11, (2000), pp. 4-9.

(36) ROSSI, Aldo, *op. cit.*, p. 104.

(37) NÁRDIZ ORTIZ, Carlos, «Calles, caminos y puentes en la ciudad histórica», *Ciudad e Historia. La temporalidad de un espacio construido y vivido*, J.A. MARTÍNEZ DE ROTA Y MONTER (Coord.), Universidad Internacional de Andalucía/Akal, Madrid, 2008, p. 116.

El consumo por un lado pero también «la creciente disociación entre defensa y territorio» vinculada con las innovaciones tecnológicas en materia de armamento y los nuevos niveles de territorialidad y modos de regionalización hacen que los lugares sean más «débiles». Nuestra relación con el espacio no es la tradicional. No puede serlo pues en «nuestra civilización los nuevos espacios tienden a la desaparición de los centros y a la formación de redes; no se configuran a partir del modelo de las antiguas concentraciones, sino que ofrecerán el aspecto de una red. Pero esta geometría no es un resultado casual, sino que responde también a una determinada manera de entender cómo deben organizarse las sociedades o cómo se organizan de hecho, aunque no lo hayamos pretendido o incluso desagrade a los partidarios de la tradicional centralización» (38).

Metrópolis (Asociación mundial de las grandes metrópolis), IULA (Unión Internacional de Autoridades Locales), FMCU-UTO (Federación mundial de ciudades unidas), Mercociudades (una red de ciudades de Mercosur), Eurocities (125 grandes ciudades europeas de 31 países), Telecities (Red temática de Eurocities), Conferencia de ciudades del Arco Atlántico, Eurexter (Asociación europea para la excelencia territorial), UICC (Unión islámica de ciudades y capitales islámicas) son sólo algunos de los ejemplos que ilustran el gran desarrollo que las redes de ciudades están adquiriendo en todo el mundo. Fenómeno que tiene mucho que ver con la evolución de las ciudades, el urbanismo y el modo de vida. Los datos confirman un espectacular alza de la población en las áreas urbanas. «La consecuencia es que, hoy en día, casi la mitad de la gente de este planeta vive en ellas» (39), porcentaje que, en Europa, se dispara hasta un 80% (40). Proporción que explica la aparición en 1999 de la Estrategia Territorial Europea (ETE) centrada en la búsqueda de una Europa más competitiva a través de un espacio más equilibrado y policéntrico en el conjunto del territorio europeo, de hecho, «aproximadamente un 70% de la legislación europea tiene un impacto sobre la vida de las ciudades». Lo que significa que no son las instituciones más próximas (Ayuntamientos, Comunidades Autónomas...) sino un Parlamento Europeo y un Consejo a propuesta de una Comisión quienes deciden sin tener un conocimiento directo de lo local

---

(38) INNERARITY, Daniel, *La sociedad invisible*, Madrid, Espasa Calpe, 2004, pp. 105, 108, 114.

(39) CONTI, Eduard, «La Red Metrópolis y la Red Telecities», en *Gobierno y gestión de las ciudades: una visión desde las dos orillas del Atlántico. IX Seminario sobre Gestión Pública Local*, Gijón, Ayuntamiento de Gijón/ Ediciones Trea, 2004, p. 162.

(40) ESCÁRCEGA, Mario y ORIHUELA, Marie-Ange, «El gobierno y la gestión de las ciudades. El papel de las redes de ciudades, *Ibidem*, p. 49.

y de cómo le afecta la normativa (41). Realidad que casa bien con la idea de BOURDIEU según la cual «la política no ha dejado de alejarse de los ciudadanos» (42). En un esfuerzo teórico, los impactos producidos por la intensidad de las redes han sido ordenados en cuatro clases cada uno de los cuales trae causa del anterior: mayor homogeneización cultural, acentuación de las características culturales originarias, descentralización creciente, imparable descentralización del Estado. Como indica GARCÍA ECHEVARRÍA estamos ante una realidad nueva, una «localización competitiva» en la que «el Estado verá reducir, cada vez más, su papel como gran distribuidor de competencias y se tendrá que concentrar más en aquellas funciones que le son características del ejercicio de su poder, dotar de un entramado al entorno empresarial que reduzca los costes de arbitraje» (43).

Pero más allá de ello, las redes acercan porque suponen la pertenencia a un espacio compartido y por ello fortalecen e intensifican la globalización que, vista desde aquí, es una nueva cultura, «la difusión de lo mismo» con la que se vive al mismo tiempo y se desean las mismas cosas. Resulta lógico si se acepta que «lo característico de nuestro mundo es la tendencia a la homologación». La diversidad propia de otras épocas queda irremediablemente eclipsada por el éxito de las franquicias, «franquicias con marca que marcan región tras región» (44). El éxito de la(s) marca(s) ha llegado a tal extremo en la economía globalizada del *continuum* que ha hecho surgir la duda «¿puede la propia ciudad convertirse ella misma en una marca?» (45). No nos son extrañas «la campañas que promocionan el perfil *high fashion* de Londres o que Barcelona se defina como la botiga més gran del món (la tienda más grandes del mundo)» (46) pero eso ya se ha sobrepasado. El proceso no terminó ahí. Es verdad que «los eslóganes y

---

(41) GÓMEZ, Jordi, «La red Eurocities», *Ibidem*, p. 140.

(42) BOURDIEU, Pierre, *Contre-feux 2. Pour un mouvement social européen*, Paris, Editions Raisons d'agir, 2001, p. 11. En realidad la voz del sociólogo francés no es la única que rechaza ese modo de hacer política comunitaria y estatal, de hecho él hace suya la crítica que Aline Pailler dirige al gobierno francés: «Es lo que hace el gobierno francés cuando se otorga el derecho de ejecutar por ordenanzas, fuera de todo control parlamentario, directivas europeas que a su vez son la traducción apenas disimulada de directivas de la Organización mundial de comercio», *Le Monde*, 4 de noviembre de 2000.

(43) GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, «La empresa y su entorno urbano» en *Ciudad e Historia: la temporalidad de un espacio construido y vivido*, *op. cit.*, pp. 164, 165, 167.

(44) VERDÚ, Vicente, «Local y global. La homogeneización del mundo», *Ibidem*, p. 111.

(45) MUÑOZ, Francesc, «Brandcelona: de la reconstrucción urbana al urban sprawl» en *La metaciudad: barcelona. Transformación de una metrópolis*, M. DEGEN y M. GARCÍA (Eds.), Barcelona, Anthropos, 2008, p. 169.

(46) PELLICER, Lluís, «La ciudades son clones», *El País*, 3-7-2008.

logos habían comenzado, como puros elementos de *marketing*, representando a la ciudad —como ocurrió con el famoso y longevo *I love NY*—, pero ésta ha acabado por convertirse en un soporte mismo para las marcas». De un lado el espacio urbano de hoy es un espacio «brandificado» pero se ha dado una vuelta de tuerca más «la conversión de la propia ciudad en una marca, en un brand». Barcelona nos servirá de ejemplo, largas y costosas campañas de imagen nos han hecho identificar Barcelona con lo mediterráneo hasta el punto de que decir Barcelona es decir «mediterraneidad», ésa es su imagen-marca. El modelo mediterráneo de ciudad, la forma compacta, densa y con gran diversidad de funciones y usos sería pues lo que cabría esperar a visitantes y residentes. Sin embargo no parece que sea así. Pese al discurso del urbanismo preolímpico y postolímpico en pro de la defensa del espacio público, la densidad de población y la compacidad propias de su modelo tradicional en la práctica nos encontramos para empezar con un divorcio entre el centro y la periferia de la ciudad como si ambas no formasen parte de la misma realidad, para cada una de ellas se proyecta y ejecuta un plan bien distinto. Frente a la «lógica de la reconstrucción» de los cascos urbanos de los años 80 y 90, paliativo a la política urbana franquista, la transformación del espacio del extrarradio nos depara «un crecimiento exponencial de la urbanización, con un consumo de suelo indiscriminado que revela una ocupación del territorio tanto o más salvaje que aquella que protagonizaron las operaciones de vivienda masiva de hace 40 años (...) Un territorio donde las manchas de aceite se van multiplicando a lo largo de autopistas y alrededor de rotondas (...) y que si a algún modelo nos recuerda es al del *suburb* norteamericano» (47). Un modelo cuyos inconvenientes no se reducen a los ambientales, por importantes que sean, dada su imposible sostenibilidad, la simplificación de la ciudad causada por su empeño en la homogeneidad social y funcional como criterios organizativos, la exclusión de los distintos y lo diferente conlleva un reduccionismo premeditado del «entramado de relaciones» que siempre significó la ciudad. Por lo que al mal de la «brandificación» del casco histórico habrá que añadir la «urBANALización» del espacio más que la urbanización del mismo, esto es, «territorios donde lo urbano sustituye a lo urbano» (48). Por lo que parece es para el desierto la prédica de Richard Sennett cuando afirma que puesto que «la igualdad anula la mente, la diversidad la estimula y la ayuda a crecer (...) las ciudades tienen el potencial de convertirnos en seres humanos más complejos» Y para ello nada como el consejo de Emmanuel Lévinas cuando pro-

---

(47) MUÑOZ, Francesc, *op. cit.*, p. 172 y 173

(48) MUÑOZ, Francesc, *op. cit.*, p. 174.



pugna la «buena vecindad de los desconocidos» (49). Pero en el olvido queda esa aspiración de ciudad para quienes lo complejo no es sinónimo de más completo sino de más conflictivo.

### III. LA CIUDAD COMO UTOPIA

«¡No penséis, mirad!», Wittggestein

Espero interpretar correctamente a Nietzsche al afirmar que la ilusión y las ficciones son necesarias para la vida en la medida misma en que lo es el error. No hay ninguna verdad que valga más que el error, tal vez porque siempre nos hayamos de mover en el terreno de la hermenéutica. Es un modo poco cómodo pero que, en definitiva, incorpora la ilusión en la existencia humana. La reclamación de lo posible y el repudio del determinismo es una de las vías expeditas para la esperanza. Muchas son las concepciones de hombre y ciudadano, tantas como épocas, pero en ninguna puede faltar su idea de proyecto. El sujeto es su proyecto. Eso explicaría porqué «a lo largo de la historia, el ser humano no ha parado de construir mundos ideales (...) podríamos decir que el ser humano es radical y constitutivamente soñador: si existe es porque sueña (...) Y toda su historia —la nuestra— es el relato de un interminable y a menudo doloroso conflicto entre sus sueños y sus circunstancias» (50), su realidad y su proyecto.

A menudo las ilusiones generadoras de confianza han adoptado la forma y fórmula de ciudad. Podría incluso hacerse una incursión histórica siguiendo únicamente la estela de ese sueño, el anhelo de Thomas Moro, la organización de los socialistas utópicos, los alardes de Haussmann, las conciliadoras ciudades-jardín, el racionalismo de la arquitectura moderna, o las pretensiones geométricas de los totalitarismos ...

¿Y hoy? Tras los embates de un consumismo reductor la ciudad territorio informe de uso comercial sacrifica en su favor funciones y dimensiones que antes le fueron más propias: cultura, arte, política... Todo por y para el mantenimiento de esta forma de vida: una especie de «apartheid planetario» donde los habitantes del privilegiado barrio Norte mantenemos un estilo de vida de imposible universalización y sostenibilidad. Por mucho que de vez en cuando, especialmente en Navidad y cada vez que una tragedia natural

---

(49) SENNETT, Richard, «El nuevo capitalismo, el nuevo aislamiento», *op. cit.* p. 58.

(50) GARCÍA INDA, Andrés y GONZÁLEZ ORDOVÁS, M<sup>o</sup> José, *Brazil, Diciendo no. Reflexiones ético-políticas de Terry Gilliam*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008, p. 21.

asola nuestro corazón a través del televisor, participemos de las tele-rifas de la solidaridad, remedo esperpéntico y patético del sentido de la justicia y la proporción.

Decía Walter BENJAMÍN que «todo menos las nubes había cambiado». Pues bien, por lo que parece, hoy hasta las nubes están cambiando, desde luego la ciudad mucho y muy rápidamente, pero ¿para que todo siga igual o para que sea diferente?

En todo caso sería demasiado fácil y simplificador echar la culpa de nuestros males a la ciudad. Es la sociedad la que crea y recrea el espacio a su imagen y semejanza. O dicho con mayor precisión «los sucesivos modelos económicos y sus fases se adaptan inicialmente a la base territorial existente y articulan una estrategia para adaptarla de forma paulatina a sus necesidades» (51). En realidad no debería sorprendernos demasiado la evolución sufrida por la ciudad desde la extensión del capitalismo como tal. Como nos recuerda el profesor Sevilla, si algo establecieron con rotundidad sociólogos de la talla de WEBER o SIMMEL fue que el capitalismo suponía, más allá de otras consideraciones de índole estrictamente económica, «la racionalización de todas las dimensiones vitales» y que desde luego incluye «la racionalización de las relaciones sociales en el espacio y el tiempo». A lo que deberíamos añadir que por tratarse de una racionalización instrumental ambos condicionantes espacio y tiempo se convierten en herramientas de provecho económico de forma inmediata y lo que es más importante, en elementos sobre los que imprimir un modelo social normalizado a través de su configuración material concreta que vendrían a través de la interiorización de ese modelo urbano como único modelo posible, esto es, una urbanización de nuestra conciencia y experiencia

Con la creación de la ciudad instantánea y desmesurada por lo que hemos optado hemos exiliado a un tipo de ciudad cuyo concepto relacionábamos con la plaza pública y la vida en la calle. Y aunque es verdad aquello que decía el poeta de que «cualquier tiempo pasado nos parece mejor» y pueda haber un poco o un mucho de carga nostálgica que no va necesariamente acompañada de verdad, lo que parece incuestionable es que el modelo actual responde a la producción en serie característica de nuestro sistema económico y por tanto sin atributos propios. (De hecho, creo que nos resultaría difícil averiguar por qué ciudad europea paseamos si nos alejan de

---

(51) SEVILLA BUITRAGO, Álvaro, «La ciudad y el eclipse de la experiencia. Notas para una historia crítica de la ordenación territorial», *Polis*, ([www.revistapolis.cl/index/htm](http://www.revistapolis.cl/index/htm)), nº 20. *Ciudad, espacio y flujos* (2008).

su casco histórico. Ni siquiera las diferencias climáticas han sido capaces de convencer a los arquitectos que no es igual vivir en Córdoba que en Oviedo, poco parecen importar vistos los grupos de edificios que pueblan las afueras de ambas ciudades, por ejemplo).

Cómo iba a ser de otro modo (vuelve recurrentemente la idea anterior): a un pensamiento único sólo puede corresponder una única ciudad, y no una ciudad única. En ella el reparto espacial (cuánto y dónde) proporciona por sí mismo «una reorganización depurativa del espacio social», donde el mecanismo de filtrado llega a través de la selección y exclusión introducido por el precio de la vivienda. Podría rebatírse que siempre fue así y es cierto que tal característica ni es privativa ni original de la ciudad de hoy pero sí habría que reconocerle a nuestro paradigma urbano el mérito de afinar en el proceso de exclusión, ser algo así como la «encarnación de una visión neo-darwinista» (52). Con «su clasificación de los individuos en los nichos espaciales que socialmente les son asignados de un modo más conveniente a esa reciente polarización, bien mediante la producción de nuevas formas espaciales segregadas (urbanizaciones cerradas, enclaves elitizados, procesos de suburbanización popular para los medianos ganadores, etc), bien por la reestructuración más o menos traumática del espacio social de la ciudad consolidada (elitizaciones de diverso alcance, aparición de espirales de degradación y formación de sumideros o ghettos, etc)» se ha conseguido «depurar las lógicas del viejo espacio las lógicas del viejo espacio social heredado del paradigma anterior (relativamente continuo y variado)» (53).

En esa reformulación de la ciudad tradicional la hiperespecialización y la homogeneidad han hecho bascular algunos de los conceptos claves de la urbanística, así al propiciar un espacio unifuncional de grandes dimensiones se ha vetado su accesibilidad a las personas como tales que pasan a depender de las redes de comunicación para llegar a ellos a bordo fundamentalmente de automóviles de modo que la clásica idea de proximidad se ha visto sustituida por la de accesibilidad. Esas redes de comunicación que ya no se corresponden con las redes topológicamente jerarquizadas de las viejas áreas fondistas sino con «una retícula mallada e isótropa (...) cuyo modelo es el de la ciudad dispersa norteamericana (Houston; L.A. Phoenix) provocan por sí mismas efectos de gran calado en el paisaje urbano como una dinámica de

---

(52) Hago mía la expresión que BOURDIEU utiliza para referirse a nuestra sociedad aplicándola, por mi parte, a su espejo: la ciudad. Cfr. *Contre-feux 2*, op. cit., p. 30.

(53) DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, Eduardo, «Nuevas formas y procesos espaciales en el territorio contemporáneo: la ciudad única», op. cit.

flujos propia, así como discontinuidades y vacíos en el espacio que a la postre suponen «la potencia atractiva de algunos canales que excitan al territorio sobre el cual discurren, induciendo al desarrollo de éste (...) mientras otros canales tiene un efecto repulsivo, actuando como bordes o fronteras (...) fenómeno que denominaremos polarización» (54).

HABERMAS lo dijo así en 1985: «Cuando se secan los oasis utópicos, se extiende un desierto de banalidad y perplejidad». Innerarity, va más allá y en 2004 habla ya de «época postutópica». Esa época, la nuestra, basada en una falta de energías utópicas revela la ausencia de esperanza en el futuro y probablemente de ahí venga una rememoración patrimonialista e instrumental del pasado. De modo que, por paradójico que pueda resultar, «la defensa de las tradiciones y la historia constituye hoy una apuesta por un modelo de futuro.» Este modo de entender el patrimonialismo ha alcanzado en los últimos años un auge destacable y enlaza con la tradición antimoderna por su resistencia a lo nuevo y su anhelo de retener el pasado convirtiendo la ciudad en un museo (55). Claro que no es fácil vivir y asumir una crisis del lugar y de los parámetros temporales, ¡cómo va a serlo!, «se han acabado la mayoría de los puntos de referencia constantes y sólidamente establecidos que sugerían un entorno social más duradero, más seguro y más digno de confianza que el tiempo que duraba una vida individual» (56).

¿Qué nos queda? Tal vez la «utopía racional» a la que se refiere BOURDIEU (57). Un voluntarismo y sereno inconformismo que clama por el mantenimiento mismo de la ciudad como lugar de encuentro, lugar de sociedad, consciente de la necesidad de que la ciudad esté «unida a la utopía de una 'humanidad humana' que se proyecta tanto hacia Occidente como hacia Oriente. Quizá más ampliamente de lo que pensara Max WEBER. Desde luego no es un problema meramente 'cultural', ni folclórico, como se empeñan en creer los 'rehabilitadores'. La ciudad nació como hogar de libertades, de pactos, de participación, y convertirla en decorado es una traición a su espíritu originario. Una traición que se pagará caro» (58). ¡Qué menos! ¿Acaso no hubo en el pasado visiones utópicas que trataron de «argumentar, de justificar, de sugerir, de proponer, de presionar a los poderes públi-

---

(54) DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, Eduardo, *Ibidem*.

(55) HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Javier, «Movimiento patrimonialista y construcción de la ciudad» en *Ciudad e Historia. La temporalidad de un espacio construido y vivido*, op. cit., p. 43.

(56) ZYGMUNT BAUMAN, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, tr. J. ALBORÉS, Madrid, Siglo XXI, 2003, p. 58.

(57) BOURDIEU, Pierre, *Contre-feux 2*, op. cit., p. 23.

(58) MARTÍN SANTOS, Luis, *Presentación de la ciudad*, op. cit., p. XVIII.

cos»? (59). ¿No se hicieron las ciudades a base de aproximaciones utópicas en busca de un lugar (topos) donde emplazarse?

Decidimos porque el ornamento era un delito (60), reducir la belleza de nuestras vidas, a la contemplación inanimada de los museos. Se despreció lo que el arte podía hacer por nosotros. Eliminada así la emoción del trayecto urbano el recorrido se convierte en mero tránsito del que lo mejor es su brevedad, cuando resulta que el empobrecimiento del ambiente en que nos desenvolvemos menoscaba, por supuesto, todo lo demás. «En el mundo de hoy recobra actualidad la consideración aristotélica de un ambiente integrado, que debe perfeccionarse a favor del pleno desarrollo de las necesidades humanas (...) La integridad del ambiente humanizado ya no puede estar garantizada por la tradición (al parecer tampoco por el mercado), sino que está confiada a la aventura del pensamiento crítico que debe comparar y corregir continuamente sus decisiones» (61). Corrección que, a la vista de los resultados, se ha pasado por alto durante mucho tiempo y en la que, sin embargo, habría que afanarse ante la certeza de que la vida armoniosa de todo el espacio físico no será extraña a la del cuerpo social. El urbanismo que da o quita sentido de pertenencia tampoco puede limitarse ni entregarse a las firmas estelares de grandes arquitectos que imprimen su huella en la ciudad, más apreciada cuanto más exclusiva. La ciudad es una experiencia colectiva en la que hemos de vivir con la total sensación de que compartimos espacios, situaciones, normas... «Indudablemente, en la ciudad es donde el discurso de la rivalidad, del desafío, es más duro» (62) por eso resulta tan primariamente atractivo el discurso y la práctica de la exclusión y del neo-darwinismo. Pero quienes diseñan ciudades zonificadas y dispersas y quienes encargan edificios espectaculares a los que se les demanda el reencuentro con la identidad no debieran pasar por alto que en ese proceso permanente de formación social «me construyo junto a los otros pero también con ellos (...) Estoy hecho de todos esos otros como ellos están hechos de mi» (63).

---

(59) FERNÁNDEZ DE ROTA Y MONTER, J. Antonio, «Papel de la interpretación de la Historia en los proyectos de una ciudad: Betanzos», en *Ciudad e Historia. La temporalidad de un espacio construido y vivido*, op. cit., p. 195.

(60) Como se ve nos servimos del título de la famosa conferencia de Adolf LOOS «Ornamento y delito», pronunciada en 1908.

(61) BENÉVOLO, Leonardo, *La ciudad europea*, tr. M<sup>a</sup> PONS, Barcelona, Crítica, 1993, pp. 228 y 230.

(62) BRUCKNER, Pascal, *La tentación de la inocencia*, tr. Thomas KAUF, Barcelona, Anagrama, 2005, p. 35.

(63) *Ibidem*, p. 40.

# JERARQUÍA COMO COMPETENCIA EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA

*SUMARIO: I. ORGANIZACIÓN PÚBLICA Y SUBORDINACIÓN DEL FUNCIONARIO.— II. JERARQUÍA Y AUTORIDAD.— III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ÉTICA: EL DIRECTIVO PÚBLICO.— IV. AUTORIDAD.— V. COMPORTAMIENTOS POLÍTICOS EXCLUSIVOS DEL PODER LEGAL.*

*RESUMEN:* Se destaca la importancia del capital humano dentro de la organización pública. Analiza al empleado público, pero también al gerente, junto a los poderes característicos del sistema burocrático y los que concurren realmente en toda organización. Y todo ello en un marco jurídico en donde es evidente la pérdida de protagonismo de la persona en beneficio de la gestión.

*Palabras clave:* organización pública; dirección; burocracia; poderes en la organización.

*ABSTRACT:* It's emphasized the importance of the human capital inside the public organization. It's analyzes to the civil servant, but also to the manager, the power typical of the bureaucratic system and those powers taking part in any organization. And all this in a juridical frame in where is evident the loss of prominence of the person in benefit of the management.

*Key words:* government; management; bureaucracy; powers in administration.

## I. ORGANIZACIÓN PÚBLICA Y SUBORDINACIÓN DEL FUNCIONARIO

Ignacio de Loyola en 1553 distinguía entre «la obediencia que sufre la voluntad del jefe», «la obediencia que se une a esa voluntad» y «la obediencia que se inspira en la misma intención que el jefe». Para Ignacio, sólo esta última es verdaderamente feliz. Y veremos, cómo esta opción es la que aún hoy, en los albores siglo XXI, se trata de implantar en las organizaciones para una mayor eficacia administrativa.

La jerarquía es un principio de organización que determina una ordenación específica de diversos órganos con la misma competencia material en el seno de una organización produciendo relaciones orgánicas de subordinación y dependencia entre ellos (1). Su origen deriva del Derecho Canónico en el que se perfila como gradación entre los sujetos eclesiásticos con determinada potestad de orden, magisterio o jurisdicción. La idea de *primacía jerárquica*, extraída «del primado del Apóstol Pedro», y proviene, a la vez, la intensidad del vínculo (2). Por ello cabe una primera aproximación a su definición: Jerarquía es *poner función jerárquica*, el ejercicio del poder (3) configurándose en el ámbito civil por el derecho público francés e italiano si bien con distintas proyecciones. Mientras que en Italia domina el concepto amplio de sistema de organización del Estado, en la francesa, se asocia al del complejo de órganos ordenados con tal sistema. La jerarquía queda de esta manera identificada con la centralización. Y de estas concepciones han surgido las nociones de *principio, ordenamiento y relación jerárquica* y, recientemente, en lo que a nosotros nos atañe, desde una perspectiva subjetiva, la de *autoridad y poderes jerárquicos* (4). En cualquiera de los casos, la teoría de la jerarquía es válida no solo para la teoría de la organización sino también para la teoría de las normas (5).

Y desde estas concepciones han surgido las nociones de *principio, ordenamiento y relación jerárquica* y, recientemente, en lo que a nosotros nos atañe, desde una perspectiva subjetiva, la de *autoridad y poderes jerárquicos* (6). En cualquiera de los casos, la teoría de la jerarquía es válida no sólo para la teoría de la organización sino también para la teoría de las normas (7).

La doctrina alemana, entre ella, Otto MAYER, remitió el derecho de la organización al derecho político sobre la circunstancia de que los principios

---

(1) PAREJO ALFONSO, *La Organización administrativa en general*, Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1982, pp. 75-6.

(2) GASCÓN HERNÁNDEZ: *Homenaje a Gascón y Marín*, 1952, p. 59.

(3) MÉNDEZ, A., *La Centralización: conceptos y elementos*. Revista de Administración Pública, 1971, 65, p. 23.

(4) DE VALLES, A., *Teoría Giuridica dalla Organizzazione dello Slato*, CEDAM, Padova, 1931, vol. I, pp. 270-8.

(5) SERRANO DE TRIANA, A., *La fragmentación del Derecho administrativo español*, «Revista de Administración Pública», 1994, 135, p. 230.

(6) DE VALLES, A., *Teoría Giuridica dalla Organizzazione dello Slato*, CEDAM, Padova, 1931, vol. I, pp. 270-8.

(7) SERRANO DE TRIANA, A., *La fragmentación del Derecho administrativo español*, «Revista de Administración Pública», 1994, 135, p. 230.

y preceptos cuyo objeto es la organización de la Administración no ejercen ningún efecto en el sentido de obligar a la colectividad y que ésta es una propiedad que la comparte con el derecho constitucional (8). Sin embargo, como apunta Fosthroff, las implicaciones sociales de la propia Administración operan en relación de medio a fin, encontrándose en la imperiosa necesidad de cambiar radicalmente los primitivos postulados.

Una vez instaurado el constitucionalismo se implanta en el Poder ejecutivo como principio organizativo. La jerarquía opera en las relaciones internas de una organización y supone una derivación lógica del principio de separación de poderes y de residenciar la Soberanía en el Poder legislativo sin que exista interferencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder judicial (9).

España posee una Administración en donde la jerarquía prima con toda su intensidad, es una Administración burocrática de corte weberiano, planificador, de programación y delimitación de fines (10).

El art. 103.1º CE aborda la jerarquía como principio de funcionamiento de la Administración Pública y de ello deriva la asignación de un ámbito de responsabilidad formal a cada una de las posiciones, titulares de entes, que integran esa escala cuyo contenido se centra en el deber de cumplir y la potestad de hacer cumplir sus mandatos. Por otro, como apunta GONZÁLEZ NAVARRO, la atribución a cada titular de esos entes del deber de cumplir y la potestad de hacer cumplir determinadas funciones (11). FORSTHOFF con remisión a Thon (12) distingue en la teoría del Derecho de la Organización una necesidad y es la que la norma jurídica general, la norma de conducta, necesita una seguridad organizada de su cumplimiento. Y es para esto para lo que sirve la coacción, cuya finalidad es garantizar una conducta ordenada conforme a la norma (13). Por ello, es lógico, que VON MISES calificase como coactiva una de las varias funciones de las Administraciones Públicas, bien sean *ad extra*, a la sociedad o *ad intra*, a sus funcionarios.

---

(8) FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p.547.

(9) MUÑOZ MACHADO, S., en *Diccionario de Derecho Administrativo*, t. II, dir. MUÑOZ MACHADO, S., Iustel, 2005, p. 1414.

(10) Vid. MOREY JUAN, A., *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, MAP, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, p. 91.

(11) GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Diccionario de Derecho Administrativo*, t. II, dir. MUÑOZ MACHADO, S., Iustel, 2005, Madrid, p. 1411.

(12) THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht.*, 1878.

(13) FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 555.



En la doctrina española la evolución del principio de jerarquía comienza con la posición de SANTAMARÍA DE PAREDES, definiéndola como la *serie de órganos que ejercen el poder ejecutivo armónicamente subordinados y coordinados para hacer compatible la unidad con la variedad de los mismos*, implica que la jerarquía constituye un principio o, por mejor decir, una manera de disposición de los órganos administrativos, de suerte que resulte armonizada la variedad de los mismos con el dogma de unidad (14). Para JORDANA DE POZAS, se considera como principio que reduce a unidad la mayoría de órganos administrativos, logrando entre ellos coordinación y subordinación. Posteriormente GASCÓN HERNÁNDEZ (15) enumera como principios jurídicos de organización los de unidad, competencia y jerarquía. Según él, la unidad y la competencia vienen a ser la tesis y antítesis que alcanzan su síntesis en el principio de jerarquía, pero a renglón seguido expresa sus dudas sobre el valor de esta trilogía de principios de organización. Tal vez, dice, el principio de competencia no exista y el principio de unidad sea más bien un principio político, y ambos principios puedan englobarse en el principio de jerarquía. Considerándolo un *Tu es Petrus*. GARCÍA TREVIJANO expone su clásica teoría sobre los principios de organización, entre ellos: el de competencia, jerarquía, descentralización (autarquía-autonomía) y colegialidad (16).

Sin perjuicio de mencionar doctrinas que niegan la existencia de un poder jerárquico, v.gr.: DI MALTA, pero sí la existencia de un haz de facultades que órganos superiores detentan sobre los inferiores (17). Hoy, los autores, desde un aspecto interorgánico, la definen como *la especial estructuración que se efectúa de los distintos órganos de un mismo ramo de la Administración dotados de competencia propia, mediante su ordenación escalonada, en virtud de la cual los superiores podrán dirigir y fiscalizar la conducta de los inferiores, resolviendo, en su caso, los conflictos entre los mismos, al objeto de conseguir la unidad en la actuación de todos ellos* (18).

La organización jerárquica consiste en un doble orden de operaciones, unas atinentes a dividir entre las unidades orgánicas que integran cada esca-

---

(14) GASCÓN HERNÁNDEZ, J., *Jerarquía y relaciones humanas en la función pública*, «Revista de Administración Pública», 1962, 39, p. 222.

(15) GASCÓN HERNÁNDEZ, J., *Estudios en homenaje a Gascón y Marín*, Madrid, 1952, p. 57.

(16) GARCÍA TREVIJANO, *Principios jurídicos de organización administrativa*, Madrid, p. 1957.

(17) DI MALTA, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, París, 1961, pp. 61 y ss.

(18) Vid. ENTRENA CUESTA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, en «Organización administrativa», v. 1/2, 12ª Edic., Tecnos, Madrid, 1998, p. 75 y CAZORLA PRIETO, *Temas de Derecho Administrativo*, 3ª Edic., Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1983, p. 526.

lón o nivel horizontal (departamentalización) y entre los puestos de trabajo que integran cada unidad (distribución o reparto de tareas); otras, que establecen relaciones de autoridad-responsabilidad (jerarquización) (19).

Desde un prima empresarial, la jerarquía es una estructura cuya misión normal dentro de una colectividad organizada es descentralizar la autoridad y las responsabilidades entre todas las ramificaciones funcionales que colaboran para el buen logro de sus fines. Recíprocamente, la jerarquía facilita la centralización de informaciones relativas a las actividades y a la vida de la colectividad. En la jerarquía cada individuo está subordinado a otro y tiene mando sobre otros subordinados (20)

Como presupuestos de la jerarquía diferenciamos:

- a) Pluralidad de órganos con competencia material coincidente de modo total o parcial y escalonados por razón del grado en la estructura organizativa y
- b) Reconocimiento de la prevalencia de la voluntad del órgano de grado superior sobre la del grado inferior en relación con un mismo asunto.

Dado el objeto de estudio centraremos la problemática en ese segundo aspecto: la determinación de las relaciones de autoridad-responsabilidad; lo que obliga a definir el contenido de la relación jerárquica, desplegándose un amplio elenco de facultades, entre ellas (21):

- a) El poder de impulso de la actividad de los órganos inferiores y la dirección de la misma, art. 21 de la Ley 30/1992.
- b) El poder de inspección y de vigilancia sobre la actividad de los inferiores, art. 79 de la Ley 30/1992
- c) El poder de suplir a los titulares de los órganos inferiores.
- d) El poder de operar transferencias en el ejercicio de competencias respecto a los órganos inferiores, arts. 13 y 14 de la Ley 30/1992.
- e) El poder de control sobre la actuación de los órganos inferiores, art. 79 de la Ley 30/1992.

---

(19) GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, cit., pp. 331-2.

(20) Jean DUBAS y Joseph DUPIN DE SAINT-CYR, *Organización de los servicios administrativos*, en «Enciclopedia de la empresa moderna», T. 9, Deusto, Bilbao, 1968, p.68.

(21) Cfr. MORELL OCAÑA, L., *Derecho de la Organización Administrativa*, cit., pp. 96-7 y GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, cit., pp. 335-6.

- f) El poder de resolución sobre conflictos de atribuciones de los órganos inferiores, art. 20 de la Ley 30/1992 (22).
- g) La facultad disciplinaria sobre los titulares y funcionarios de su órgano (23).

Si nos fijamos bien la relación jerárquica no precisa de una concreción normativa para cada una de las facultades que puede requerir la orden del superior sino que la atribución que la jerarquía atribuye es global, amplia, omnimoda (24).

Todos estas facultades tienen su reverso en el deber de respeto, obediencia y acatamiento de las órdenes dadas a los inferiores. No olvidemos, como apunta PARADA VÁZQUEZ, que el principio de jerarquía ha sido entendido en las organizaciones públicas como una aplicación del régimen militar (25). Y esto aún cabe verificarlo hoy en donde en algunas Dependencias provinciales y Direcciones de servicio se asimilan más a una escuela de artillería que a una moderna unidad administrativa sumidas por la política de la calidad y el cumplimiento de objetivos.

La jerarquía y la potestad reconocida al órgano administrativo, genera la responsabilidad al titular por su mal uso. Circunstancia no siempre clara aunque pudiera parecer algo apodóctico. Y ello conviene aclararlo para un posible ejercicio en el foro jurisdiccional para exigir responsabilidad, sea administrativa, sea penal, ya que la responsabilidad civil es absorbida por la administrativa. Y ello sobre una interpretación sistemática con los antecedentes legislativos, principalmente con la Ley 4/1999, de 13 enero de modificación de la Ley 30/1992 de RJAPPAC, cuya Disp. Derogatoria única, deroga la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

Porque esa unión entre persona jurídica pública y persona privada es inextricable. Es pacífico en la legislación y en la doctrina no considerar a las personificaciones jurídicas públicas la cualidad de persona física. Y todo ello, porque la relación orgánica quiere que el titular de la persona jurídica forme

---

(22) PAREJO ALFONSO, L., *La Organización administrativa en general*, cit., p. 78 y ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 76-7.

(23) Vid. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, cit., p. 38.

(24) GARCÍA LLOVET, E., *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, «Revista de Administración Pública», 1993, 131, p. 77.

(25) PARADA VÁZQUEZ, R., *La degeneración del modelo de función pública*, Conmemoración 50 Aniversario «Revista de Administración Pública», 1999, núm. 150, p. 441.

su voluntad psicológica de querer y que inmediatamente después de formada se transforme en voluntad de la Administración (26). (Existió, no obstante, en la época romana, los *officia* impersonales de la magistraturas orgánicas, concebidas como centros abstractos de competencias totalmente independientes de las personas de sus titulares).

De este modo, el art. 7.2º de la LOFAGE, Ley 6/1997, declara que *los jefes de las unidades administrativas son responsables del correcto funcionamiento de la unidad y de la adecuada ejecución de las tareas asignadas a la misma.*

E igualmente el art. 81.1º del Decreto 315/1964, de 7 febrero que aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, en vigor en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público, Disp. Derogatoria Única. b), prevé que *los funcionarios son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo.*

Funciones todas ellas que, aún reconocidas al órgano, es ejercitado por el titular del mismo y por ello corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización. En el supuesto de infracción de derechos fundamentales deberá interponerse el recurso por el cauce del Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, ex arts. 114 y ss. Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en relación con las siguientes resoluciones: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Burgos de 11 de abril de 2003 (27), Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid núm. 18 de 24 de octubre de 2003 (28), STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 24 de diciembre de 2003 (29), STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso Administrativo de 10 de junio de 2004 (30) y STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de septiembre de 2004 (31), entre otras.

Pertenece el principio de jerarquía al modelo de Administración burocrática analizada por Weber, encontrándose vigente en la totalidad de Adminis-

---

(26) GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, EDERSA, Madrid, 1967, p. 209.

(27) Inédita en los repertorios de jurisprudencia.

(28) RJCA 2003,1026.

(29) Recurso Apelación 1/94/2003.

(30) RJCA 2004,489.

(31) RJCA 2004, 1155.

traciones del mundo desde tiempo inmemorial (32). Sin embargo, en la actualidad, este principio va modulándose en atención a otras técnicas, identificadas hoy como ciencias, que inciden, del mismo modo, en la organización, véase la Gerencia o el *Management*. Pero estas técnicas, como veremos, topan con imponderables que las entorpecen. Entre otros motivos la máxima de que nadie puede ser un buen burócrata y un innovador es una gran verdad. Y ello se fundamenta, como apunta Mises, porque el progreso es precisamente lo que los estatutos y reglamentos no han previsto, queda necesariamente fuera de la actividad de la burocracia (33). Pero además, al Estado le es cómodo la organización burócrata, con independencia de sus resultados, porque la obediencia a la ley, el sometimiento a la costumbre y a la tradición es la primera de las virtudes que aprecia y valora como situación que evita problemas de gestión.

En los últimos años somos testigos de una profunda devaluación del principio de jerarquía con un desprecio nada disimulado a preservar su operatividad. Las razones obedecen a distintas causas: sociológicas, políticas (sindicales) y por la consciencia del funcionario de su relevancia en la organización. Una inercia difícil de frenar desde una posición ortodoxa, aún siendo la Administración una organización, y que la jerarquía es uno de sus elementos constitutivos, en donde la estructura piramidal de mando es innata a su propia existencia y a sus antecedentes históricos. Sin embargo hay que distinguir entre el mero y simple empleo de la potestad de mando sin mayor relevancia, es decir, el simplismo organizacional basado en la coacción sobre los subordinados y otra muy distinta la modulación de este principio en atención al elemento humano de la organización, que fundamenta la gestión de consenso, la gestión racional. Ese giro conductual de los funcionarios es consecuencia del sentimiento de pertenencia a una organización y esa identificación provoca sus ansias de contribuir a los fines fijados ¿La razón de esta metamorfosis? Posiblemente se deriven de los derechos fundamentales que la CE reconoce a la persona y al empleado público y que se impone sobre cualquier organización, pública y privada. Esta percepción se manifiesta con más saturación en las Administraciones Públicas en donde el elemento moral es quizás el más importante de la misma y en donde la dignidad, la autoestima profesional y la propia dimensión personal del funcionario tiene ras-

---

(32) ÁLVAREZ RICO, M., *Consideraciones en torno a los principios de organización de la Administración pública en la nueva Constitución española*, «Revista de Administración Pública», 1979, 89, p. 402. Vid. DE DIOS, S., *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

(33) Von Mises, L., *Burocracia*, cit., p. 95.

gos diferenciadores con otras organizaciones. Y ello deriva del vínculo de permanencia, prácticamente inalterable, que a contrario de lo que opinan algunos, generan estos sentimientos que determinan la propia consciencia del individuo.

La jerarquía desde un ámbito psicológico y sociológico no ha sido bien considerada. Ha sido causa de ineficacia en el servicio público, genera servilismo, conformismo, nepotismo y cómo no, acoso moral como medio de sometimiento de funcionarios al dictado del superior o la expulsión del funcionario de la organización, ex officio por la Administración Pública, o *motu proprio*, sea a través de renuncia, excedencias, traslado geográfico o traslado funcional a otras administraciones en el mismo territorio.

Desde el ámbito político liberal, la jerarquía se justifica como un medio para alcanzar el fin que es la consecución del interés general. Sin embargo, ello es rechazado por la doctrina marxista y liberal cuestionando la legitimidad de la burocracia misma (34). Ante este hecho, se buscaron formas alternativas y, entre ellas, el denominado *modelo participativo* generando la Administración participada. Hoy, en cambio, la Gerencia o el *Management*, como ciencia, se impone, superando otras tesis.

Precisamente este modelo de gestión trata de aumentar la eficacia potenciando el elemento humano, y es esta premisa el centro del *management* público que hoy se intenta aplicar en la Administración teniendo como obstáculos más poderosos la cultura de la organización y los valores que el funcionario ha asumido en sus años de carrera administrativa. Y ello, hay que decirlo, es un importante obstáculo en tanto el sistema queda amordazado por el inmovilismo innato de la organización y la inexistencia de una carrera administrativa directiva. No hay que olvidar como máxima de experiencia, es decir, algo comúnmente conocido, las iras que levanta un cargo cesado, muchas veces sin saber el motivo cierto.

PARADA VÁZQUEZ, referencia el rechazo de lo jerárquico en beneficio de la coordinación y cooperación buscando el consenso. Junto a ello la debilidad de una potestad disciplinaria inoperativa e incluso en ocasiones, deficiente, lo que ocasiona un atentado a la existencia de esta potestad y proporciona, para el estudioso de la organización, de modo significativo, una idea de lo que el principio de jerarquía importa a los titulares del mismo.

---

(34) CHEVALLIER-LOSCHAK, *Science Administrative*, París, 1978, pp. 181 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ (35) recogiendo la tesis de Alejandro NIETO denuncia la ignorancia existente hoy entre *jerarquía* y *dictadura* confusión explicada por el rechazo que causa ésta, proscrita implacablemente del mundo de los valores en uso. Aunque en cambio, otras formas de totalitarismos son aceptados socialmente en lo que supone una paradoja difícilmente creíble. E incluso no solo son admitidos sino, desgraciadamente, temidas, con una lesión flagrante de principios esenciales constitucionales.

Esta situación queda evidenciada en nuestro ordenamiento, concretamente en el CP: los antecedentes legislativos del ilícito penal que castiga la desobediencia de funcionario público, vigente art. 410, se inclinaban más hacia el principio de autoridad o jerarquía que el de legalidad junto a una tolerancia con el funcionario que cumple órdenes sabedor que éstas son ilegales (36). Hoy en cambio, el sometimiento al principio de legalidad es un mandato constitucional, art. 25 CE, habiéndose desbordado su interpretación jurídica y judicial con una superación razonable de aquellas ordenes que posean apariencia de principio jerárquico del art. 103 de la CE.

Bajo esta situación la búsqueda de acuerdo entre las partes puede resultar en ocasiones peligroso, si a eficacia nos referimos, cuando no se alcanza y cuando la psicología del funcionario rechaza *a priori* las órdenes dadas por el superior cuando ve frustradas sus expectativas o intereses o se cuestiona, simplemente, la orden. No olvidemos que cualquier organización, en el ámbito periférico para no mostrar una mayor confusión de grados jerárquicos, cualquier Dirección, Delegación o Jefatura Provincial está compuesta por diversas unidades administrativas con un número determinado de personal adscrito a las mismas. Esa diversificación de unidades no favorece concebir y asumir a la Dirección como órgano único sino como suma de distintas unidades estancas con gestiones diferenciadas. Esta premisa, muy frecuente, y la imposibilidad de integrarlas en un proyecto unitario —sobre todo cuando el gestor carece de competencias para ordenar la composición de su equipo directivo, caso frecuente en la Administración española— es causa del fracaso directivo y del fracaso de las estrategias desplegadas para alcanzar los objetivos públicos asignados.

La jerarquía, según TREVIJANO, es un criterio general de aplicación y estructuración de la función pública. Presupuesto de orden orgánico de coordina-

---

(35) GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, cit., pp. 333, con remisión a Alejandro Nieto, en *La jerarquía administrativa*, «Documentación Administrativa», 1992, 229, p. 12.

(36) Vid. QUINTERO OLIVARES y VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 1ª Edic., Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1153.

ción y subordinación permanente, se erige en sustrato de la relación de sujeción especial del funcionario público, que fundamenta posteriormente la potestad disciplinaria. No olvidemos que la determinación del régimen funcional, con los derechos y deberes de los funcionarios públicos es una cuestión de organización. Se derivan de estas definiciones dos vertientes esenciales para calibrar la dimensión de este principio:

- A) Vertebrar el principio de eficacia administrativa como elemento teleológico de cualquier organización pública.
- B) Justifica la potestad organizativa y directiva de la Administración Pública. Elemento este que habrá que razonarse con más profundidad en la actualidad, en donde la situación de preeminencia administrativa se atempera por la concurrencia de derechos fundamentales.

## II. JERARQUÍA Y AUTORIDAD

Lo que produce la jerarquía es la autoridad, aunque organizacionalmente existen diversas clases de poderes:

1. Poder legítimo. Se llama así a la capacidad de una persona para influir en los demás.

Von Mises alude que el Estado es, en esencia, un aparato de compulsión y coerción. Su rasgo característico consiste en compeler mediante la aplicación o la amenaza de la fuerza a portarse de manera distinta a la que se quisiera (37). No hay duda que la jerarquía participa de la naturaleza compulsiva del Estado empleador frente a los funcionarios empleados que no cumplan sus ordenes o las cumplan de forma diferente —que no perjudicial— a cómo aquél quisiera. Los matices son indistintos cuando de utilizar la potestad disciplinaria se trata y cuando se utiliza como medida de coerción para reprimir pretensiones fundadas en Derecho contra el abuso de poder. Denunciando *exceso de poder* o *desviación de poder*, si lo preferimos, caprichos de poder en definitiva. Consentidos y admitidos por los superiores con lo que la imparcialidad administrativa quiebra, se desvanece la objetividad y con ello el apartado administrativo se convierte en predador de funcionarios, por las razones que sean. Es la democracia en estado puro. La democracia con vocación totalitaria empleando el miedo como válida herramienta de gestión.

---

(37) Ludwig VON MISES, *Gobierno Omnipotente (en nombre del Estado)*, Unión Editorial, Madrid, 2002, p. 79. Versión norteamericana de 1944: *Omnipotent Government. The Rise of Total State and Total War*, Yale University Press, 1944, trad: ELGOIBAR, P.



Empleando sus recursos compulsivos *en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan, expolían y humillan protegidos por la Ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Éste es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho* (38).

Por ello aunque habitualmente no suele utilizarse esta metodología en la explicación de jerarquía la conexión *jerarquía y potestad disciplinaria* se unen, prácticamente confundándose. Véase por ejemplo, el art. 7.1º.a) RRDFP de 1986 que configura la falta grave de obediencia debida a los superiores y autoridades.

Este ilícito administrativo protege el principio de jerarquía del art. 103.1º CE como garante de la eficacia organizativa de la Administración Pública, como sancionan las SSTC 10 de octubre de 1983, FD tercero;

«Según la Constitución en su artículo 103.1, la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, y este principio institucional se convierte en deber “de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos” para los funcionarios sujetos al Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17 de julio de 1975, según su artículo 184. De modo coherente con tal deber, el artículo 207 del mismo Reglamento considera como faltas graves, en su apartado a), “la desobediencia o irresponsabilidad a los superiores o autoridades”, y en el c), “las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisiones de los superiores”. La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía, al que pertenece como Inspector el recurrente, y la misión que el artículo 104.1 CE atribuye, entre otros, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en vulneración a ese respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial. Todos los derechos, al ser ejercidos, entran en concurrencia con otros bienes y derechos también dignos de tutela. El normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén “sujetos en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación” [...] para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y deberes de los citados ciudadanos que el artículo 104.1 CE atribuye a las fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre los que se encuentra el Cuerpo Superior de Policía, y esos bienes jurídicamente protegidos se pondrían en peligro si en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión los funcionarios del citado Cuerpo que desempeñan puestos de responsabilidad sindical pudie-

---

(38) NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª Edic., Tecnos, Madrid, 2005, p. 29.

ran legítimamente realizar actos como los que merecieron la sanción del señor V. Por esa razón el ejercicio de su libertad sindical deberá reconocer como límites esos preceptos reglamentarios, sin perjuicio de la regulación de las peculiaridades de la libertad sindical que lleve a cabo la Ley a que se refiere el mismo artículo 28.1 de la Constitución. Límites que habrá de ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen un derecho fundamental han de ser interpretados a su vez restrictivamente, pero que en el caso que enjuicamos han sido sin duda transgredidos por el recurrente, por lo que los actos de los poderes públicos que él impugna no han violado sus derechos fundamentales y el amparo que contra ellos pide no puede ser otorgado».

Y STC 20 de abril de 1989, FD segundo, con matices esenciales para ser entendido correctamente, como puede ser la eficacia del servicio y el perjuicio que la actitud del funcionario puede ocasionar a esa eficacia:

«[...] Ciertamente es y así se afirmaba en la citada STC 81/1983, que la situación del funcionario en orden a la libertad de expresión y a la de sindicación es hoy en día mucho más próxima que antaño, a la de cualquier ciudadano. Por eso, los límites específicos al ejercicio de esos derechos constitucionales, derivados de su condición funcional, han de ser interpretados restrictivamente. Pero no lo es menos que el art. 103.1 de la Constitución introduce un principio de jerarquía en el ámbito de las relaciones internas de la Administración, que subraya el art. 104.1 por lo que se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al señalar su dependencia del Gobierno. Estos principios de «jerarquía y subordinación», como reitera hoy en día el art. 5 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se traducen en un deber de «respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos [...]».

Ponderando la eficacia de los derechos fundamentales aún dentro del ámbito de la función pública, la STC, Sala 1ª, 8 de octubre de 1985 (39), FD noveno:

Tal forma de argumentar sobre un tema de legalidad es rechazable, ya que el dilema de que se parte ni es exacto, ni en todo caso conduce a la consecuencia que se patrocina, porque, si se trata de infracciones de derechos fundamentales de la persona, nada importa que se realicen a través de una relación funcional, pues aquéllos siempre son preferentes sobre el ámbito material en que actúan, y porque el art. 6.1 de la Ley 62/1978, como precisa el Fiscal, al atribuir la competencia para conocer del proceso que regula no establece órganos competentes determinados, quedando sometida aquella a la que posean las diversas Salas de

---

(39) RTC 1985,109.

la jurisdicción contencioso-administrativa que conocen del procedimiento ordinario, por no existir hasta ahora desarrollada «la previsión especial» a que se refiere tal norma, por lo que estuvo bien aplicada la regla que para los actos y resoluciones en materia de personal recoge el art. 10.1,b) de la L.J.C.A. en relación con el último inciso del art. 6.1 del Real Decreto-ley 1/1977 de 4 de enero, lo que conduce a aplicar el procedimiento especial previsto en el art. 53.2 de la C.E., transitoriamente regulado por la Ley 62/1978, conociendo del mismo la Audiencia Territorial, en lugar de la Nacional, en atención a la Autoridad de quien procedía el acto recurrido y su alcance nacional, sin que la existencia de dicha relación funcional, como argumentan tanto el Fiscal como el Abogado del Estado, exija la tramitación del proceso por las reglas del art. 113 de la L.J.C.A., con desplazamiento del especial fijado en tan citada Ley 62/1978; solución que ha sido adoptada y razonada por la Sentencia recurrida con acierto, y que incluso ha sido seguida, contrariando con su conducta sus argumentos, por los propios recurrentes, en otro proceso de igual carácter, que interpusieron contra otro acuerdo del Director general de la Policía, ante la Audiencia Territorial, según consta documentalmente en las actuaciones.

El principio de jerarquía fundamenta la relación de especial sujeción que poseen los funcionarios con la Administración Pública. Ello deriva de su relación estatutaria incidiendo muy directamente en la organización y funcionamiento del servicio público. Aunque a tenor de las actuales perspectivas, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia esa vinculación se fundamenta no en una especial conexión, sino que es derivada de una relación jurídica de carácter público establecida por ley y cumpliendo lo exigido por el art. 103.3º CE. Véase a este respecto la STC 14 de febrero de 2005 (40) que específicamente referido a las relaciones de especial sujeción, el FD quinto, entra a estudiar su naturaleza. Rechaza que las relaciones de especial sujeción constituyan lagunas infranqueables para los derechos fundamentales. Parte para ello del significado ontológico de la calificada por la doctrina *relación de especial sujeción* que no es una categoría constitucional sino una mera descripción de determinadas situaciones y relaciones administrativas a las que se veta la aplicación de derechos constitucionales. Y todo ello aún cuando la CE no contenga ninguna excepción. Llegados a este punto y si bien pueden ser plausibles las razones esgrimidas por el TC para justificar esta inaplicación de derechos, podríamos convenir que quizás, la actuación del tribunal haya excedido los límites previstos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre del Tribunal Constitucional en su finalidad de interprete supremo de la CE. Ya se ha dicho en este estudio que no cabe subordinar derechos fundamentales a

---

(40) RTC 2005, 26.

otros que no lo son, véase, por ejemplo, que el fundamento de esa modulación constitucional se abraza a los principios del art. 103 CE, que no poseen el carácter de fundamentales, a diferencia de cualquier derecho fundamental del Título I, Capítulo II, Sección 1ª, arts. 14 a 30 CE.

Las sentencias son producto de una evolución interpretativa del TC que badea desde una práctica inobservancia del principio de legalidad en su dimensión formal y material —justificada en virtud de una mal llamada *potestad domestica*, que no es reconocida, además, en el ámbito laboral— a otra, vigente, en donde se replantean las tesis expuestas permitiendo, progresivamente, una aplicación del principio de legalidad en toda su amplitud rechazando inadecuadas modulaciones o limitaciones. Este cambio se detecta, como apunta Fernández Segado (41) en la STC 10 de octubre de 1983 (42), FD segundo:

«[...] El fondo del asunto consiste en la ponderación del ejercicio que un funcionario público ha hecho de determinados derechos que la Constitución le reconoce. En una primera etapa del constitucionalismo europeo, simultánea a la construcción de un modelo de burocracia creciente, pero no debidamente racionalizada, solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación del cesante. En la actualidad, y en concreto en nuestro país, al menos a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la situación es muy distinta. Conquistas históricas como la racionalización del ingreso en la función pública, como la inamovilidad del funcionario en su empleo, así como la consagración constitucional de los principios del artículo 103.1 y 3 y la de los derechos de los artículos 23.2, 20.1, a), y 28.1 CE, que luego analizaremos, son factores que de forma convergente contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano[...]».

También en la STC 29 de marzo de 1990 (43), en donde se relativizan las diferencias entre las relaciones de sujeción general y especial, importante es el razonamiento de su FD sexto. Sin embargo, bajo un criterio cuantitativo, el TC restringió los derechos fundamentales a los funcionarios públicos cuando afectaban a estas dos cuestiones:

---

(41) FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*, «Revista de Derecho Constitucional», 1993, 39, p. 246.

(42) RTC 198381. Recurso de Amparo núm. 42/1983.

(43) RTC 1990, 61.

- A) La comprobación de si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no *públicamente en entredicho* la autoridad de sus superiores jerárquicos.
- B) La determinación de si tal actuación *compromete el buen funcionamiento del servicio*.

Véase el FD segundo de la STC 20 de abril de 1989 (44), Sala 1ª:

«[...] No obstante, según declaraba este Tribunal en la STC 81/1983, de 10 de octubre, en un caso muy semejante al que nos ocupa, cuya doctrina ha sido tenida expresamente en cuenta por el Acuerdo sancionador y por las Sentencias judiciales que lo confirman, el ejercicio de los mencionados derechos constitucionales se encuentra sometido a determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además, pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada Cuerpo o categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y el de si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio [...]».

Estos límites resultan algo artificiosos si de restringir el valor omnímodo de los derechos fundamentales se trata. Es preciso probar por la Administración la relevancia de la orden administrativa y que la misma cause perjuicio a su eficacia administrativa. Partiendo del hecho que no toda orden investida de competencia jerárquica puede tener por objeto la eficacia administrativa y por tanto que redunde en la mejor prestación de los servicios públicos. Las presunciones *ius tantum* burocráticas requieren de una concreción material, porque la eficacia es medible y como tal posible de fiscalizar en orden a varios factores, materiales y humanos.

Sin embargo véase cómo las prescripciones del CP, concretamente el art. 410.1º castiga la desobediencia siempre bajo la concurrencia de ciertas circunstancias, elementos que por lo general carecen las ordenes administrativas, posiblemente por razones de inmediatez ejecutiva o por indolencia formal, lo que contribuye a diluir aun más la legalidad del contenido de la orden, es decir, su acoplamiento al Ordenamiento jurídico. El CP dicta: *las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cum-*

---

(44) RTC 1989, 69.

plimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Esto vuelve a chocar con los postulados de la doctrina sociológica, v.gr.: Max WEBER (45), la obediencia debe ser absoluta sin que el funcionario deba plantearse la legalidad de la orden recibida: « Sin esta disciplina moral, en el sentido más alto del vocablo, y sin esta abnegación todo el aparato se vendría abajo». Para Georg LUKÁCS (46), «la elevación a *Weltanschauung* del espíritu burocrático tiene como consecuencia que ante la objetividad del mandato todas las inclinaciones y opiniones individuales sean degradadas al nivel de mera subjetividad». En suma, como defiende MUÑOZ MACHADO (47), el deber de obediencia condiciona la libertad del funcionario, que no puede prevalecer sobre la orden jerárquica.

Para DUGUIT y CARRE DE MALBERG (48), en cambio, el deber de obediencia únicamente era debido a la Ley no existiendo una obediencia al superior jerárquico únicamente a la Ley y a los Reglamentos por incidencia del principio de legalidad. Este criterio posteriormente fue rebatido por HAURIUO (49) para quien la organización jerárquica significa superposición de grados en una organización de agentes de tal suerte que los agentes inferiores cumplen sus funciones no por obligación directa y única de observar la Ley, sino, como se deduce del estudio de MUÑOZ MACHADO, por la necesidad que la Administración Pública cumpla sus objetivos y las obligaciones del servicio que gestiona (50).

En cualquier caso el principio de obediencia jerárquica se sitúa bajo el principio de legalidad, lo que causa la aplicación del art. 25 de la CE en relación con el art. 103.1º de la CE que somete a la Administración Pública a la Ley y al Derecho.

---

(45) Max WEBER, *Economía y Sociedad*, t. II, 2.º Ed., México 1964, p. 1076.

(46) Georg LUKÁCS, *Marxismus und Stalinismus. Politische Aufsätze, Ausgewählte Schriften IV*, Hamburgo, 1970 y GARCÍA PELAYO, *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, 1974.

(47) Muñoz Machado, S., *Notas sobre la libertad de opinión y la actividad política de los funcionarios públicos*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 1976, 607, pp. 607 y ss.

(48) DUGUIT, en sus obras: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. III, 1923, pp. 285 y ss. y *Etudes de droit publique: l'état, le gouvernement et les agents*, t. II, 1903, pp. 619 y ss. y CARRE DE MALBERG, *Contribution a la théorie général de l'état*, Paris, 1920, t. I, pp. 516 y ss.

(49) HAURIUO, *Les idées de M. Duguit*, Rec. de l'Académie de Législation de Toulouse, 1911, p. 1.

(50) Vid. MACHADO, *Notas sobre la libertad de opinión y la actividad política de los funcionarios públicos*, cit., pp. 607 y ss..

La doctrina penalista si bien en un primer momento determinó que el bien jurídico protegido era el principio jerárquico de la organización administrativa, posteriormente ha evolucionado hacia la protección del ejercicio legítimo de la autoridad, como apunta VIVES ANTÓN, conforme a los principios y criterios del art. 103.1º de la CE. Y ello para servir los intereses generales, que son los que justifican la existencia de funcionarios y autoridades, pues sólo entonces merece la consideración de legítimo el ejercicio de la autoridad (51).

Observemos que siempre las sentencias de los tribunales se mueven en términos abstractos: «intereses generales». Hipérbole sin un contenido concreto en tanto se prescinde de su medición.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo concreta el bien jurídico protegido en la buena marcha y orden de la Administración en todas sus esferas, como establecen las SSTS de 6 de marzo de 1987 (52); 15 de febrero de 1990 (53); 5 de diciembre de 1990 (54); 14 de octubre de 1992 (55) y 14 de marzo de 1994 (56), cuyo FD segundo establece:

«[...] El bien jurídico protegido penalmente en este tipo delictivo es la buena marcha el orden de la Administración en todas sus esferas, el servicio público que es obligación debida a la dignidad de todos los ciudadanos y, en definitiva, la legitimidad de toda la función administrativa. Es indudable que el incumplimiento de las decisiones de los Tribunales constituye una vulneración de este bien jurídico y que en el presente caso no concurre ninguna causa que la justifique».

Para ser apreciado el ilícito de desobediencia se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Existencia de una relación jerárquica y funcional entre el funcionario y la autoridad ordenante, SSTS 10 de octubre de 1990 (57) y 7 de junio de 1995 (58).

---

(51) ORTS BERENGUER, *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, en « Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, 30, s.p. [ pero 337-60 ].

(52) RJ 1987, 2020.

(53) RJ 1990, 1548.

(54) RJ 1990, 9428.

(55) RJ 1992, 8193.

(56) RJ 1994, 3152.

(57) RJ 1990, 7946.

(58) RJ 1995, 4548.

b) Existencia de una orden dada por el superior jerárquico competente por razón de la materia, SSTS de 23 de septiembre de 1994 (59) y 20 de junio de 1995 (60). El Tribunal Supremo reitera la necesidad de la existencia de una orden legítima emanada de autoridad competente, cumpliendo todos los requisitos y que vincule al que se recibe por caer dentro de los deberes de su cargo, SSTS 25 de febrero de 1994 (61) y de 28 de abril de 1995 (62).

c) Negativa del funcionario a cumplir abiertamente el contenido de las órdenes de la autoridad superior, negativa abierta, patente y categórica, STS de 16 de marzo de 1993 (63).

La negativa se produce cuando se exterioriza verbalmente, por escrito o gestualmente, la voluntad opuesta al acatamiento de aquellas decisiones, como cuando se produce una pasividad callada, la interposición de trabas o impedimentos delatadores de la voluntad rebelde del agente. En este sentido inveterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 9 diciembre 1964 (64); 16 de marzo de 1993 (65); 18 de abril de 1997 (66) y 11 de octubre de 1997 (67), interpretan el vocablo *abiertamente*, en el FD segundo señalando:

«En la interpretación que de ese vocablo ha hecho la jurisprudencia, en relación naturalmente al artículo 369 del antiguo Código (RCL 1973\2255 y NDL 5670), que también la emplea, hemos de destacar las Sentencias de 9 diciembre 1964 (RJ 1964\5277), 16 marzo 1993 (RJ 1993\2311) y la muy reciente de 18 abril 1997 (RJ 1997\2991). Todas ellas, en su conjunto, nos enseñan que la palabra «abiertamente» que emplea el precepto para calificar la negativa a obedecer órdenes recibidas, ha de interpretarse, no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino también puede existir cuando se adopte *«una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a la referida orden»*, es decir, aun sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la

---

(59) RJ 1994, 7217.

(60) RJ 1995, 4834.

(61) RJ 1994, 1566.

(62) RJ 1995, 3386.

(63) RJ 1993, 2311.

(64) RJ 1964, 5277.

(65) RJ 1993, 2311.

(66) RJ 1997, 2991.

(67) RJ 1997, 7218.



actividad mínima necesaria para llevarla a cabo (no se olvide que estamos en presencia de un verdadero delito de «omisión»), máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente requerida por la autoridad competente para ello; es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca lógicamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer. O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «*la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde*» [...].».

d) El destinatario de la orden son autoridades o funcionarios públicos sometidos jerárquicamente y relacionados con su superior a través del Derecho Administrativo y disciplinario. El funcionario o la autoridad deben tener el deber de dar el debido cumplimiento a la orden recibida.

### III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ÉTICA: EL DIRECTIVO PÚBLICO

Hoy, en plena decadencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en plena expansión del autoritarismo de lo público, la transparencia junto a la ética de tercera generación, quiebran cualquier inmunidad de hecho y derecho que la autoridad poseía, al menos, teóricamente. Otra cosa es su efectiva concreción en la práctica, porque en ocasiones, su inercia es abrumadora, colapsando la profesionalidad independiente. No obstante, antecedentes jurisprudenciales existen y muchos: Véanse las SSTS, Sala 2ª, 25 de febrero de 1986 (68), FD decimocuarto y jurisprudencia citada: Sentencias de 22 de octubre de 1958, 11 de marzo de 1958, 22 de octubre de 1964, 23 de mayo de 1969, 23 de Junio de 1973, de 22 de Mayo de 1974, 30 de abril de 1976, 22 de abril de 1983, ponderando como eximente el incumplimiento de órdenes injustas lo que equivale a rechazar la obediencia debida:

«Olvida el motivo, al razonar así que aunque existiera relación jerárquica entre los recurrentes y el que despacha la orden, es esencial para estimar la obediencia debida que el mandato sea legítimo —Sentencias de 22 de octubre de 1958 (RJ 1958\3039), 11 de marzo del mismo año (RJ 1958\804), 22 de octubre de 1964 (RJ 1964\4553) y 27 de enero de 1973 (RJ 1973\320)— que obligue legítimamente —23 de mayo de 1969 (RJ 1969\2953)—, por lo que al subordinado corresponde el deber siempre de examinar si la orden que recibe es justa o injusta —Sentencia de 23 de Junio de 1973 (RJ 1973\2896)— ya que al subordinado no puede exigírsele un acatamiento ciego a toda orden que reciba

---

(68) RJ 1986, 903.

del superior —Sentencia de 22 de Mayo de 1974 (RJ 1974\2409)— porque si la orden es injusta, no vincula al subordinado —Sentencia de 30 de abril de 1976 (RJ 1976\1832)— el mandato no puede constituir uno «atrocitatem facinoris», aun en el campo de lo militar, porque en este caso el subordinado, queda exonerado de obedecer Sentencia de 22 de abril de 1983 (RJ 1983\2300)-. Tendencia recogida en el artículo 21 de nuestro Código de Justicia Militar de 9 de Diciembre de 1985 (RCL 1985\2914), cuando afirma que no se estimará ni como atenuante, ni como eximente la obediencia debida cuando la orden entrañe ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes, usos de guerra o constituyan delitos, en particular la Constitución que consagra el derecho a la vida. Y como el mandato de cometer un asesinato, aunque exista una vinculación jerárquica, es una monstruosidad humana y jurídica, es claro que el motivo por falta de fundamento debe decaer [...]».

La existencia de la jerarquía supone varias consecuencias:

Primera.— Asignación de un ámbito de responsabilidad formal a cada una de las posiciones que componen la escala administrativa. Ello supone atribuir a esa posición el deber de cumplir y la potestad de hacer cumplir determinadas funciones.

Segunda: Atribución a cada posición de esa escala un concreto y específico porción de autoridad como reverso de aquella responsabilidad que se tiene.

Los problemas que originan los vínculos de autoridad son tres, apunta GONZÁLEZ NAVARRO (69), expuestos como principios de organización:

- C) El principio de unidad de mando, raramente admitido por la doctrina de la organización administrativa, entre otros Farol, quien afirma que para una acción cualquiera un agente no debe recibir órdenes más que de un solo jefe; los hombres no soportan la dualidad de mando.
- D) Principio del control de los subordinados: Amplitud de la esfera de control, es decir, cuántos subordinados deben depender de cada jefatura en un determinado nivel o escalón. En este sentido BLANCO DE TELLA (70) opina que una formulación prudente del principio que nos ocupa no puede ir más allá de afirmar que el número de subordinados inmediatos no puede exceder de aquel que permita un ejercicio efectivo de las funciones de la jefatura.

---

(69) GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Jerarquía Inteorgánica*, en «Diccionario de derecho Administrativo», t. II, dir. MUÑOZ MACHADO, S., Iustel, 2005, p. 1411.

(70) BLANCO DE TELLA, J., *Organización y dirección*, Escuela Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, Madrid, 1967.

- E) Principio de longitud de la escala jerárquica: Se defendía que el número de escalones óptimos es el de tres. Tesis que *a priori* merece su rechazo, a salvo estudios que motiven lo contrario. Ahora bien, la tesis opuesta, la de crear un excesivo número de niveles no es recomendable porque la presencia del directivo, debe ser cercana a los niveles inferiores de la organización, sopena de deshumanizar la organización. Hacerla lejana y por ello prescindible.

González Navarro reúne en cuatro líneas de actuación las funciones del directivo: planificar, organizar, mandar y controlar. Véase en este sentido la STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso Administrativo, 15 de febrero de 2001 (71), FD tercero:

«[...] El principio de jerarquía establecido como principio de organización administrativa en el artículo 103 de la Constitución Española (RCL 1978\2836; ApNDL 2875) y en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246), comprende la potestad de dirección, supervisión y control del órgano superior sobre los inferiores, conllevando ello como corolario que, de alguna forma, el órgano superior se responsabiliza de las actuaciones de los inferiores que del mismo dependen jerárquicamente. Como consecuencia de ello y plasmación del principio referido, el nivel del puesto de trabajo –que es lo que es objeto de retribución en el complemento de destino– no puede ser inferior en el titular de la Jefatura de Unidad a los inferiores que del mismo dependen, pues la potestad de dirección y supervisión son incompatibles con la expresión de un inferior nivel en las retribuciones vinculadas al puesto, y esta consecuencia de dicho principio, que siempre vincula a la Administración, no puede enervarse con la circunstancia de que existan en concreto supuestos en los que el nivel de complemento de destino de determinados puestos sea inferior al de la expresada Jefatura, pues ello podría ser expresivo de una deficiente organización administrativa, que no puede pretender que tenga virtualidad a la hora del análisis del acto recurrido en el presente recurso.

Abundando en lo hasta ahora expresado ha de decirse que las funciones de la jefatura de unidad participan de las que corresponden a la propia unidad, pues no son escindibles aquellas de las que se le atribuyen a ésta, pues su dirección y organización hacen que el Jefe deba cuando menos tener un nivel de conocimientos y de responsabilidad equiparable al de los puestos subordinados de que el dependen, lo contrario supondría introducir principios extraños a los de organización administrativa, concretamente al principio de jerarquía con el alcance jurídico a que antes se ha hecho referencia, y vendría a convertir al Jefe de Unidad en una especie de controlador laboral.

---

(71) RJCA 2002, 612. Recurso de Apelación núm. 132/2001.

El empleo coordinado y equilibrado de estas potestades es lo que se denomina en la Teoría de la organización, *coordinación*. Principio que así mismo, se encuentra constitucionalizado en el art. 103.1º CE. Es más, tanto el principio de eficacia como el de coordinación, apunta Guaita Martorell, se constituyen en un mandato dirigido, impuesto a la Administración Pública y ese se concreta, como consecución de la eficacia y la coordinación, en una coexistencia pacífica (72). Esta circunstancia causa que el principio de eficacia no deba entenderse como un concepto jurídico indeterminado a efectos de control jurisdiccional, como razona MENÉNDEZ PÉREZ (73), sino que se concreta en la consecución de los fines fijados por el Ejecutivo, en ejecución de sus planes gestores lo que presupone la adopción de instrucciones, estrategias de gestión para alcanzar o mantener los objetivos. Es este cúmulo de instrucciones lo que debe enjuiciarse en cuanto a su operatividad para vislumbrar que la posible desobediencia del funcionario público

La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades refuerza el principio de autoridad con la finalidad de proteger el interés general que no es otro que gestionar objetivamente los *intereses generales* o el llamado *deber publico cualificado* como sanciona el art. 103.1º CE a través de la jerarquía.

#### IV. AUTORIDAD

Herbert A. SIMON, explicita que el termino autoridad se ha tratado generalmente como concepto legal que ha de redefinirse en función de los «derechos» y «obligaciones». Quien posee autoridad tiene el derecho de exigir obediencia, mientras que el subordinado tiene la obligación de obedecer (74). Pero este concepto tradicional debe ir acompañado de otro, como es la legitimidad que da significado funcional a la noción de autoridad legal. Desde luego, el proceso disciplinario no cumple, en lo que respecta a la cultura administrativa española, un paradigma de eficacia y ejemplaridad, porque por lo general, y así puedo afirmarlo, el infractor es víctima de represalias que nada tienen que ver con su falta. Se trata, como apunta Nieto, de dar ejemplo como

---

(72) GUAITA MARTORELL, A. *La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas*, «Revista de Administración Pública», 1983, 100-102, p. 2021.

(73) MENÉNDEZ PÉREZ, S., *El principio de eficacia de la función administrativa. virtualidad práctica: estudio jurisprudencial*, en «Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1994, 32, s.p. [pero 13-64].

(74) Herbert A. SIMON, Donald W. SMITHBURG y Víctor A. THOMPSON, *Administración Pública*, Editorial Letras, México, 1968, p. 165.

de obligarle al silencio o a la humillación o a la expoliación personal o política y todo ello, de acuerdo con la Ley... (75).

Psicológicamente, el concepto de autoridad ofrece una sola parte de la estructura de la autoridad psicológica real en una organización. Existen otros elementos, la obediencia ciega con o sin razonamiento sobre la conveniencia o no de la orden pero también el convencimiento sobre las virtudes de la propuesta. Pero lo más sobresaliente en el ejercicio de la autoridad es la dificultad de comunicar adecuadamente las propuestas. Las comunicaciones autoritarias que pugnan con las ideas básicas de quien las recibe es un foco de problemas importantes si no son tratadas a tiempo o no se interviene en el momento oportuno para disipar los conflictos pro futuro. Ello es una regla que se obvia en la Administración Pública precisamente por una falsa seguridad que la autoridad produce en sus titulares.

Aunque a efectos legales el nombramiento en cargos de responsabilidad confiere potestad de mando, existen otras fuentes de poder que concurren simultáneamente. Fuentes que no están recogidas en la norma pero que son perceptibles dentro de la organización. FRENCH y RAVEN, detectaron cinco fuentes del poder personal (76): legítimo, de recompensa, coercitivo, experto y referente. Yo modificaría el de legítimo por el de legal, en tanto se acomoda más a la realidad.

— Poder legal. Es la capacidad de una persona para influir en los demás por el lugar que ocupa en la organización. Es denominado también como formal y es el característico en las organizaciones burocráticas. Se caracteriza:

- a) Está conferida por el nombramiento de una persona, sin ninguna otra característica.
- b) Es aceptada por los subordinados. La ejerce y es obedecido porque tiene un poder derivado del nombramiento legalmente conferido.
- c) La autoridad la ejerce en sentido vertical. Se impone de arriba hacia abajo.

French y Raven en su obra analizan el cumplimiento de las ordenes acotándolas a lo que denominan *zona de indiferencia* del subordinado, lo que equivaldría a la legalidad de la orden o instrucción en nuestro Derecho. Esa *zona de indiferencia*, sin embargo, es maleable en atención a factores inter-

---

(75) Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 29.

(76) John R. P. FRENCH y Bertram RAVEN, *The basis of Social Power*, en D. CARTWRIGHT, « Studies in Social Power», Ann Arbor, Institute for Social Research, University of Michigan, 1959, pp. 150-67.

nos y externos del empleado público. Pero lo más relevantes es la gestión de las otras fuentes de poder que concurren en la Administración.

Cabe deducir que el nombramiento legal no confiere, por regla general, legitimación que no legalidad. En un escenario crítico por razones ideológicas y personales, son las decisiones directivas las que consiguen la aceptación en el centro de trabajo. Bien en aplicación de estrategias gestoras creativas, bien en el mantenimiento del statu quo relegando la función de director.

## V. COMPORTAMIENTOS POLÍTICOS ELUSIVOS DEL PODER LEGAL

Pueden concurrir comportamientos de tipo político o bajo tal apariencia, en todo caso, extraños a la esencia de la gerencia, que comprometen el poder legal. Cabe enumerar, entre otros, los siguientes:

1. Comportamientos fuera del sistema del poder legítimo y reconocido.
2. Comportamientos destinados a beneficiar a un individuo o unidad a expensas de la organización en general.
3. Comportamientos deliberados y dirigidos a adquirir y conservar el poder.

Existen otras clases de poderes que pueden llegar a desafiar al poder legal, entre éstos destacamos los siguientes:

— Poder de recompensa. Se basa en la capacidad de una persona de premiar a un subordinado por obedecerla. Se articula como instrumento del poder legítimo para ganarse la confianza de los funcionarios. Si lo que ofrece el gerente como recompensa no posee valor para el funcionario es muy probable que ese poder de recompensa no sea operativo.

Pero este poder puede ser ejercitado no solo por el gestor *sensu stricto*, también por otros subordinados con competencia más reducida lo que podría generar desafíos.

— Poder coercitivo. Se presenta como el antagonismo del poder de recompensa. Es el poder de castigar o el poder de coadyuvar a otros superiores a castigar al funcionario. Las prácticas represivas y el miedo que producen es otra fuente de poder aunque peligrosa porque incide directamente en la motivación de los funcionarios y en el clima laboral, provocando una crispación ineficiente con perjuicio manifiesto de la eficacia administrativa.

— Poder experto. Posee este tipo de poder cuando posee una habilidad especial que reviste mucho valor. Los expertos ostentan poder porque representan una garantía de eficacia para la Administración.

— Poder referente. Deriva del carisma de una persona y su intensidad es recíproca a la fuerza de aquélla. Es un poder que deriva de la admiración que posee esa persona en la organización.

Las cinco fuentes de poder personal se subdividen en dos apartados, personales y organizacionales. El poder experto es una característica personal mientras que el resto son derivados de la organización.

En la Administración, como en toda organización burocrática en donde concurren diversos sustratos de poder, su distribución es desigual, existiendo variaciones que matizan negativamente la eficacia de ese poder. La concentración del mismo causa privarlo a otros funcionarios, y esa retención o privación condiciona la motivación de los diversos funcionarios respecto a los objetivos asignados por la organización.

Junto a estas fuentes de poder unidas a la persona, existe lo que se denomina *poder estructural*. La propia organización lo confiere. Pero hay que matizar su extensión en orden a graduar la jerarquía de la organización: el poder estructural será más preeminente en instancias más superiores que en las inferiores, en donde los directivos se encuentran en estrecho contacto con los empleados. Seamos sinceros, no es lo mismo el trato con personal subordinado de confianza provisto mediante libre designación y por tanto de libre cese, que el trato con empleados cuyos puestos son adquiridos mediante concurso, conservando alguna mayor estabilidad en el empleo.

Existen manifestaciones de poder estructural materializadas en los recursos, el poder de decisión y el poder de información.

— Recursos: Para KANTER (77) el poder se deriva:

- A) Del acceso a los recursos, información y apoyo.
- B) Capacidad de conseguir la cooperación para hacer el trabajo necesario

El poder concurre cuando una persona tiene abiertos los canales de los recursos: sea recursos humanos, sea tecnología. En las organizaciones, los recursos vitales se distribuyen en línea descendiente por la jerarquía que los asigna. Por ejemplo, el director tiene más poder para asignar recursos que otros jefes que le siguen en la línea descendente.

Poder de decisión.

---

(77) R. M. KANTER, *Commitment and Community: Communes and Utopias in Sociological Perspective*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1972.

El grado en que los individuos o unidades administrativas inciden en la toma de posesión delata el poder que adquirieron en una organización. Cabe que este poder se encuentre residenciado en una persona, desprovista de autoridad formal. Esto se encuentra verificado mediante la teoría de MILGRAM que demostró que parte del poder formal, otros individuos a quienes se percibe con poder también generan una influencia significativa en los demás.

Poder por información.

Expertos en organización estiman que la información es más poderosa que en cualquier otro componente de la estructura organizacional. Para VAN BEVEREN (78) el conocimiento se define como una conclusión o análisis derivado de datos e información. Los datos son hechos, estadísticos, instrucciones y ordenes de servicio; la información, el contexto en que se sitúan los datos.

La información, la preparación intelectual de los miembros de una organización es poder porque ofrece soluciones, algunas eficientes, otras eficaces, a los problemas de gestión. Es talento. Buscado únicamente por aquellos que están comprometidos sinceramente con la gestión pública.

Aunque es plausible la ayuda por estudios en las Administraciones Públicas, los conocimientos que éstos acumulan no son aprovechados adecuadamente, a salvo la promoción interna, aunque ésta está más orientada al tiempo en la organización que a los méritos del empleado público.

Poder proveer a funcionarios en consonancia con su riqueza cultural es otra cuestión que necesitará nuevos planteamientos, menos garantistas y mas abiertos.

---

(78) *A model of Knowledge Acquisition that Refocuses Knowledge Management, Journal of Knowledge Management.*



# **DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE VERSUS CRECIMIENTO DESCONTROLADO: UNA VUELTA A LA REHABILITACION URBANA**

MARÍA JESÚS GARCÍA GARCÍA

*SUMARIO: I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA REHABILITACIÓN.— II. LOS TÍTULOS COMPETENCIALES QUE HABILITAN PARA LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA DE REHABILITACIÓN.— III. TIPOLOGÍA DE REHABILITACIÓN URBANA: 1. La rehabilitación de elementos individuales. 2. La rehabilitación integrada o rehabilitación de espacios urbanos.— IV. LA REHABILITACIÓN DE ESPACIOS URBANOS COMO ACTIVIDAD URBANÍSTICA: 1. Rehabilitación de espacios urbanos y planeamiento urbanístico: A) Consideraciones generales sobre el planeamiento urbanístico. B) Planeamiento urbanístico y áreas de rehabilitación integral. 2. Deberes urbanísticos derivados de la consideración de las acciones de rehabilitación como actuaciones de transformación urbanística. 3. La incidencia de la rehabilitación sobre el contenido urbanístico del derecho de propiedad: el aprovechamiento urbanístico. 4. Otros deberes urbanísticos inherentes a la rehabilitación: el deber de conservación y el deber de rehabilitación.*

*RESUMEN:* El interés de los poderes públicos por la rehabilitación urbana parece haber resurgido una vez constatada la imposibilidad de mantener el modelo de crecimiento urbano insostenible que venía desarrollándose hasta fechas recientes.

Este creciente interés se aprecia sobre todo en la legislación urbanística, puesto que las normas sobre fomento y financiación de las acciones de rehabilitación y los sucesivos planes de la vivienda han venido mantenido su vigencia o han sido sustituidos por otros similares con carácter periódico. Sin embargo este nuevo enfoque en el tratamiento urbanístico de la rehabilitación se aprecia en la Ley estatal del Suelo 8/2007 de 28 de mayo, que muestra en su exposición de motivos la preocupación por consolidar un modelo de desarrollo urbano sostenible del que también se han hecho eco las leyes autonómicas, que han dictado normas de adaptación de su legislación urbanística a las previsiones de la Ley estatal. Desde el punto de vista de estas consideraciones, cabe hablar de una vuelta a la rehabilitación urbana.

*Palabras clave:* rehabilitación urbana; urbanismo; áreas de rehabilitación integral; planes urbanísticos.

*ABSTRACT:* *The interest of the powers public by the urban rehabilitation seems to have resurged once stated the impossibility to maintain model of untenable urban growth that came being developed until recent dates.*

*This increasing interest is appraised mainly in the city-planning legislation, since the norms on promotion and financing of the actions of rehabilitation and the successive plans of the house have come maintained their use or have been replaced by other similars with character periodic. Nevertheless this new approach in the city-planning treatment of the rehabilitation is appraised in the state Law of Suelo 8/2007 of 28 of May, that del shows in its exhibition of reasons the preoccupation to consolidate a model of sustainable development urban that also have been made echo the autonomic laws, that have dictated norms of adaptation of their city-planning legislation to the forecasts of the state Law. From the point of view of these considerations, it is possible to speak of a return to the urban rehabilitation.*

*Key words: urban rehabilitation; urbanism; city-planning areas of integral rehabilitation; plans.*

Después de unos años de desarrollo urbano incontrolado los poderes públicos parecen nuevamente interesados por las políticas de rehabilitación urbana. El modelo de urbanismo basado en el crecimiento urbano descontrolado parece haber llegado a su fin, más por problemas de carácter económico que por los perniciosos efectos de todo tipo que ha generado. En esta alternancia cíclica de las políticas públicas parece que ha llegado nuevamente la hora de retomar las virtudes de la rehabilitación urbana. Sin embargo no es la primera vez que los poderes públicos muestran su interés por ella. Los sucesivos planes de vivienda que se han ido aprobando tanto a nivel autonómico como estatal han apostado por la rehabilitación, financiando y subvencionando actuaciones en este sentido, y durante la década de los noventa fueron varias la Administraciones locales que crearon oficinas de rehabilitación decididas a impulsar estas acciones. Sin embargo actualmente el interés por la rehabilitación ya no se ciñe únicamente a las normas sobre fomento, de alcance individual y poca trascendencia económica, sino que salpica la legislación urbanística, para proponer un modelo de rehabilitación urbana con participación de los poderes públicos, pero también del sector privado para canalizar así la actividad de un sector que ha quedado malparado a resultas del modelo urbanístico de los últimos años. Se trata de convertir la rehabilitación urbana en una actividad urbanística rentable.

Las políticas de rehabilitación parecen pues resurgir no tanto por sus virtudes o por su adaptación a los objetivos constitucionales, cuanto por el agotamiento de un modelo urbanístico de desarrollo insostenible. Desde estas premisas se analizan las cuestiones que siguen a continuación.

## I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA REHABILITACIÓN

El termino rehabilitar es sinónimo de volver a habitar o de restituir a un inmueble las condiciones de uso que ha perdido. Cuando hacemos referencia a la rehabilitación urbana (1) estamos hablando de un conjunto de acciones tanto públicas como privadas que recaen tanto sobre el patrimonio urbanizado como edificado de las ciudades y que van dirigidas a devolver las condiciones de uso y utilidad a los inmuebles o espacios urbanos que la han perdido.

Se trata de acciones que tienen como soporte el patrimonio edificado, principalmente destinado a una finalidad residencial, pero también el patrimonio urbanizado y los espacios urbanos deteriorados en sus elementos por el transcurso del tiempo, carentes de las dotaciones públicas necesarias, que han perdido su funcionalidad originaria y que se encuentran en un avanzado estado de deterioro físico con las implicaciones económicas y sociales derivadas de estos procesos.

Muy fundamentalmente los espacios que se ven afectados son los centros históricos de las ciudades, aunque la rehabilitación urbana no se ciñe exclusivamente a este contexto, sino que se manifiesta en términos más generales, como una necesidad de rehabilitar espacios urbanos degradados y de conservar los inmuebles que deban ser objeto de preservación.

La rehabilitación urbana incide sobre el patrimonio deteriorado o degradado de las ciudades e intenta recuperar estos elementos, pero tiene también una finalidad mas amplia, en la medida en que está traspasada por objetivos sociales y económicos. Así los procesos de rehabilitación tienen como finalidad mantener a la población existente en estos ámbitos, evitando su desalojo, y al mismo tiempo pretenden revitalizar económica y funcionalmente estos espacios implantando en ellos actividades y servicios, usos públicos, comerciales etc. que sean demandado por la sociedad y que les doten de una nueva funcionalidad.

Así pues la rehabilitación urbana esta trascendida por numerosos factores económicos, sociológicos etc que se articulan sobre la premisa de la recuperación física y material de los espacios urbanos y los elementos que los conforman.

---

(1) E. ROCA ROCA, *La rehabilitación urbana: aspectos jurídicos*, «Revista de Derecho Urbanístico», nº 90, 1984, p. 13-47. T. QUINTANA LÓPEZ, *La conservación de las ciudades en el moderno urbanismo*, Oñati, 1989. F. LÓPEZ RAMÓN, *Perspectivas jurídicas de la rehabilitación urbana*, REDA, nº 43, 1984, p. 535-561. L. M., SÁNCHEZ ÍÑIGO, *La rehabilitación del casco medieval de Vitoria-Gastéis, factor de cohesión social*, «Ciudad y Territorio», nº 85, 1990, p. 351-360. F. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *Régimen jurídico de la rehabilitación urbana*, Universidad de Granada, 1989. J. TEJEDOR BIELSA, *Deber de conservación, ruina y rehabilitación al servicio de la regeneración de la ciudad*, en esta REVISTA, nº 14, p. 203-251.

En la medida en que las acciones se proyectan sobre el patrimonio residencial e intentan incidir sobre el mismo para dotarlo de condiciones de habitabilidad puede decirse que la rehabilitación es una de las posibles opciones para conseguir el objetivo constitucional de lograr una vivienda digna y adecuada (2) de conformidad con el artículo 47 de la Constitución (3).

Pero como hemos visto, las acciones de rehabilitación no se proyectan solo sobre los inmuebles que cumplen una finalidad residencial sino que afectan también a los espacios urbanos. Desde este punto de vista las acciones de rehabilitación inciden en el ámbito urbano, mejorando, modernizando y adecuando el equipamiento comunitario y las dotaciones públicas, viales, infraestructuras y ajustando los espacios urbanos a las nuevas demandas sociales y exigencias de calidad de vida.

Las acciones de rehabilitación inciden así en el entorno urbano y en las condiciones de vida de los residentes en el mismo, en el ambiente urbano en definitiva que determina las condiciones de vida de la población (4). De este modo estas acciones se inscriben en el bloque normativo ambiental delimitado por los artículos 45 a 47 de la Constitución, y en la consecución de un entorno adecuado donde se desenvuelva el ser humano, lo que conecta directamente con el derecho a un medio ambiente adecuado considerado también en su dimensión urbana (5).

---

(2) Sobre el reconocimiento del derecho a la vivienda que expresamente efectúa el artículo 4 a) del RD Legislativo de 20 de junio de 2008 y los problemas para lograr la efectividad del mismo, puede verse F. LÓPEZ RAMÓN, *Principios generales y urbanismo sostenible en la Ley del Suelo 8/2007 de 28 de mayo*, «Revista de Urbanismo y edificación», nº 16, 2007, p. 18.

(3) Véase M. BASSOLS COMA, *Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978*, «Revista de Derecho Urbanístico», nº 85, 1983, p. 13-42. Igualmente del mismo autor *La vivienda como producto finalista de las ordenaciones territorial y urbanística*, «Ciudad y Territorio», nº 80-2, p. 21-30 y *Comentarios al artículo 47 de la Constitución en Comentarios a las leyes políticas*, dirigido por O. ALZAGA, tomo IV, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1984.

Igualmente, J. GÁLVEZ, *Comentarios al artículo 47 de la Constitución en Comentarios a la Constitución española*, dirigido por Fernando Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1985. Véase también R. GARCÍA MACHO, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

(4) Sobre el derecho al medio ambiente puede verse F. LÓPEZ RAMÓN, *El medio ambiente en la Constitución española*, «Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente», nº 222, 2005, p. 183-198. También del mismo autor *Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente*, «Revista española de Derecho Administrativo», nº 95, 1997, p. 347-364. J. JORDANO FRAGA, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995. Igualmente E. PÉREZ LUÑO, *Comentarios al artículo 45 de la Constitución*, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigido por O. ALZAGA, tomo IV, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1984.

(5) Sobre estas cuestiones puede verse O. ALZAGA VILLAMIL, *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, 1978.

La Constitución vincula el derecho a una vivienda digna y el derecho a un medio ambiente adecuado con la regulación de los usos del suelo. Pero aboga también por la utilización racional de los recursos naturales. La ordenación urbana ha de orientarse hacia la rehabilitación para dar cumplimiento al precepto constitucional, dado que la rehabilitación no consume suelo y permite aprovechar y utilizar, reutilizar el patrimonio existente (6).

En definitiva y como estableció la exposición de motivos de la Ley estatal de Suelo 8/2007, de 28 de mayo, y ahora el RD Legislativo 2/2008, de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, se trata de promover la utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico que son el soporte, objeto y escenario de la calidad de vida.

Igualmente el mismo texto legal señala también en su exposición de motivos que *«el suelo urbano —la ciudad ya hecha— tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso»*.

Todo ello evidencia un interés por la rehabilitación del tejido urbano consolidado, por la ciudad ya hecha. La rehabilitación urbana en cuanto rehabilitación de espacios urbanos requiere un tratamiento urbanístico. El urbanismo no puede ocuparse sólo del crecimiento y expansión de los núcleos de población, sino también de la actuación sobre el interior de las ciudades para adaptarlas a las nuevas exigencias de mayor calidad de vida en un contexto urbano que permite el disfrute de viviendas adecuadas con espacios y equipamientos adecuados.

La reciente legislación del suelo, tanto a nivel estatal como autonómico, ha incidido en el tratamiento de la rehabilitación, estableciendo algunas previsiones que tienden a favorecer estas acciones. Además de las técnicas e instrumentos que pone a disposición de la rehabilitación, permite que los recursos obtenidos por la Administración derivados de la gestión urbanística se destinen a financiar dichas acciones.

Así la Ley de Urbanismo de Aragón, Ley 5/1999 de 25 de marzo, en el marco de las previsiones establecidas por el artículo 39 del RD Legis-

---

(6) Vid. D. SIBINA TOMÁS, *Las políticas y técnicas para facilitar la transformación sostenible del suelo urbano consolidado: examen general y su concreción en las ordenanzas municipales de inspección técnica de las edificaciones*, «Cuadernos de Derecho local», nº 6, octubre 2004, p. 164-190.

lativo 2/2008, de 20 de junio, amplía los fines del patrimonio municipal de suelo (7), permitiendo que la enajenación de los terrenos del mismo vaya destinado a la realización de operaciones de rehabilitación. Así se pone de manifiesto en el artículo 86 de la Ley aragonesa, donde se establece que los ingresos obtenidos por la Administración como consecuencia de la enajenación de terrenos se destinarán a la conservación y ampliación del patrimonio municipal de suelo o mediante acuerdo específico del órgano competente a las siguientes finalidades:

- Obtención y ejecución de dotaciones locales en suelo urbano consolidado.
- Actuaciones de iniciativa pública de renovación urbana, reforma interior o rehabilitación de vivienda.
- Gastos de realojo y retorno
- Compra y en su caso rehabilitación de edificios para vivienda protegida o equipamientos públicos.

Y estas mismas previsiones se hacen extensivas por parte de la legislación urbanística de Aragón al supuesto en que se produzca la sustitución del aprovechamiento que corresponda a la Administración por su equivalente económico que podrá destinarse a las mismas finalidades.

Las actuaciones de rehabilitación son también contempladas por la normativa urbanística con ocasión de la regulación de la reserva de terrenos para la construcción de vivienda protegida. La regulación de esta materia se encuentra en el artículo 5 de la Ley 24/2003 de la Comunidad Autónoma de Aragón de 26 de diciembre de Medidas Urgentes de Política de vivienda protegida, y es fruto de la modificación efectuada por la ley aragonesa de 7 de abril de 2008 (8) de adaptación a la Ley estatal 8/2007.

Conforme a esta regulación, los Planes Generales de Ordenación Urbana y de conformidad con ellos los instrumentos de planeamiento de desarrollo deberán establecer en sectores o unidades de suelo urbano no consolidado o urbanizable cuyo uso característico sea el residencial, reservas de terrenos para la construcción de viviendas protegidas. No obstante, según el mismo

---

(7) J.M. DÍAZ LEMA, *El patrimonio municipal de suelo en el texto refundido de 1992*, «Revista de Derecho Urbanístico», nº 136, 1994, p. 13-50. Igualmente, A. PÉREZ MORENO, *Aspectos jurídicos del Patrimonio Municipal de Suelo*, «Revista de Derecho urbanístico», nº 119, 1990, p. 13-41. Más recientemente, F. LÓPEZ RAMÓN *Los patrimonios municipales de suelo*, Iustel, 2007,

(8) Establece medidas urgentes para la adaptación del ordenamiento urbanístico a la Ley 8/2007, de 28 de mayo de 2007, de suelo, garantías de sostenibilidad del planeamiento urbanístico e impulso a las políticas activas de vivienda y suelo en la Comunidad Autónoma de Aragón.

artículo, cuando no sea posible establecer estas reservas, podrán sustituirse por actuaciones de rehabilitación en el exterior del ámbito de actuación.

En todo caso, no puede dejar de ponerse de manifiesto un cierto escepticismo sobre la posibilidad de que a través de la generalidad de estos preceptos vayan a obtenerse los resultados previsto. No es la primera vez que las normas toman como referencia la rehabilitación urbana, sin embargo la experiencia de los últimos años demuestra que los beneficios económicos del crecimiento urbano descontrolado han ganado la partida a la rehabilitación. Las políticas de rehabilitación parecen por tanto resurgir no por sus virtudes o por su adaptación a los preceptos constitucionales, sino por el agotamiento de un modelo urbanístico de desarrollo que ya no da más de sí.

En todo caso es innegable el interés actual de los poderes públicos por esta opción, lo que da lugar a su intervención desde muy distintos punto de vista, tanto normativos como de gestión. En este sentido puede decirse que sobre la actividad de rehabilitación se proyectan de una forma más completa las distintas formas de actividad administrativa, si bien puede decirse que la rehabilitación urbana es ante todo rehabilitación urbanística.

Así en la medida en que la rehabilitación consiste en actuaciones sobre los espacios públicos de urbanización o reurbanización estaremos hablando de una función pública que podrá ser gestionada tanto de forma directa como indirecta (9). A diferencia de las actuaciones de renovación urbana o urbanización de suelo urbanizable, donde los beneficios económicos son sustanciosos y estimulan la inversión privada y los sistemas de gestión indirecta, en el caso de la rehabilitación, la ausencia de rentabilidad retrae a los sujetos privados de la realización de estas actuaciones, originado la necesidad de una mayor inversión por parte del sector público que suple de esta forma la inhibición del sector privado.

En otros casos las acciones de rehabilitación se desarrollan por los administrados, pero la Administración en base al interés que revisten interviene fomentando dichas actividades o controlando su adecuación a la legalidad.

De ahí la necesidad de delimitar las competencias en materia de rehabilitación para concretar cuales son las Administraciones públicas competentes para actuar en la materia y cual ha de ser su grado de intervención.

---

(9) Téngase en cuenta que la exposición de motivos del Texto Refundido de la Ley del Suelo (RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio) señala que la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse a la Administración como encomendar a privados. Pero al mismo tiempo, y en la medida en que incide sobre la ordenación urbana se configura como una actividad urbanística que requiere de la previa planificación y gestión urbanística.

## II. LOS TÍTULOS COMPETENCIALES QUE HABILITAN PARA LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA DE REHABILITACIÓN

Siendo los inmuebles y edificios así como los espacios urbanos los ámbitos afectados por la rehabilitación, los títulos competenciales que les sirven de soporte serán vivienda y urbanismo, competencias en principio exclusivas de las Comunidades Autónomas según el artículo 148. 1.13 de la Constitución (10). En base a estas competencias cabe citar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón la Ley 5/1999, de 25 de marzo, de Urbanismo, y el Plan Aragonés para facilitar el acceso a la vivienda y fomentar la rehabilitación 2005/2009, aprobado por Decreto 225/2005, de 2 de noviembre.

No obstante hay que tener en cuenta que el urbanismo se configura como una materia transversal, traspasada en principio por otras competencias de titularidad estatal en base a las cuales se dicta la Ley del Suelo 7/ 2008, de 28 de mayo.

Por otro lado, en la medida en que las actividades de rehabilitación afectan a la vivienda es innegable la incidencia que este sector tiene en el desarrollo de la actividad económica, razón por la cual el Estado puede intervenir también en la regulación de la rehabilitación sobre la base de su competencia para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Sobre la base de este título competencial el Estado ha desarrollado los sucesivos planes de vivienda, el último de ellos durante el periodo 2005-2008, aprobado por RD 801/2005 de 1 de julio (11), que contienen entre sus previsiones medidas de fomento de la rehabilitación urbana. Desde esta misma óptica de la incidencia de la rehabilitación sobre la actividad económica, el Gobierno anuncia un Plan Renove que se plantea como una de las medidas presentadas para paliar la crisis económica y que supondrá una inversión de 800 millones de euros. El citado plan afectará tanto a la rehabilitación de viviendas como a la rehabilitación de barrios deteriorados al objeto de erradicar la infravivienda y el chabolismo (12).

---

(10) Sobre temas competenciales puede verse T. QUINTANA LÓPEZ, *Régimen competencial del urbanismo vivienda y suelo*, «Revista vasca de Administración pública», nº 21, 1988, p. 77 y ss.

(11) Por el que se aprueba el Plan Estatal 2005/2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

(12) Estando pendiente de publicación este trabajo, se aprueba el RD 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, que sustituye al anterior. Esta nueva regulación refleja de la situación que atraviesa el sector de la vivienda, se caracteriza por dotar a las acciones de rehabilitación de un mayor protagonismo, impulsando su desarrollo al incrementar el volumen de recursos públicos destinados a la misma y hacerlo



Por otro lado, hay que tener en cuenta también que las acciones de rehabilitación cuando se proyectan sobre los espacios urbanos condicionan la ordenación de la ciudad, y en esa vocación totalizadora de la ordenación urbana, inciden también sobre determinados espacios o inmuebles que están sometidos a una legislación específica, como es la legislación de Patrimonio Histórico o patrimonio cultural, lo que da entrada también a este título competencial al considerar la intervención de las Administraciones públicas en las acciones de rehabilitación.

Por otra parte, no hay que perder de vista las competencias de las entidades locales en materia de vivienda y urbanismo, lo que determinará también una participación importante de los Ayuntamientos en las acciones de rehabilitación urbana (13). Así por ejemplo han de tenerse en cuenta las competencias de las Administraciones locales en la planificación y gestión urbanística o la importancia de las mismas en la declaración de ruina o su intervención para alterar la situación de ruina física como por ejemplo prevé la legislación urbanística de Aragón, así como su capacidad para incidir en el control de la legalidad urbanística a través de las licencias u ordenes de ejecución.

### III. TIPOLOGÍA DE REHABILITACIÓN URBANA

Por la trascendencia de las acciones que se desarrollan cabe diferenciar dos tipos de rehabilitación: la rehabilitación aislada y la rehabilitación integrada. La primera es aquella que considera al objeto sobre el que recae en su propia individualidad, sin mayores implicaciones ni conexiones con los elementos circundantes. Por el contrario la rehabilitación integrada es aquella que considera el elemento sobre el que se proyecta incluido en un espacio más amplio en el que se integra. La rehabilitación integrada es la rehabilitación de espacios urbanos. No prescinde de la rehabilitación de elementos individuales, pero aquellos se toman en consideración en tanto en cuanto se

---

extensivo a un mayor número de personas al ampliar el porcentaje de ingresos mínimos que permiten acceder a las ayudas.

No obstante, las técnicas empleadas para el desarrollo de estas acciones (basadas en las medidas de fomento y las declaraciones administrativas como áreas de rehabilitación integrada) se mantienen en sus líneas esenciales y coinciden con el anterior plan de la vivienda que ha servido de base para realizar el presente artículo.

(13) Véase sobre esta cuestión F. CASTILLO BLANCO, *La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las sociedades urbanísticas locales*, en el libro coordinado por F. SOSA WAGNER, *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor R. MARTÍN MATEO*, 2000.

encuentran comprendidos en un contexto urbano que interesa revitalizar y sus efectos trascienden del elemento individual sobre el que recaen para proyectarse sobre el espacio físico que lo contiene.

La distinción apuntada tiene fundamental importancia pues incide en la trascendencia de las acciones que se van a desarrollar, y en la amplitud de las mismas, condicionando las técnicas empleadas y los instrumentos jurídicos puestos al servicio de la rehabilitación.

## **1. La rehabilitación de elementos individuales**

Es la rehabilitación de edificios y viviendas destinadas fundamentalmente a un uso residencial que tiene por objeto dotar a las viviendas de las condiciones de habitabilidad necesarias para ese uso residencial y es efectuada por los propietarios o titulares de algún derecho sobre el inmueble sobre el que actúa.

En este tipo de rehabilitación la actividad pública suele consistir en una actividad de financiación y de fomento a base de incentivos económicos cuyo principal exponente suele ser el otorgamiento de subvenciones.

Puede distinguirse entre acciones de rehabilitación que pretenden conseguir una adecuación estructural y constructiva de aquellas otras que van encaminadas a conseguir una adecuación funcional. Por obras de adecuación estructural se entienden todas aquellas que proporcionan a la vivienda condiciones de seguridad constructiva, de forma que se garantice su estabilidad, resistencia, firmeza y solidez. Se trata con ello de conseguir que el inmueble reúna las garantías suficientes de seguridad y estabilidad.

Por lo que se refiere a aquellas obras de rehabilitación que pretenden conseguir la adecuación funcional, hay que señalar que el criterio que orienta la realización de las mismas se basa en la consecución de la habitabilidad, integrando en este concepto, según el artículo 42 de plan Aragonés de la vivienda (14), la mejora de las condiciones de acceso de personas con dis-

---

(14) En cuanto a las condiciones que deben reunir las viviendas, el artículo 41 del Plan aragonés de la vivienda señala que los edificios y viviendas objeto de actuaciones de rehabilitación protegida deberán tener una antigüedad superior a 15 años, aunque este requisito podrá obviarse cuando se trate de obras que tengan por objeto la supresión de barreras arquitectónicas, cuando las obras sean necesarias para adaptar las instalaciones a la normativa técnica y aplicable, y cuando las obras a realizar tengan por objeto la reducción del consumo energético y la mejora de las condiciones acústicas de la edificación.

La superficie máxima computable por vivienda será de 120 metros cuadrados. Y las obras de rehabilitación podrán extenderse a una plaza de garaje y a un trastero.

capacidad, la existencia y correcto funcionamiento de servicios sanitarios, instalaciones eléctricas, saneamiento y fontanería, calefacción, extracción de humos y ventilación, acciones relacionadas con el aislamiento térmico y acústico y las que promueven sistemas de ahorro energético. Como se puede observar, se trata de una rehabilitación ecológica y sostenible.

La rehabilitación suele revestir en estos casos carácter voluntario y tiene como límite el deber de conservación del propietario y la declaración de ruina que se configuran como deberes consustanciales con el derecho de propiedad.

## **2. La rehabilitación integrada o rehabilitación de espacios urbanos**

En los espacios urbanos la rehabilitación implica un conjunto de acciones que suponen la protección, conservación, restauración y mejora de su tejido urbano, a través de la puesta en valor y más adecuada utilización del patrimonio urbanizado y edificado contenido en su perímetro.

En estos ámbitos las acciones de rehabilitación superan la perspectiva puramente material o física, de forma que tienen también una dimensión social o económica de recuperación de los entornos degradados. Así por ejemplo se trata de mantener a la población existente, mejorar sus condiciones de vida y en especial la calidad de la vivienda y la potenciación de actividades económicas compatibles con los objetivos anteriormente apuntados. El artículo 55 del Plan Estatal de Vivienda (RD 801/2005, de 1 de julio) señala que las acciones protegidas de rehabilitación deberán asegurar la diversidad social y el reajustamiento de la población residente. Igualmente la Ley de la Comunidad de Madrid, sobre espacios urbanos degradados (15) incluye como acciones de rehabilitación *propuestas de reanimación de la actividad en la zona degradada, con especial referencia al mantenimiento de las funciones existentes y, en particular, el comercio y la artesanía y la creación de otras nuevas, teniendo en cuenta la estructura socioeconómica, cultural y técnica de la zona.*

En definitiva la rehabilitación de estos espacios aspira a la consecución de una pluralidad de fines sociales y comunitarios (mejora o recuperación de conjuntos urbanos o áreas rurales, de las actividades económicas y sociales y de las condiciones de vida de sus residentes) pero siempre sobre el presupuesto de una actuación sobre espacios urbanos y los elementos que los componen.

---

(15) Ley 7/2000 de 19 de junio de rehabilitación de espacios urbanos degradados y de inmuebles que deban ser objeto de preservación.

Normalmente los procesos de rehabilitación se llevarán cabo en suelo urbano consolidado por la edificación situada en el centro histórico de las ciudades. No obstante, también pueden someterse a procesos de rehabilitación aquellas áreas o barrios que estén sufriendo un proceso de deterioro o degradación. Podemos hablar de suburbios o barriadas, extrarradios de las ciudades no coincidentes con el Centro histórico y donde los límites a la rehabilitación no serán tan intensos como en los núcleos históricos.

Esta configuración del espacio urbano como objeto de rehabilitación requiere en todo caso de un instrumento urbanístico (planeamiento urbanístico) que delimite el espacio afectado y que prevea estas acciones en el marco de la ordenación urbana, lo que nos lleva a considerar la rehabilitación desde una perspectiva urbanística (16).

#### **IV. LA REHABILITACIÓN DE ESPACIOS URBANOS COMO ACTIVIDAD URBANÍSTICA**

El término rehabilitación se acuña fundamentalmente por las normas estatales y autonómicas que atienden a la financiación de las políticas públicas de vivienda y urbanismo. Pero en la medida en que incide sobre los espacios urbanos y configura la ordenación urbana tiene una vocación urbanística que ha de ser contemplada por esta legislación sectorial.

Las actuaciones protegibles de rehabilitación, sobre todo cuando afectan a espacios urbanos formalmente declarados como áreas de rehabilitación, han de tener un reflejo urbanístico y proyectarse y reflejarse en el correspondiente planeamiento y en sus técnicas de gestión.

La legislación urbanística proporciona los instrumentos (planes) y las técnicas adecuadas para efectuar una ordenación urbanística ajustada a los parámetros de la rehabilitación realizando actuaciones que tienden al incremento de las dotaciones, a la urbanización o reurbanización de espacios urbanos e incluso a la construcción de viviendas sometidas o no a un régimen de protección público.

---

(16) Vid E. PORTO REY, *De la conservación individualizada del patrimonio inmobiliario a su rehabilitación integrada en el planeamiento urbano*, «Revista de Derecho Urbanístico», nº 109, 1988, p. 13-34.

## **1. Rehabilitación de espacios urbanos y planeamiento urbanístico**

### **A) Consideraciones generales sobre el planeamiento urbanístico**

La rehabilitación tiene una clara vocación urbanística, y esa vocación urbanística se hace efectiva a través del planeamiento. Los planes, traspasados por los presupuestos de la rehabilitación, inciden sobre los espacios urbanos, la ciudad ya consolidada, y la ordenan en el sentido indicado. El desarrollo de las acciones de rehabilitación a través de su previsión urbanística por medio del planeamiento presenta los siguientes efectos:

— Permite configurar anticipadamente la ordenación urbana en base a una pluralidad de acciones que no aparecen desconectadas entre sí, sino integradas en el marco de unas previsiones generales que solo es posible establecer si existe una figura urbanística que anticipa estos contenidos.

— El planeamiento contempla el elemento rehabilitado no en su propia individualidad sino en el marco de un contexto urbano más amplio que interesa rehabilitar, por lo que sus efectos sobrepasan el plano individual para producir efectos más amplios.

— Condiciona el resultado de la actividad de prestación y de fomento que tenderán a desarrollarse en el marco de las coordenadas trazadas por el plan.

— Es capaz de integrar las distintas normas sectoriales que inciden en un mismo espacio urbano y conjugar las distintas declaraciones y regímenes jurídicos a que están sometidos con la ordenación urbana de los mismos. Así normativa sobre rehabilitación, áreas de rehabilitación integrada a efectos de fomento, normativa sobre patrimonio histórico, declaración de interés cultural, etc.

— Los planes establecen la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado, lo que determina la forma de ejecución de las acciones de rehabilitación, los sujetos que intervienen en la misma y los deberes de los propietarios afectados.

Contrariamente a lo que pudiera parecer, un planeamiento que parte de premisas rehabilitadoras no se caracteriza por el mantenimiento a ultranza de los elementos patrimoniales existentes, sino que admite también alteraciones de los mismos (demolición, sustituciones), siempre y cuando estas acciones estén informadas por propósitos rehabilitadores. El planeamiento urbanístico puede contribuir a fomentar la rehabilitación y conservación de los inmuebles básicamente de dos formas:

- No creando expectativas urbanísticas superiores a las ya existentes.
- Estableciendo el deber de rehabilitar.

Ha de tenerse en cuenta que los espacios urbanos degradados se han contemplado tradicionalmente desde la perspectiva urbanística, a través fundamentalmente de las operaciones de reforma interior, si bien no es hasta fechas relativamente recientes cuando la legislación urbanística y los planes urbanísticos adoptan la perspectiva de la rehabilitación y se encuentran trascendidos por sus objetivos.

No existe una única tipología de planeamiento urbanístico con capacidad para incidir sobre la rehabilitación, sino que pueden ser varias las figuras urbanísticas que se adapten a estos objetivos (17). En todo caso hay que señalar que las acciones de rehabilitación urbanística requieren una ordenación pormenorizada que pueden proporcionar distintos planes.

Así por ejemplo los planes generales si estos contuvieran una ordenación detallada. El artículo 33 de la Ley de Urbanismo de Aragón prevé que el plan general podrá delimitar uno o varios núcleos históricos tradicionales donde la ordenación urbanística no permita la sustitución indiscriminada de edificios y exija que su conservación, implantación, reforma o renovación armonicen con la tipología histórica.

A falta de esa ordenación detallada será precisa la aprobación del correspondiente plan especial (18). Los planes especiales de reforma interior han sido la figura de planeamiento que ha incidido normalmente en el tejido urbano ya consolidado, es decir, en la ciudad ya hecha para acometer operaciones de reforma interior (19). Pero no siempre su contenido ha estado trascendido por los propósitos de la rehabilitación. Por el contrario en ocasiones tal planeamiento ha servido para realizar operaciones de renovación totalmente contrapuestas a las de rehabilitación (20).

---

(17) Sobre esta cuestión ver M. BASSOLS COMA, *Instrumentos legales de intervención en los centros y conjuntos históricos*, «Revista de Derecho Urbanístico», nº 118, 1990, p. 13/52.

(18) Vid R. de VICENTE DOMINGO, *Los planes especiales de ordenación urbana*, Madrid, Montecorvo, 2007.

(19) C. PAREJA Y LOZANO, *Contenido y alcance de los planes especiales de reforma interior en el sistema de planeamiento urbanístico*, Madrid, 1984.

(20) L. PAREJO ALFONSO, *Un problema crucial de la ordenación urbanística en la hora actual. La relación plan general/plan especial. A propósito de la formación de una doctrina jurisprudencial sobre el mismo*, «Revista de Derecho urbanístico», nº 89, 1984, p. 17-51. Sobre esta misma cuestión, R. VICENTE DOMINGO, *Consideraciones sobre la relación entre el planeamiento territorial de ordenación y el planeamiento especial en la legislación urbanística estatal*, «Revista de Derecho urbanístico», nº 94, 1985, p. 65-90.

En todo caso, y trascendido por estos propósitos y objetivos, los planes especiales de reforma interior se adaptan bien a las actuaciones de rehabilitación urbana. Así entre los objetivos de los citados planes destacan: la descongestión o renovación del uso del suelo urbano, creación de dotaciones urbanísticas y equipamiento comunitario, saneamiento de barrios insalubres, resolución de problemas de circulación o estética y mejora del medio ambiente urbano o de los servicios públicos u otros fines análogos (21).

Todas estas finalidades coinciden en gran parte con el ámbito objetivo de la rehabilitación, pero al mismo tiempo la amplitud de la expresión otros fines análogos, permiten extender los objetivos de estos planes a otros fines conexos con la misma.

La aprobación de los planes especiales de protección del patrimonio cultural es ineludible en aquellos supuestos en que el espacio urbano afectado ha sido declarado conjunto de interés cultural (22). El artículo 59 de la Ley de Urbanismo de Aragón establece que la declaración de conjunto de interés cultural determinará la obligación del ayuntamiento de redactar uno varios planes especiales para la protección y en su caso, saneamiento y renovación del área afectada (23), de conformidad con lo establecido en la legislación de patrimonio cultural Aragonés.

En este tipo de planes se aprecia con mucha claridad su capacidad para la integración de las distintas normas y regímenes jurídicos que coexisten en un mismo espacio urbano (24). La legislación aragonesa es un buen exponente. El artículo 43 de la Ley 3/99 de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural aragonés señala que el plan especial establecerá para todos los usos públicos el orden prioritario de su instalación en los edificios y espacios que sean aptos para ellos. Este mismo planeamiento determinará las áreas de rehabilitación. Serán posibles las remodelaciones urbanas pero sólo en el caso de que impliquen una mejora con el entorno territorial y urbano. Al mismo tiempo el planeamiento establecerá los límites a la rehabilitación de acuerdo con la

---

(21) Artículo 58 de la Ley 5/1999 de 25 de marzo de Urbanismo de Aragón.

(22) Vid F. MORA BONGERA, *La protección de los Conjuntos históricos a través del planeamiento*, «Revista de Derecho urbanístico», nº 116, 1990, p. 47-65. Igualmente, P. LARRUMBE BIURRUM, *La figura del plan especial. Legislación sobre centros históricos*, «Revista de Derecho Urbanístico», nº 57, 1978, p. 47-110. Puede verse también M. J. GARCÍA GARCÍA, *La conservación de los inmuebles históricos a través de técnicas urbanísticas y rehabilitadas*, Aranzadi, 2000.

(23) S. GRAU ÁVILA, *Régimen jurídico de la conservación, protección y rehabilitación de conjuntos de carácter histórico*, «Revista de estudios de la Vida Local», nº 212, 1981, p. 690-721.

(24) C. J. SANZ-PASTOR, *Reflexiones sobre la protección del patrimonio cultural inmobiliario mediante planes de urbanismo*, «Revista de Derecho Urbanístico», nº 88, 1984, p. 13-44.

legislación cultural. Así se consideran excepcionales las sustituciones de inmuebles y sólo podrán realizarse cuando contribuyan a la conservación general del conjunto. En todo caso se mantendrán las alineaciones urbanas.

## **B) Planeamiento urbanístico y áreas de rehabilitación integral**

En algunas ocasiones los espacios urbanos sujetos a rehabilitación son objeto de una declaración formal por parte de la administración, dando lugar al concepto de área de rehabilitación. Es en estos casos cuando se aprecia con mayor claridad la vinculación entre rehabilitación y urbanismo.

Con esta expresión se hace referencia a un espacio delimitado jurídicamente por una declaración de carácter administrativo sobre el que se proyectan e inciden las distintas acciones de rehabilitación. La delimitación jurídica a que hacemos referencia se efectúa a través de un acto de carácter administrativo que constata la presencia en el área objeto de la declaración de los requisitos necesarios para conferirle tal carácter.

La declaración de área de rehabilitación viene a ser un complemento del planeamiento urbanístico. A través de ellas se trata de complementar la perspectiva urbanística desde la que tradicionalmente se han contemplado los espacios urbanos degradados, y permiten la coordinación de la actividad de las distintas administraciones públicas, sobre todo por lo que se refiere a la financiación de las acciones realizadas en estos contextos urbanos.

Hay que tener en cuenta que la declaración de área de rehabilitación supone la constatación por parte de la Administración de determinadas circunstancias físicas que concurren en el espacio urbano, pero carece por sí sola de capacidad para concretar las intervenciones urbanísticas a que deben someterse los ámbitos espaciales sobre los que se actúa, intervenciones que habrán de venir determinadas previamente por el plan.

Las áreas de rehabilitación constituyen por tanto el espacio sobre el que se proyectan las acciones de rehabilitación previamente definidas por el planeamiento, de ahí la importancia de que con carácter previo a la declaración se cuente con las determinaciones oportunas al respecto. El artículo 55 del Plan Estatal de la vivienda (RD 801/2005, de 1 de julio) es claro en este sentido, pues señala que las actuaciones protegidas de rehabilitación deberán *«ajustarse a la normativa del planeamiento urbanístico vigente que sea de aplicación...»*.

Las condiciones materiales para tal declaración presuponen básicamente la presencia en el espacio urbano de una serie de condiciones físicas que per-



miten delimitar e individualizar claramente el espacio afectado del resto de tejido urbano que lo circunda. Esta individualización se produce en base a la presencia de características homogéneas que se traducen en la presencia de valores arquitectónicos, urbanísticos, culturales, ambientales o simplemente en el avanzado deterioro o degradación en que se encuentra su patrimonio.

En base a estas características materiales el Plan Estatal de la Vivienda prevé dos tipos de áreas de rehabilitación:

- Áreas de rehabilitación integral (25).
- Áreas de rehabilitación de centros históricos (26).

En esta misma línea el Plan Aragonés para facilitar el acceso a la vivienda y fomentar la rehabilitación 2005-2009 establece en términos prácticamente idénticos a los del plan estatal la delimitación de estos dos tipos de áreas de rehabilitación.

Así pues, y en los términos en que se plantea por el Plan Estatal de la vivienda, la declaración como área de rehabilitación se efectúa por parte de las Comunidades Autónomas y el Estado reconoce dicha declaración y financia las actuaciones a través de un acuerdo con la Comisión Bilateral de Seguimiento (27).

Este sistema mejora considerablemente la regulación anterior donde se prevenía una duplicidad de declaraciones tanto por parte del Estado como por parte de las Comunidades Autónomas, si bien estas últimas también tenían reconocimiento estatal a efectos de su financiación.

Además de la declaración como áreas de rehabilitación integral a efectos de la financiación estatal, las Comunidades Autónomas podrán establecer

---

(25) Así las áreas de rehabilitación integral se refieren a tejidos urbanos, zonas de los mismos o barrios en proceso de degradación física, social o ambiental, así declarados por las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla y acogidos a las ayudas económicas correspondientes mediante acuerdo de la comisión bilateral de Seguimiento a que se refiere el artículo 78 del Plan Estatal de la Vivienda (artículo 50).

(26) Por su parte las áreas de rehabilitación de centros históricos son aquellos núcleos urbanos y ciudades históricas declaradas o no Bien de Interés Cultural o categoría similar de la legislación autonómica acogidas a las ayudas económicas correspondientes mediante acuerdo de la Comisión Bilateral de seguimiento (artículo 51).

(27) La declaración de área de rehabilitación es presupuesto para celebrar los acuerdos de financiación entre la Administración del Estado y la administración autonómica a través de la Comisión Bilateral de seguimiento prevista en el artículo 78 del Plan Estatal de la Vivienda 2005-2008. En estos acuerdos resultan implicadas las distintas Administraciones públicas con competencias sobre los espacios urbanos puesto que los acuerdos celebrados por la Comisión Bilateral de Seguimiento se realizan con participación del Ayuntamiento correspondiente.

sus propios presupuesto para efectuar tal declaración en el marco de su propia política de vivienda. E incluso los ayuntamientos podrán efectuar declaraciones similares. Así, el artículo 190 de la legislación urbanística de Aragón prevé la posibilidad de que las Administraciones Locales puedan delimitar áreas especiales de conservación, previo informe favorable de la Comisión provincial de ordenación del Territorio, cuando la especial degradación o interés de determinados entornos urbanos así lo aconseje, en las cuales podrán realizarse actuaciones integrales de rehabilitación aplicando los regímenes de gestión establecidos en esta Ley.

La declaración de un espacio como área de rehabilitación urbana permite coordinar la actividad verificada por las distintas Administración públicas. La cuestión remite directamente a la delimitación de competencias en materia de vivienda y urbanismo, materias que permiten la incidencia del Estado, Comunidades Autónomas y Entes locales. Por esta razón se hace necesario tratar de armonizar y coordinar las distintas acciones públicas que pueden traer causa de los títulos competenciales apuntados, de modo que se consiga con ello un efecto armonizador y no una mera yuxtaposición de acciones desconectadas entre sí. Ello se hace especialmente relevante cuando nos referimos a la actividad de fomento de la rehabilitación.

Igualmente las áreas de rehabilitación pueden ser el marco de cooperación de la Comunidad Autónoma con los municipios a través de convenios de cooperación. En este sentido puede verse la Ley de la Comunidad de Madrid de rehabilitación de espacios urbanos degradados y de inmuebles que deban ser objeto de preservación (28).

Y favorecen la iniciativa privada en la rehabilitación, al concentrar las distintas medidas de fomento en un mismo espacio urbano. En efecto, hay que tener en cuenta que en las áreas de rehabilitación se llevan a cabo importantes inversiones públicas. Dichas inversiones tienden a ser completadas con la actividad de los particulares, pues es evidente que sólo con el esfuerzo público no es posible conseguir la finalidad pretendida. De ahí que las distintas Administraciones públicas tiendan a concentrar en estos ámbitos los distintos incentivos dirigidos a estimular la inversión privada.

Por último, las áreas de rehabilitación concentran y evitan la dispersión de los recursos públicos y privados y de los resultados alcanzados en un ámbito espacial concreto y por su eficacia y efecto globalizador se contraponen a las operaciones aisladas.

---

(28) Ley 7/2000, de 19 de junio, de rehabilitación de espacios urbanos degradados y de inmuebles que deban ser objeto de preservación.

## **2. Deberes urbanísticos derivados de la consideración de las acciones de rehabilitación como actuaciones de transformación urbanística**

Algunas de las acciones en que la rehabilitación consiste se consideran como actuaciones de transformación urbanística, que según el artículo 14 del R.D. legislativo 2/2008, de 20 de junio, incluyen entre otras:

- Las que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado.
- Las actuaciones de dotación que son las que tienen por objeto incrementar las dotaciones públicas en un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción.

La rehabilitación de espacios urbanos o rehabilitación integral incide sobre edificios y viviendas para adecuarlas a las condiciones de habitabilidad, pero también comporta la realización de acciones de urbanización o reurbanización entendiéndose por tales, según el artículo 60 del Plan Aragonés de la vivienda 2005/2009 *«la adaptación o creación de espacios libres, viales y redes de infraestructuras, así como la rehabilitación de edificios de titularidad pública destinados a equipamientos»*. Según el citado artículo, en las áreas de rehabilitación integral podrán ser protegidas las operaciones de rehabilitación de edificios y viviendas, incluyendo, si ello fuera necesario, la ejecución de la urbanización o reurbanización del ámbito considerado, comprendiendo en su caso las obras de demolición.

La regulación que efectúa el Decreto 225/2005, de 2 de noviembre (29) es importante pues define lo que son las obras de urbanización y reurbanización, y permite su traducción desde el punto de vista urbanístico y su consideración como actuaciones de transformación urbanística en los términos establecidos por la legislación estatal (30).

Pues bien, dichas actuaciones de transformación urbanística darán lugar a una serie de deberes urbanísticos que la legislación estatal enumera, pero que no concreta, al supeditarlas a la naturaleza y alcance de las actuaciones que se desarrollen.

---

(29) Plan aragonés para facilitar el acceso a la vivienda y fomentar la rehabilitación 2005/2009.

(30) Por su parte, el artículo 10 de la Ley 7/2000, de 19 de junio, de rehabilitación de espacios urbanos y degradados y de inmuebles que deban ser objeto de preservación, establece que el objeto de la rehabilitación podrá consistir en la recuperación y mejora de infraestructuras, espacios libres y dotaciones, fachadas y demás cerramientos que figuren en la escena urbana y la recuperación y rehabilitación de edificios catalogados o que sin estarlo, se incluyan en el programa de rehabilitación

Así el artículo 16 establece los siguientes deberes:

- Deber de entregar a la Administración el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas.
- Deber de ceder el suelo correspondiente al porcentaje de aprovechamiento que ha de ser objeto de cesión a la Administración.
- Deber de costear la urbanización (31).

Junto a estos deberes se establecen otros que tienen su ámbito de aplicación específico precisamente en los procesos de rehabilitación como pueden ser los siguientes:

- Garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados en el área de actuación de que se trate, así como el retorno a los mismos cuando tengan derecho a aquel.
- Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y no puedan conservarse.

En todo caso, y como se ha señalado, la legislación estatal no concreta estos deberes, sino que deja que sean las Comunidades Autónomas quienes los determinen en función de la naturaleza y el alcance de las actuaciones realizadas (32).

---

(31) El artículo 28.3 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Ley urbanística valenciana establece que en las actuaciones urbanizadoras que no supongan primera implantación de servicios para edificios o instalaciones preexistentes, sino mera renovación, ampliación reestructuración de dichos servicios, o cabra imponer a la propiedad de los referidos edificios el pago de cuotas por los costes de urbanización de los mismos, salvo que se devengo se difiera hasta el momento de su reedificación, quedando la parcela afecta al pago del canon de urbanización, cuyo pago quedará afecto registralmente. A tal fin, el programa contendrá una propuesta de ordenanza reguladora del citado canon de urbanización que será aprobada junto con el programa de actuación integrada. Las edificaciones preexistentes abonarán en todo caso, los costes de urbanización correspondientes a los nuevos servicios implantados. No obstante, se exceptúa la regla del número 3 anterior, y en consecuencia se impondrán los costes de urbanización sin aplazamiento o exoneración en los siguientes casos:

- a) Cuando el edificio o instalación preexistente sirva para el desarrollo de actividades económicas que precisen de los servicios de la nueva urbanización para legitimar su permanencia en normal funcionamiento.
- b) Cuando el inmueble se beneficie de un cambio de uso o aumento de aprovechamiento previsto por el nuevo plan. (...)

(32) La legislación básica estatal deja que sean las Comunidades Autónomas las que determinen por tanto los concretos deberes urbanísticos asociados a cada actuación urbanística, a diferencia de la regulación que se establecía en el artículo 14 de la Ley reguladora del Suelo y valoraciones de 1998, que estableció que los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado no soportaran deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico, ni siquiera en solares o terrenos ya

Así pues, serán las Comunidades Autónomas las que en última instancia supediten los deberes legales a cada actuación urbanística en concreto, y por lo que a nosotros respecta también en relación a los procesos de rehabilitación urbana.

Partiendo de estas premisas, la legislación de Aragón, en la Ley 5/99 de 25 de marzo de Urbanismo, modificada por la Ley de 8 de abril de 2008 para adaptarla a las previsiones de la legislación estatal, ha establecido unos deberes urbanísticos diferenciados según la clasificación del suelo y la trascendencia (naturaleza y alcance) de las actuaciones urbanísticas realizadas en él.

Por lo que respecta a suelo urbano, la citada Ley viene a distinguir entre actuaciones en suelo urbano consolidado por la urbanización, y actuaciones realizadas en suelo urbano no consolidado por la urbanización (33).

Así según el artículo 14. 2 de la Ley Aragonesa tendrán la consideración de suelo urbano no consolidado los terrenos de suelo urbano que el plan defina expresamente como tales por estar sometidos a procesos de urbanización, renovación o reforma interior, y en todo caso los sometidos a actuaciones de dotación conforme a lo establecido en la normativa estatal. El suelo urbano que el plan no define expresamente como no consolidado tendrá la consideración de suelo urbano consolidado.

Así pues la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado por la urbanización se adopta en función de la magnitud e intensidad de las actuaciones urbanísticas que vayan a realizarse en él y condiciona la forma de ejecución del planeamiento a través de unidades de ejecución o actuaciones aisladas.

Así, el artículo 96.4 de la Ley aragonesa señala que *«las obras aisladas y de remodelación previstas por el planeamiento en suelo urbano consolidado*

---

edificados pero sujetos a obras de rehabilitación, a diferencia de los propietarios de suelo urbano no consolidado. Así se estableció en el JF 20 de la STC 164/2001.

Al hilo de esta sentencia, la STC 54/2002 declaró la inconstitucionalidad y nulidad del artículo único, apartado 1 de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998 de 20 de abril, por la que se modificaba la Ley 3/1997, de 25 de abril, de determinación de la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística, en la medida en que dicho precepto legal imponía a los propietarios de suelo urbano consolidado un deber de cesión del 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico lucrativo o, en el supuesto de obras de rehabilitación, del incremento del aprovechamiento urbanístico. Véase igualmente la STC 365/2006 de 21 de diciembre en relación con la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/1998 de 4 de junio de ordenación del territorio y de la actuación urbanística.

(33) Téngase en cuenta que conforme a la STC 164/2001, fundamento jurídico nº 20, los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado los establece cada Comunidad Autónoma.

*se ejecutarán asistemáticamente mediante proyecto de obras ordinario». Según el artículo 99.1 «La ejecución del planeamiento urbanístico se realizará mediante las unidades de ejecución que se delimiten, salvo en los supuestos de obras aisladas y de remodelación en suelo urbano consolidado...».*

En cambio cuando la realización de las operaciones de reforma interior es de tal magnitud que requiere la delimitación de unidades de ejecución estaremos ante suelo urbano no consolidado. Y cuando se realizan sobre terrenos que fácticamente o de hecho tienen la consideración de suelo urbano consolidado originan la necesidad de modificar el planeamiento y la definición de los terrenos como suelo urbano no consolidado (34).

Pues bien, dependiendo de la clase de suelo urbano ante la que nos encontremos los deberes derivados de las actuaciones de rehabilitación tendrán mayor o menor alcance.

Así cuando la acción urbanística de rehabilitación se realiza en suelo urbano consolidado por la urbanización a través de una actuación aislada o puntual los deberes de los propietarios afectados por estas actuaciones son los que se detallan en el artículo 17 de la Ley de Urbanismo de Aragón. Estos deberes se concretan en los siguientes (la Ley habla de obligaciones):

- Completar a su costa la urbanización necesaria para que los terrenos alcancen la condición de solar.
- Ceder al Ayuntamiento gratuitamente los terrenos afectados por alineaciones y rasantes, en proporción no superior al quince por ciento de la superficie de la finca.
- Proceder a la regularización de las fincas para adaptarlas a las exigencias del planeamiento en cuanto a superficie mínimo y forma para su edificación.

En suelo urbano consolidado por la urbanización las acciones urbanísticas se realizan a través de actuaciones aisladas verificadas en una parte

---

(34) Así se deduce el artículo 99.4 que señala que «La delimitación de unidades de ejecución para la realización de procesos integrales de renovación o reforma interior en suelo urbano consolidado requerirá la previa definición de los terrenos como suelo urbano no consolidado, mediante la modificación del Plan General y la consiguiente aplicación de las obligaciones establecidas en el artículo 18 de esta Ley, salvo en su letra d), conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 102 de esta misma Ley».

La Ley urbanística valenciana de 3 de diciembre de 2005 establece en el artículo 10 que tendrán la consideración de suelo urbano sin urbanización consolidada aquellos terrenos que habiendo estado previamente urbanizados, se hallen en áreas de reforma interior que precisen complementar sus dotaciones mediante actuaciones integradas.

muy importante por los propietarios en base a sus deberes de conservación y rehabilitación (35).

La ausencia del deber de ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas motiva el recurso a la expropiación forzosa como mecanismo único para la obtención de las mismas y del equipamiento comunitario (36).

No hay deber de cesión de aprovechamiento, de forma que el aprovechamiento objetivo coincide con el subjetivo, según el artículo 100 de la legislación de Aragón (37).

En cambio cuando se trata de suelo urbano calificado como no consolidado por la urbanización las obligaciones de los propietarios son más amplias, y se especifican en el artículo 18 de la Ley de Urbanismo de Aragón en conexión con el artículo 99.4 de la misma ley. Son las siguientes:

- Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo.
- Costear y en su caso ejecutar las obras de urbanización correspondientes a las dotaciones locales, incluidas las obras de conexión con los sistemas generales y de ampliación y refuerzo de los mismos (38).
- Ceder gratuitamente al Municipio los terrenos destinados a dotaciones locales y a los sistemas generales que estén incluidos en la unidad de ejecución.

---

(35) Sobre esta cuestión ver J. BERMEJO VERA, *Actuaciones urbanísticas aisladas versus planificación: modelo urbanístico y protección del Patrimonio Histórico y artístico*, en el libro homenaje a GARCÍA TREVIJANO FOS, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 803/818. Igualmente sobre actuaciones aisladas puede verse S. GRAU ÁVILA, *Las actuaciones aisladas en suelo urbano*, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1981.

(36) Así lo establece por ejemplo el artículo 109 de la Ley de Urbanismo de Aragón, que señala que «en suelo urbano consolidado los terrenos destinados por el planeamiento al establecimiento de sistemas generales o dotaciones locales se obtendrán mediante expropiación u ocupación directa...».

(37) La legislación valenciana que preveía un supuesto similar en el artículo 21.2, se ha modificado por Decreto Ley 1/2008 de 27 de junio que establece el deber de cesión a la administración de las parcelas edificables correspondientes al 5% del aprovechamiento tipo.

(38) El artículo 28 de la Ley Urbanística valenciana establece que en las actuaciones urbanizadoras que no supongan primera implantación de servicios para edificios o instalaciones preexistentes, sino mera renovación, ampliación o reestructuración de dichos servicios, no cabrá imponer a la propiedad de los referidos edificios el pago de cuotas por los costes de urbanización de los mismos, salvo que su devengo se difiera hasta el momento de su reedificación, quedando la parcela afecta al pago del canon de urbanización, cuyo pago quedará afecto registralmente.

Existe también un deber de cesión del 10% del aprovechamiento medio del ámbito de actuación, si bien hay que tener en cuenta que este porcentaje de cesión no se aplicará en el supuesto de suelo urbano consolidado que vaya a ser objeto de una actuación integral de reforma interior que precise la delimitación de unidades de ejecución. Estas actuaciones según el artículo 99.4 de la Ley del Suelo de Aragón requerirán la definición del suelo como urbano no consolidado y la modificación del plan general pero no se aplicará el deber de cesión del 10%.

Según el artículo 16.1 b) del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en las actuaciones de dotación, este porcentaje se entenderá referido al incremento de la edificabilidad media ponderada atribuida a los terrenos incluidos en la actuación. Y los deberes se cumplirán en el momento del otorgamiento de la licencia o el acto administrativo de intervención que se requiera para la materialización de la mayor edificabilidad o densidad o el inicio del uso atribuido por la nueva ordenación.

El artículo 102 de la Ley de Urbanismo de Aragón establece la posibilidad de que el plan general pueda reducir excepcionalmente y de forma motivada el porcentaje de aprovechamiento correspondiente al municipio en aquellos ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea inferior al medio en los restantes ámbitos del suelo urbano no consolidado. Todo ello en el marco del artículo 16.1 b) del texto refundido de la Ley del Suelo que permite que la legislación sectorial pueda reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada. Igualmente el artículo 122 prevé que cuando la actuación en determinadas unidades de ejecución del suelo urbano no sea presumiblemente rentable, por resultar excesivas las cargas en relación con el escaso aprovechamiento urbanístico, el Ayuntamiento podría autorizar una reducción de la contribución de los propietarios a las mismas o una compensación a cargo de la Administración.

### **3. La incidencia de la rehabilitación sobre el contenido urbanístico del derecho de propiedad: el aprovechamiento urbanístico**

La rehabilitación urbana presenta la peculiaridad de que incide sobre espacios sobre los que existe edificación consolidada donde existe un aprovechamiento urbanístico ya materializado sobre el que se proyecta el planeamiento urbanístico.

Por su parte el planeamiento puede establecer un aprovechamiento subjetivo diferente del aprovechamiento materializado. De este modo conviene señalar que para que un plan tenga un contenido ajustado a los parámetros



de la rehabilitación en el sentido de que fomente el mantenimiento de las construcciones y edificaciones es necesario que sus determinaciones mantengan el equilibrio entre el aprovechamiento ya materializado y el aprovechamiento susceptible de apropiación que resulte del planeamiento. Aparecen así dos magnitudes de cuyo equilibrio dependerán las decisiones de los particulares a la hora de inclinarse por la verificación o no de acciones de rehabilitación. A ellos queda en último termino confiada la verificación o no de intervenciones voluntarias de rehabilitación

La ruptura de la ecuación entre ambas magnitudes puede venir dada por dos circunstancias:

1.- Por la necesidad de proceder al deber legal de ceder los terrenos en que se localice el aprovechamiento correspondiente al ayuntamiento como consecuencia de la realización de acciones de rehabilitación. Situación ya vista en el apartado anterior

2.- Como consecuencia de una modificación del planeamiento que suponga la alteración de los usos e intensidades previstos en la ordenación anterior. Efectivamente la modificación del planeamiento puede conllevar un desequilibrio entre el aprovechamiento susceptible de apropiación y el aprovechamiento materializado y patrimonializado en aquellos casos en que el planeamiento urbanístico altera los usos o intensidades previstas en la ordenación anterior. Para favorecer la conservación de los inmuebles, el planeamiento ha de evitar crear expectativas superiores a las ya existentes (incrementos de aprovechamiento) y ha de tolerar determinadas situaciones previamente definidas en base a la ordenación anterior cuando el aprovechamiento materializado supera al aprovechamiento objetivo previsto por el plan. Esta previsión se contiene en el artículo 102.2 de la legislación urbanística de Aragón. Así en las operaciones aisladas de rehabilitación siempre que se conserven las edificaciones, si de da la circunstancia de que la edificabilidad materializada históricamente supera el aprovechamiento objetivo se tomará tal edificabilidad como referencia de aprovechamiento subjetivo.

Efectivamente la alteración del aprovechamiento susceptible de apropiación respecto del ya patrimonializado y materializado es un factor de considerable importancia de cara a la decisión de verificar acciones de rehabilitación.

En suelo urbano consolidado por la urbanización, sujeto a actuaciones aisladas, el aprovechamiento apropiable se refiere a la parcela. Y si el aprovechamiento materializado es superior al aprovechamiento objetivo marcado por el planeamiento se tomará como referencia del aprovechamiento subje-

tivo el aprovechamiento materializado, siempre y cuando se conserve la edificación y esta no se encuentre en situación de fuera de ordenación (artículo 100 de la legislación de Aragón).

Esta previsión favorece la conservación y rehabilitación de los inmuebles, sobre todo una vez ha cesado el deber legal de conservación y rehabilitación, pues permite mantener el aprovechamiento materializado en tanto en cuanto se mantenga el bien en cuestión (39).

También en relación al aprovechamiento medio el artículo 102.5 de la legislación de Urbanismo de Aragón establece un tratamiento privilegiado para los inmuebles singulares del patrimonio cultural Aragonés, pues permite que el Plan general pueda prever que el destino de los inmuebles singulares del patrimonio cultural aragonés y de los protegidos por el planeamiento a usos hosteleros y comerciales no consuma la edificabilidad correspondiente a la unidad de ejecución o sector.

Por otra parte, la legislación de Aragón permite, en el marco de lo previsto por la legislación estatal, que el aprovechamiento urbanístico que ha de ser objeto de cesión al ayuntamiento se pueda sustituir por su equivalente económico (disposición transitoria segunda b) de la Ley del Suelo).

#### **4. Otros deberes urbanísticos inherentes a la rehabilitación: el deber de conservación y el deber de rehabilitación (40)**

Los deberes de conservación y rehabilitación (41) obligan a los propietarios a mantener sus propiedades en condiciones de seguridad, salubridad,

---

(39) Según el artículo 30 de la Ley de Suelo valenciana, «cuando la edificación consolidada sea superior al aprovechamiento objetivo previsto por el plan, el exceso que por ser transitoriamente compatible con sus previsiones pueda mantenerse hasta su reedificación no se computará como aprovechamiento adjudicado a su titular al determinar las cesiones o costes de urbanización que le correspondan a éste, ni se tendrá en cuenta al calcular los estándares dotacionales exigibles o la edificabilidad consumida respecto al total asignada a la zona o sector en que esté situada».

(40) Contrariamente a lo que pudiera parecer, un planeamiento que parte de premisas rehabilitadoras no se caracteriza por el mantenimiento a ultranza de los elementos patrimoniales existentes, sino que admite también alteraciones de los mismos (demoliciones, sustituciones), siempre y cuando estas acciones aparezcan informadas por los propósitos de la rehabilitación.

(41) Ahora bien, el planeamiento rehabilitación no siempre presupone la conservación de inmuebles, sin que en algunos casos comporta como sabemos la demolición de los mismos bien para crear nuevas dotaciones bien para construir viviendas sujetas algún régimen de protección. En estos casos puede ser necesario llevar a cabo actuaciones de dotación que pretenden ajustar las dotaciones públicas a las nuevas condiciones de edificabilidad o uso del suelo impuestas por el planeamiento.

accesibilidad y ornato, y a mantener los bienes en condiciones de servir para su uso hasta donde alcance el deber legal de conservación (42).

Estos deberes de conservación y rehabilitación se establecen en la legislación básica, en concreto el artículo 9 del T.R. de la Ley del Suelo, los establece dentro de los deberes y cargas que conforman el contenido esencial del derecho de propiedad.

Por su parte, el artículo 31 de esta misma Ley señala que el incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación habilitará para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o para la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosa.

El deber de conservación alcanza y es exigible al propietario hasta el límite previsto en la legislación urbanística. Pero hay que tener en cuenta que el límite del deber de conservación no se establece en la legislación básica estatal, a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior (43), de modo que serán las normas autonómicas las que vengán a establecer los citados límites (44).

La legislación urbanística autonómica con base en estas previsiones estatales termina de conformar el contenido de estos deberes, estableciendo en la mayoría de los casos un régimen más benevolente para la conservación de los inmuebles que el establecido en la normativa estatal (primero en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y después, tras la declaración de inconstitucionalidad del artículo 247 del citado texto legal, en el artículo 183 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976) (44), en donde la

---

(42) Vid J. GARCÍA BELLIDO, *Nuevos enfoques sobre el deber de conservación y ruina urbanística*, «Revista de Derecho Urbanístico», nº 89, 1984, p. 53-67. Igualmente, F. LÓPEZ MERINO, *El estado ruinoso ante el derecho*, RAP, nº 70, 1973, p. 55-111.

(43) La STC de 20 de marzo de 1997 declaró inconstitucional el artículo 247 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que regulaba los supuestos de la declaración de ruina, en base a su pretendido carácter supletorio. Por su parte la Ley 8/2007 de 28 de mayo únicamente establece el deber de conservación pero sin establecer los supuestos que determinan la declaración de ruina que habrán de ser fijados por la legislación autonómica.

(44) En este sentido la regulación efectuada por las distintas normas autonómicas difiere considerablemente. Así la legislación urbanística valenciana entiende que es el cese del deber de conservación el que da lugar a la declaración de ruina y no a la inversa. La determinación del límite del deber de conservación se establece en la Ley autonómica valenciana en términos cuantitativos, lo que reduce a criterios económicos las circunstancias objetivas que indirectamente han de ser tomadas en cuenta para la declaración de ruina. Sobre esta cuestión puede verse M. J. GARCÍA, *La declaración de ruina en la Ley valenciana Reguladora de la Actividad Urbanística*, «Revista valenciana de Estudios Autonómicos», nº 17, 1997, p. 141.

(45) Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico vigente en las citadas normas puede verse en M.J. GARCÍA GARCÍA, *El régimen jurídico de la rehabilitación urbana*, Institución Alfonso el Magnánimo, 1999.

declaración de ruina comportaba como consecuencia jurídica la demolición del inmueble (46). En este sentido la legislación autonómica ha incidido tanto en la regulación de los supuestos que pueden dar lugar a la declaración de ruina (todavía muy vinculados a criterios económicos), como en las consecuencias jurídicas de dicha declaración que dan opción al propietario a conservar o demoler, pasando por la intervención de la Administración a la que se le reconoce capacidad para alterar la situación física de ruina (47).

Un buen ejemplo de estas afirmaciones lo constituye la legislación urbanística de Aragón que distingue entre el límite del deber de conservación del propietario y el límite del deber de conservación del inmueble.

El límite del deber legal de conservación para el propietario viene constituido por una magnitud económica y se alcanza cuando las obras de conservación superan la mitad del valor de las edificaciones excluido el suelo según el artículo 186.2 de la legislación urbanística de Aragón. El límite económico del deber de conservación que es exigible al propietario viene constituido por el 50 por ciento del valor de las edificaciones excluido el suelo. O lo que es lo mismo, lo único que cabe imponer al propietario es una conservación que no exceda del 50 por ciento del valor del inmueble.

Sin embargo la apreciación de este límite no determina automáticamente la declaración de ruina y subsiguiente demolición, sino que constatado el mismo, el propietario puede optar entre solicitar las subvenciones o ayudas a la administración en la parte que exceda del límite anterior, o bien solicitar la declaración de ruina de las edificaciones. Hay que tener en cuenta que el límite del 50% del valor del edificio que marca el cese del deber de conservación coincide con el primer supuesto de ruina, la ruina física. Por su parte, los supuestos de la ruina técnica son reconducibles igualmente a criterios económicos (48).

En definitiva y siempre antes de la declaración de ruina, permite que sean los propietarios quienes opten bien por solicitar la declaración formal de ruina o bien por la conservación del inmueble con el límite a su cargo del 50 por ciento del valor del edificio, costeadando la administración la parte restante.

---

(46) Un estudio del tratamiento de esta cuestión en la legislación valenciana puede verse en M. J. GARCÍA, *La declaración de ruina en la Ley valenciana Reguladora de la Actividad Urbanística*, «Revista valenciana de Estudios Autonómicos», obra cit., p. 141.

(47) Véase G. GARCÍA ÁLVAREZ, *La ruina en el derecho urbanístico: crisis y evolución del modelo tradicional*, Thomson-Aranzadi, 2007.

(48) Véase en este sentido M.J. GARCÍA GARCÍA, *El régimen jurídico de la rehabilitación urbana*, Valencia, Instituto Alfonso el Magnánimo, 1999.

La declaración de ruina marca el límite del deber de conservación del inmueble. Se mantiene el binomio ruina demolición de forma que declarada la ruina procede la demolición del inmueble, pero para declarar la ruina es necesario tomar en consideración dos circunstancias: materiales, físicas o fácticas y formales, consistentes en la apreciación por parte de la Administración de tales circunstancias.

Por esta razón la declaración de ruina está supeditada a la voluntad de la Administración, pues concurriendo la situación fáctica de ruina en un inmueble, la Administración puede impedir la declaración de la misma a través de la alteración del estado físico del inmueble iniciando las obras de conservación necesarias para eliminar el estado de ruina y todos los posibles efectos derivados de la misma (49). El propietario deberá sufragar el importe de las obras correspondientes a la mitad del valor de las edificaciones, excluido el suelo. Nuevamente rige para el propietario el límite del 50 por ciento del valor del edificio, siendo la Administración la que debe costear las obras en la cantidad que exceda de dicho porcentaje. Se pone de manifiesto así la participación de la Administración en el deber de conservación.

De esta manera para que cese el deber de conservación, y se produzca la situación legal de ruina es necesario no sólo que se den los presupuestos fácticos necesarios, sino también que exista una declaración formal por parte de la Administración que ponga de manifiesto estas circunstancias. Ahora bien, y según hemos visto, la situación material de ruina es reversible, pues antes de que haya sido declarada, la Administración puede alterar el estado físico del inmueble, ordenando las obras necesarias para eliminar la ruina física, lo que viene a mitigar los efectos de la misma.

La legislación básica estatal regula también en su artículo 9 el deber de rehabilitar junto con el deber de conservación. No obstante, las Comunidades Autónomas no han desarrollado de la misma manera este deber. Así por ejemplo la legislación autonómica valenciana ha establecido un deber de conservación y rehabilitación que se deduce expresamente de la Ley, y que es exigible aun cuando no haya normas específicas aplicables sobre protección del medio ambiente, patrimonios arquitectónicos o sobre rehabilitación urbana (50).

---

(49) La intervención de las Administraciones locales en esta materia es relevante, no sólo por lo que se refiere a la declaración de ruina o al cese de la misma, sino también por el control sobre las condiciones de las edificaciones. En este sentido puede verse G. GARCÍA-ÁLVAREZ, *La regulación de la inspección técnica de edificios mediante normas municipales: en particular, la ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza reguladora del deber de conservación de edificación e inspección técnica de edificios*, en esta REVISTA, nº 30, 2007, p. 321-350.

(50) Artículo 206 de la Ley de Suelo de la Comunidad Valenciana.

El deber de rehabilitar se impone por tanto por la propia legislación urbanística y habilita según el artículo 212 de la misma Ley a los Ayuntamientos a dictar órdenes de ejecución de obras de reparación, conservación y rehabilitación de edificios deteriorados o en condiciones deficientes para su utilización efectiva. La legislación valenciana establece además un régimen específico para el caso de que se produzca el incumplimiento de tal deber. En tal supuesto los edificios se consideraran en régimen de edificación o rehabilitación forzosa de acuerdo con los artículos 217 y 218 de la citada Ley lo que habilita a la Administración para expropiar la parcela o el solar o proceder a la ejecución forzosa del planeamiento mediante sustitución del propietario (51), todo ello en el marco de las previsiones establecidas por el artículo 36 del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

En cambio la legislación urbanística de Aragón no ha incluido el deber de rehabilitación entre los deberes urbanísticos de los propietarios. El artículo 185 de la legislación urbanística de Aragón se refiere únicamente al deber de conservación, si bien la legislación básica estatal proporciona como hemos señalado respaldo legal suficiente para la imposición de tal deber de forma que serán las normas sobre rehabilitación o protección del patrimonio edificado las que puedan imponerlo, así como el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación.

---

(51) El Decreto 76/2007, de 18 de mayo, del Consell valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Rehabilitación de Edificios y viviendas, establece en su artículo 79 de una forma mas detallada el tratamiento de los inmuebles sometidos a este régimen jurídico.

# **EL CONCEPTO DE RIESGO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL A LA INFANCIA EN ARAGÓN: UN ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO**

CARMEN MESA RAYA

*SUMARIO: I. EL RIESGO COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN SOCIAL A LA INFANCIA.— II. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE RIESGO EN EL MARCO DE LA LEY DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGÓN: 1. La distribución de competencias. 2. El proceso de intervención.— III. LA PREVENCIÓN Y EL RIESGO.— IV. LA GESTIÓN DEL RIESGO.— V. LA PARTICIPACIÓN DEL NIÑO.— VI. LOS NUEVOS RETOS PARA LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO.— FUENTES DOCUMENTALES.*

*RESUMEN:* Vivimos en la Sociedad del Riesgo. Una sociedad que se caracteriza y define por grandes cambios que de forma constante y rápida atraviesan nuestra existencia. Dos características ampliamente consensuadas y admitidas como evidentes de la llamada sociedad postmoderna.

En este mundo a contrarreloj en el que nos toca vivir, el hombre se esfuerza por protegerse de las catástrofes y de los efectos de «esos riesgos» ilocalizables, muchas veces indefinidos y de dimensiones no previstas.

Proliferan los instrumentos de prevención, previsión y tratamiento del Riesgo en todos los ámbitos.

El mundo de la infancia y la adolescencia y su protección, no es ajeno a estas circunstancias sino que está inmerso e impregnado de las características de este contexto global. Habitualmente leemos en la prensa, oímos en otros medios de comunicación o simplemente hablamos con nuestros contertulios de la Infancia en Riesgo.

Este trabajo pretende evidenciar la complejidad teórica y práctica de un término que quizás por su uso constante y en algunos casos, poco meditado, introduce más confusión que claridad.

Es obvio señalar que cuando hablamos de infancia en riesgo, el significado del término en sí mismo no nos remite a nada concreto. Es necesario acompañarlo de otros significantes que nos permitan contextualizar el riesgo y responder a interrogantes como: ¿Infancia en riesgo de qué? o ¿El riesgo de la infancia desde dónde?

En un intento de acotar y dar respuesta a este último interrogante, el marco general en el que se realiza este breve análisis exploratorio sobre el tratamiento del Riesgo en la Infancia, es el Sistema de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Una perspectiva socio-jurídica permite entrelazar variables sociales y legales, dos mundos que se complementan, que son reflejo o traducción el uno del otro pero que a la par, introducen matices que los diferencian y enriquecen.

*Palabras clave:* sociedad del riesgo; infancia en riesgo; sistema de protección de menores.

*ABSTRACT: We live in the Risk Society. A society characterized and defined by great changes that go through our lives in a constant and rapid way. Two characteristics widely agreed by consensus and admitted as evidence of the so-called post-modern society.*

*In this world where we live against the clock, man strives to protect himself from catastrophes and from the effects of «those untraceable risks», that most of the times are undefined and of an unforeseen magnitude.*

*There are multiple instruments for the prevention, prediction and treatment of the Risk in all the different areas.*

*The world of childhood and adolescence and their protection is not unaware of these circumstances; on the contrary, it is immersed in and imbued with the features of this global context. We usually read about the «At Risk Childhood» in the newspapers, or hear about it in different media, or just talk about it with our interlocutors.*

*The purpose of this article is to try to show the theoretical and practical complexities of a term that perhaps because of its constant—and sometimes little pondered use—generates more confusion than clarity.*

*It is obvious to point out that when we talk about «at risk childhood» the meaning of the term itself doesn't refer us to anything in particular. It must be accompanied by other signifiers that allow us to contextualize the risk and answer questions like: «Childhood at risk of what?» or «Where do childhood risks come from?»*

*In an attempt to delimit and give answer to this last question, the general framework where this exploratory analysis about the treatment of Childhood Risk takes place is the Minor Protection System of the Autonomous Community of Aragón.*

*A socio-legal perspective allows us to intertwine social and legal variables, two worlds that complement each other, that are a reflection or translation of each other but at the same time introduce some nuances that make them different and enrich them.*

*Key words:* risk society; risk childhood; minor protection system.

## **I. EL RIESGO COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN SOCIAL A LA INFANCIA**

Un recorrido por los antecedentes y evolución del Sistema de Protección Social a la Infancia es requisito indispensable para comprender cómo nace y se construye jurídicamente el concepto de «Riesgo» en este marco institucio-



nalizado y cómo ha ido evolucionando hasta adquirir los matices y significados actuales.

El artículo 39 de la Constitución Española hace mención a la obligación de los poderes públicos para asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

En el proceso de creación y consolidación del Estado Español como un Estado de Autonomías, los diferentes Estatutos fueron asumiendo e incorporando dentro de sus competencias, la de protección a la infancia.

Así, el ya derogado Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley orgánica 8/1982, de 10 de agosto, en su texto reformado por Ley orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, y en virtud de la descentralización de competencias que contempla y posibilita la Constitución, establecía en su artículo 35.1.26, 27 y 28, la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de asistencia, bienestar social, fundaciones de carácter benéfico, asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón, así como en la protección y tutela de menores.

La ley orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (1), contempla en su Art. 71.39<sup>º</sup> la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en la siguiente materia:

*«Menores, que incluye la regulación del régimen de protección y tutela de los menores desamparados o en situación de riesgo social».*

Junto a este marco jurídico básico de distribución competencial que retomaré más detenidamente en un momento posterior, el actual Sistema de Protección a la Infancia en España en general y en la Comunidad Autónoma de Aragón en particular, tiene sus antecedentes históricos en la denominada Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 (TTM), en la Ley 21/ 1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Adopción y en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

De modo muy sucinto y sin entrar en las particularidades específicas de cada uno de estos tres textos legales que, dicho sea de paso, son muchas y muy interesantes, sino con la única finalidad de retroceder en el tiempo para entender el porqué y el cómo del actual concepto de Riesgo en el marco jurídico actual en el que se define la Protección Social a la Infancia, revisaré la

---

(1) Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 97 de 23 de abril de 2007.

concepción que sobre esta y sobre los modos en los que se pensaba su protección, se desprenden de su lectura.

La Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, en vigor hasta su derogación en 1987, se puede describir ahora, con la perspectiva que proporciona el paso del tiempo, como un texto del que se desprende que el menor era propiedad de sus padres y en su caso, del Estado. Mezclaba lo que ahora se diferencia como facultad de protección con la de reforma. Los jueces eran los competentes para «proteger a los menores de 16 años contra el indigno ejercicio del derecho de guarda y educación de sus progenitores». La protección a la infancia se ejercía de forma inmediata sobre el niño, internándolo en un centro o entregándolo a una familia de acogida que posteriormente, casi siempre lo adoptaba y, sobre los responsables del menor, de forma mediata en un sentido represivo y negativo. No se realizaba ninguna intervención profesional para modificar las circunstancias familiares y sociales que daban lugar a la intervención del Tribunal Tutelar de Menores. Además, no existía diferenciación ni en el procedimiento ni en las medidas adoptadas, entre los casos de maltrato infantil y aquellos otros en los que los menores no encontraban cubiertas sus necesidades básicas por carencias familiares que, de forma habitual, eran las económicas.

Esta Ley fue muy criticada después de la promulgación de la Constitución Española, por la inconstitucionalidad de los procedimientos por los que se regía ya que dejaban en una posición de indefensión tanto al menor como a sus progenitores.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, supuso la reforma del derecho de protección a los menores y como consecuencia, la creación de dispositivos para su aplicación y ejecución.

Se elabora en un momento de cambio en la concepción de la infancia coincidente con los trabajos preparatorios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aspecto este que se evidencia en la coincidencia sobre la supremacía del interés superior del menor y la prioridad en la reinserción familiar del mismo. El niño pasa de ser objeto de intervención a ser sujeto de la misma. Se construye socialmente el término Infancia. El niño ya no es propiedad de sus padres; es sujeto de derechos y necesidades que deben ser el eje de su atención y protección.

Su opinión y participación en todos los procesos que le afecten deberán guiar las actuaciones de las Administraciones Públicas.

Desde una perspectiva de la intervención, los cambios más significativos que introduce este texto legal son, entre otros, el proceso de descentralización en la intervención sobre los menores que requieran de protección y que se materializa en la Administración Pública que en cada Comunidad Autónoma se determine, la desjudicialización o lo que es lo mismo, la sociologización de estos procesos de intervención que se produce al incorporar profesionales de «lo social» en las valoraciones e intervenciones en situaciones de desprotección infantil, y la sustitución del concepto de abandono por el de desamparo que dará lugar a la tutela administrativa del menor y la introducción de la guarda y el acogimiento como otras medidas de protección junto a la mencionada tutela administrativa.

Además, se designa a la figura del Fiscal como supervisora de la actividad administrativa en materia de protección de menores.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño fue la pieza que faltaba para el reconocimiento de la personalidad jurídica plena de la infancia, otorgando a los menores el derecho a la participación política y social y señalando que éstos requieren un trato diferenciado respecto de los adultos, pero no por ello limitativo de sus capacidades.

Hasta aquí, lo que podríamos denominar como los antecedentes del actual Sistema de Protección Social a la Infancia que jurídicamente se concreta en la Ley Orgánica 1/ 96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento, en adelante Ley de Protección Jurídica del Menor (LPJM) y de modo específico en Aragón, a través de la Ley 12/2001, de 2 de Julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón, en adelante Ley de Infancia y Adolescencia de Aragón.

La Ley de Protección Jurídica del Menor (LPJM) recoge de modo explícito la filosofía de la Convención de los Derechos del Niño en tanto que considera al menor como sujeto de derechos. Incluye un catálogo específico de los mismos y trata de dar respuesta a las lagunas que se detectaron en la aplicación de la Ley 21/87. En este sentido, la Ley concibe las necesidades de los menores como el eje de sus derechos y de su protección.

De una lectura detenida de la Ley de Protección Jurídica del Menor y de la Ley de Infancia y Adolescencia de Aragón se desprende que el concepto de Riesgo, aparece por primera vez en la Ley de Protección Jurídica del menor. Más adelante veremos cómo este concepto implica una graduación dentro de las situaciones de desprotección que da lugar a una intervención distinta a la del desamparo por parte de la Entidad Pública competente en cada Comuni-

dad Autónoma. Se da así respuesta a una de las lagunas que se habían detectado en la aplicación de la Ley 21/87.

Hasta la promulgación de la Ley de Protección Jurídica del Menor no existía la obligatoriedad pública de intervención en situaciones de desprotección que no implicasen la separación del niño de su entorno ni por consiguiente, la consideración de estas como de desprotección infantil.

En el Capítulo I, del Título II de la Ley de Protección Jurídica del Menor, se definen las actuaciones en situaciones de desprotección social del menor y de modo específico, los artículos del 12 al 17, ambos inclusive, hacen alusión al concepto de Riesgo.

El Art. 12.1. dice textualmente: *«La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley».*

Por su parte, el artículo 17, se refiere de modo específico a las actuaciones en situación de riesgo y señala:

*«En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela, por ministerio de Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.*

*Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evaluación del menor en la familia».*

Paralelamente y en el marco de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, define ya en su preámbulo el concepto de riesgo que desarrolla posteriormente en el Capítulo II del Título III como:

*«aquellas situaciones en las que las carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas de los menores no requieren su separación del medio familiar».*

El artículo 56 del mencionado Capítulo II dice: *«Se consideran situaciones de riesgo aquellas en las que, por circunstancias personales o sociofa-*

*miliares, se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requieren su separación del medio familiar.»*

Sin ánimo de cargar la lectura con referencias textuales al articulado de ambos textos legales, y en un intento de introducir el análisis al concepto de Riesgo dentro de la Política Social de Protección a la Infancia y la Adolescencia en Aragón, considero importante hacer un inciso para identificar algunos de los aspectos que son, en mi opinión, básicos para entender y reflexionar sobre el concepto de Riesgo en el actual Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia.

Por una parte, se identifican dos niveles de Riesgo que a la par dan lugar a dos modalidades de intervención por parte de los Poderes Públicos o de las Entidades Públicas competentes en esta materia. Estos dos niveles hacen alusión a la *prevención del riesgo* por una parte y a la *reparación del riesgo* por otra.

La prevención del riesgo remite a aquellas situaciones en las que no existe una situación de desprotección, de maltrato y que son corresponsabilidad de todos los Poderes Públicos. Ambos textos legales hacen reiterado hincapié en la necesidad y prioridad de este nivel de intervención.

Por su parte, la reparación del riesgo es identificada con aquellas situaciones en las que se valora que existe una situación de maltrato y que es responsabilidad de las Entidades Públicas competentes en esta materia en cada Comunidad Autónoma. Implica la intervención en la situación sin que el menor sea separado de su medio familiar.

Vinculados a estos dos niveles aparecen diferentes conceptos que los definen y perfilan y a los que me voy a referir seguidamente.

En estos momentos, el concepto de Riesgo dentro de los Sistemas de Protección Social a la Infancia, ocupa un lugar privilegiado sobre el que se articulan la distribución competencial, los procesos de intervención y la toma de decisiones.

Como suele ocurrir en otros ámbitos, el exceso y la arbitrariedad en el uso del término, implica una confusión en la correlación significativa/significado que sólo puede ser resuelta si el concepto en sí mismo aparece acompañado por otros términos que ayuden a su ubicación referencial dentro del marco conceptual y social al que nos queremos referir y en el que lo usamos.

Así, factores de riesgo, infancia en riesgo, evaluación del riesgo, declaración del riesgo, riesgo en la toma de decisiones..., son algunos de los

ejemplos que justifican la necesidad de revisar este concepto de manera más específica.

Tal y como señalaba inicialmente, el concepto de Riesgo dentro de la Política Social a la Infancia, se enmarca en la denominada *Protección Social a la Infancia* pero, ¿qué se entiende en estos momentos por Protección Social a la Infancia?

Tras un enunciado ya popularizado de que la Protección Social a la Infancia es cosa de todos, existe un intento normativo de delimitación competencial que identifica cuatro niveles de corresponsabilidad:

*Los padres o tutores* representan el primer nivel por su responsabilidad directa en cubrir las necesidades de los menores contando en su caso, con el apoyo del entorno familiar, considerado como segundo nivel de responsabilidad, y que será el primero en sustituirlos si fuese necesario.

Los diferentes *Sistemas Públicos de Protección Social* (Educación, Justicia, Servicios Sociales, Salud) representan de manera conjunta, el tercer nivel de responsabilidad.

Por su parte, *los denominados Servicios Sociales Especializados de Protección de Menores*, cuarto nivel, deben actuar subsidiariamente cuando los anteriores no garantizan la cobertura y protección de las necesidades y derechos de los menores.

Al margen de la responsabilidad privada o familiar centrada en los padres o tutores y en su caso, en el apoyo del resto del entorno familiar, la Protección Social a la Infancia de responsabilidad pública se bifurca entre todos los Sistemas Públicos de Protección, y los Servicios Sociales Especializados de Protección de Menores.

Aunque este señalamiento pueda resultar obvio, considero necesario reiterar la importancia del mismo a la hora de enmarcar el concepto de Riesgo.

Si hablamos de Riesgo haciendo alusión a la Protección Social a la Infancia que identifica al conjunto de los Sistemas Públicos de Protección Social como responsables de la misma, estamos hablando de prevención del riesgo. Por el contrario, si usamos «Protección Social a la Infancia» para identificar la intervención de los Servicios Sociales Especializados de Protección del Menor, estamos identificando el Riesgo con una situación de desprotección, en la que existe maltrato al menor dentro de su entorno familiar y que tal y cómo se señaló antes, requiere de una intervención sobre ese menor y su familia de manera específica. Una intervención que no implique una separación del mismo de su entorno.

Es muy común la alusión a la Protección Social a la Infancia dentro de los ambientes profesionales vinculados a la «intervención social» pero esta diferenciación, si aparece relacionada con el concepto que nos ocupa, es difusa y no aparece en muchos casos bien delimitada.

Un análisis más detenido del concepto de Riesgo vinculado a otros significantes que lo dotan de significados distintos, nos ayudará a delimitarlo y a entender sus diversas acepciones dentro del ámbito de la Protección Social a la Infancia en un sentido amplio, vinculado a todos los Sistemas Públicos de Protección, y de la Protección Social a la Infancia específica y centrada en los Servicios Sociales Especializados de Protección al Menor.

**FACTORES DE RIESGO:** hacen referencia a la presencia o ausencia de determinadas condiciones en la vida del menor y/o en su entorno, que aumentan la posibilidad de que aparezcan conductas o situaciones de maltrato. Los factores de riesgo por sí solos nunca prueban la existencia de maltrato, sólo predicen la probabilidad de que aparezca.

Los factores de Riesgo nos hablan de la etiología del maltrato, de porqué, desde un plano teórico, se piensa que un niño puede ser objeto de maltrato dentro de su ambiente familiar. En este sentido, la identificación de factores de riesgo así como el paradigma teórico desde el que se definen, está directamente relacionado con la prevención del riesgo de sufrir un maltrato.

En la construcción del término, se identifican tres modelos teóricos desde los que se abordan los factores de riesgo como predictores de una posible situación de maltrato. El modelo psicopatológico, el modelo sociológico y el modelo ecológico.

1º El modelo psicopatológico considera que son las características psicológicas y los desórdenes psicopatológicos de los padres los principales factores explicativos del maltrato infantil.

2º El modelo sociológico supuso el reconocimiento de la importancia del contexto donde ocurre el maltrato.

3º El modelo ecológico, nacido como proceso de evolución e integración de los dos anteriores, señala que el riesgo de que un niño llegue a ser maltratado es el resultado del patrón de interacción que se establece entre el propio menor, su familia y el entorno que los rodea. Identifica factores individuales del niño y de sus padres, factores familiares en la interacción paterno-filial, en las relaciones de pareja y en la configuración familiar y factores socioculturales en el ámbito laboral, en las redes sociales de apoyo y en el modelo cultural de educación. A la vez que insiste en que aunque muchos de estos factores se encuen-

tran con frecuencia presentes en las situaciones de maltrato infantil, ello no significa que su presencia siempre tenga como resultado una situación de maltrato.

**FAMILIAS EN RIESGO:** ¿A qué se refieren los profesionales «de lo social» cuando hablan de familias en situación de riesgo?

En general, los profesionales del ámbito social utilizan el concepto «familia en riesgo» para referirse de modo genérico a diferentes estructuras familiares que reúnen condiciones o factores favorecedores de procesos de exclusión o marginación social. Sin embargo, esta terminología se utiliza indistintamente para referirse a familias en las que se dan condiciones favorables para que se generen situaciones de maltrato infantil. Esto es debido posiblemente a la coincidencia en los factores sociales tanto de familias en riesgo de exclusión social como en las familias en riesgo de generar situaciones de maltrato infantil.

**RIESGO DE MALTRATO:** Se identifica con casuísticas en las que no existe maltrato infantil pero sí factores de riesgo de maltrato infantil. Los factores de riesgo de maltrato no identifican por sí mismos una situación de maltrato infantil. Su asociación y persistencia, junto a otras circunstancias precipitantes de la aparición de maltrato pueden ser signos que permitan predecir e identificar una posible situación de maltrato futura.

**EVALUACIÓN DEL RIESGO:** Se refiere al proceso dirigido a determinar la probabilidad de que una persona, en el caso que nos ocupa una figura parental, cometa en el futuro un acto de maltrato hacia un niño, y que dicho acto provoque en éste un daño. Es importante señalar que este concepto de «evaluación del riesgo» se utiliza en los Servicios Sociales Especializados de Protección a la Infancia y que éstos intervienen cuando el daño ya se ha producido, siendo obvio que no tienen capacidad para modificar lo sucedido, puesto que se trata de un evento pasado. En definitiva, la evaluación del riesgo trata de determinar la probabilidad de que la situación de maltrato que ya se ha producido se repita y en este caso, la gravedad de la misma. En definitiva, el riesgo de repetición del maltrato.

Hay que tener en cuenta que se trata de responder a dos cuestiones diferentes, ya que la información requerida para determinar la probabilidad de que el niño sufra un daño en el futuro no tiene por qué coincidir con la necesitada para establecer la probabilidad de que tal daño tenga un carácter severo o grave. De hecho, los instrumentos existentes en la actualidad para evaluar el riesgo incluyen factores que están asociados a la probabilidad de que se produzca algún tipo de daño, pero no parecen responder a la predicción de la gravedad de dicho daño.



Existen diferentes instrumentos estandarizados de evaluación del riesgo. El elaborado y publicado en 1993 por J. De Paul e I. Arruabarrena es de los más utilizados por los diferentes Servicios de Protección a la Infancia en las distintas Comunidades Autónomas.

La validez y fiabilidad de este tipo de instrumentos para la toma de decisiones no está demostrada y es importante, tal y como se señala en las indicaciones sobre su aplicación, utilizarlos como guía orientativa que no sustituye ni la valoración del profesional ni la particularidad del caso en concreto.

**RIESGO DE DESAMPARO:** Continuando con esta revisión conceptual, decimos que existe riesgo de desamparo cuando existe una situación de maltrato, de desprotección, que requiere de intervención pero que no implica la declaración de desamparo y por tanto, la asunción de la tutela del menor por parte de la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma y el ejercicio de su guarda, bien por vía del acogimiento residencial o familiar.

**DECLARACIÓN DE RIESGO:** designa el acto administrativo por el cual se identifica una situación de desprotección susceptible de intervención por los Servicios de Protección a la Infancia que requiere de un plan específico de intervención.

**RIESGO EN LA TOMA DE DECISIONES O RIESGOS ASOCIADOS A LA INTERVENCIÓN:** Hace referencia a la evaluación de los efectos perjudiciales que sobre el niño pueden tener las intervenciones que se desprenden de las medidas de protección. El pronóstico del caso en función de la decisión a tomar.

En un intento nada sencillo de recopilar y aglutinar conceptos, la Protección a la Infancia en un sentido amplio, sería corresponsabilidad de todos los Sistemas Públicos de Protección Social quedando asociada a la prevención del riesgo de maltrato y por tanto, a la intervención en casos en los que existen factores de riesgo de maltrato o hablemos de familias en riesgo de generar procesos de maltrato.

La Protección a la Infancia en un sentido más restrictivo, y circunscrito a los Sistemas de Protección de Menores, quedaría vinculada a situaciones de riesgo de desamparo que implican la evaluación del riesgo, la valoración de la probabilidad de repetición de la situación de maltrato intrafamiliar y el análisis de los riesgos asociados a las intervenciones por parte de los profesionales y a la declaración de riesgo como el acto administrativo y formalizado a través de una resolución de la Entidad Pública competente desde la que se interviene sobre esa situación.

## **II. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE RIESGO EN EL MARCO DE LA LEY 12/2001, DE 2 DE JULIO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGÓN**

En Aragón, la elaboración de un marco jurídico propio y específico para la protección social a la infancia, tiene su origen en la confluencia sincrónica de dos circunstancias, que actualmente configuran los antecedentes o el proceso histórico de la Protección social a la infancia en Aragón.

De una parte, el desarrollo estatutario en materia de «asistencia social» (2) permitió la promulgación de la Ley 4/1987, de 25 de marzo de ordenación de la Acción Social en Aragón. Ley todavía vigente aunque en proceso de revisión ya que el Departamento de Servicios sociales y Familia del Gobierno de Aragón, tiene entre sus prioridades para la actual legislatura, la elaboración de una nueva Ley de Servicios Sociales que se adecue a los cambios socioeconómicos y administrativos que nuestra Comunidad Autónoma a experimentado en el transcurso de estos 20 años.

Los artículos 13 y 14 de la Ley de Ordenación de la Acción Social (comúnmente, LOAS) recogen diversas competencias como la del mantenimiento en cada provincia de un servicio de acogida y atención primaria de menores (art. 13) y la prestación de un servicio de adopción de carácter regional (art. 14).

Paralelamente, tal y como he señalado anteriormente, el Estado realiza una importante modificación en la concepción y organización del Sistema del Protección Social a la Infancia con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Adopción.

El inicio de la configuración y organización de los Servicios Sociales en Aragón y la atribución de competencias en las Administraciones Públicas Autonómicas en tanto que entidades titulares de la protección social a la infancia en su territorio, impulsaron la necesidad de un marco específico que regulara la actuación protectora de la Administración Aragonesa. Nace así la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores.

En ella, no se hace alusión a la «situación de Riesgo» como una situación de maltrato infantil que requiera de la intervención pública sin dar lugar a la asunción de la tutela administrativa y por tanto a la declaración de

---

(2) El Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, establecía en su artículo 35.1.19 la competencia exclusiva de la comunidad autónoma en materia de asistencia, bienestar social, desarrollo comunitario y juventud, promoviendo las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural.

desamparo del menor. En su artículo 10 sí que se enuncia específicamente la necesidad de «*disminuir los factores de riesgo de marginación, drogadicción o cualquiera otro en el marco de la Ley de Ordenación de la Acción Social*». Prevención de riesgo de maltrato que según contempla el art.25 de Ley, «*En los términos establecidos en la Ley reguladora de las bases de régimen local, los municipios con población superior a 20.000 habitantes realizarán programas y actividades de prevención destinados a evitar que se produzcan las situaciones de desamparo*».

La puesta en marcha de la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores de Aragón puso en evidencia, al igual que el resto de normativas autonómicas dos aspectos cruciales para el desarrollo y evolución de los Sistemas autonómicos de Protección Social a la Infancia. La inexistencia de un marco general diseñado por la Administración Central en el que pudieran desarrollarse, con unas directrices comunes, todos los sistemas autonómicos de protección social a la infancia, y la inexistencia del reconocimiento legal de situaciones de maltrato infantil que requerían de la intervención y protección de las administraciones públicas sin llegar a ser consideradas situaciones de desamparo.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor dio respuesta a estas carencias que se habían convertido ya en reiteradas demandas tanto de los profesionales de intervención directa como de los responsables de los distintos servicios autonómicos responsables de la gestión de la competencia en materia de protección social a la infancia.

Esta circunstancia, a la que es necesario añadir la ratificación española de la Convención de los Derechos del Niño, exigía a Aragón, al igual que al resto de Comunidades Autónomas, la revisión y adecuación de sus normativas a la norma estatal. El campo de intervención pública en la Protección Social a la Infancia daba un paso importante y se extendía más allá de los límites impuestos por las situaciones de maltrato infantil hasta la promoción y defensa de los derechos de la infancia.

Aragón elabora su todavía hoy vigente Ley de infancia; *la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón* que a su vez deroga tal y como consta en su única disposición *derogatoria* «*la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como cualquier otra disposición de igual o inferior rango que se oponga a lo establecido en la presente Ley.*»

Antes de abordar de manera específica el concepto de Riesgo en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, y a

modo de presentación del texto, podemos hablar de una normativa bastante extensa, sobretodo si la comparamos con su predecesora, estructurada en un Preámbulo, IX Títulos, 108 artículos, dos Disposiciones Adicionales, una única Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales. Una Ley adecuada a las exigencias ya enunciadas impuestas por el contexto, y fruto del proceso de evolución en la concepción y tratamiento de la protección a la infancia.

Cuantitativamente, el concepto de «Riesgo» aparece en un total de 28 ocasiones a lo largo de todo el texto jurídico (incluyendo el preámbulo y los IX Títulos).

Cualitativamente, podemos esbozar un análisis más específico del concepto y su significado:

La prevención tanto de los Factores de Riesgo como de las situaciones de Riesgo tendrán carácter prioritario (art.7 y 47.c). El apoyo a la familia y la formación de los padres son aspectos específicos de la prevención. La notificación de las situaciones de Riesgo ante la autoridad competente son obligatorias para cualquier persona y especialmente para los profesionales del ámbito educativo y sanitario (art. 9.3; art.28; art.35; art.50.) La detección de las situaciones de Riesgo se considera competencia de las Administraciones públicas que deberán desarrollar de forma activa (art. 49). El procedimiento de intervención en situaciones de Riesgo requiere de una evaluación interdisciplinar a realizar en dos meses y de la elaboración de un plan específico de intervención (art.51 y art.57) Además, antes de proceder a la Declaración de una situación de Riesgo, se dará trámite de audiencia al interesado (arts. 51 y 52). El Fiscal es el supervisor último de la intervención protectora de la Administración Pública (art.53).

### **III. LA PREVENCIÓN Y EL RIESGO**

Prevención y Riesgo son dos conceptos que inevitablemente se asocian y reclaman mutuamente. Por ello, y aunque he ido dejando entrever su vinculación, voy a detenerme para precisar un poco más sobre esta relación.

La prevención y tratamiento del Riesgo de maltrato infantil puede verse como un continuo. En un extremo, la prevención del Riesgo de Maltrato Infantil, engloba todas aquellas intervenciones que tienen como finalidad mejorar el bienestar de la población infantil a través de la promoción de sus derechos, en el otro, el tratamiento del Riesgo de Maltrato Infantil, supone el diseño y ejecución de programas de intervención ante situaciones en las que se ha

desencadenado una situación de maltrato pero con un nivel de gravedad que no implica la separación del menor de su entorno. En algún punto intermedio de este continuo podemos identificar las actuaciones realizadas para atender a determinados menores y sus familias quienes, por alguna razón, están en riesgo de maltrato y/o muestran señales de disfunción familiar que pueden desembocar en situaciones de maltrato. A través de este tipo de intervenciones se espera evitar una situación potencialmente dañina.

Estos tres puntos de ese continuo se relacionan directamente con la llamada prevención primaria, secundaria y terciaria.

*La Prevención primaria*, se asocia con todas las estrategias de intervención que intentan prevenir el riesgo de aparición del problema, en este caso del maltrato infantil. Estas intervenciones operan habitualmente en el nivel social a través de campañas de sensibilización social, así como a través de cambios en los ámbitos educativos y legales.

*La Prevención secundaria*, tiene como objetivo identificar y proporcionar asistencia a niños y familias cuyas características personales y sociales les sitúa en una posición de alto riesgo de maltrato, con el objetivo de prevenirla. Agruparía los esfuerzos realizados al asistir a determinados menores y sus familias quienes, que por alguna razón, están en riesgo de maltrato (presentan factores de riesgo) y/o muestran señales de disfunción familiar que pueden desembocar en riesgo de desamparo. En general, la prevención secundaria incluiría todos aquellos programas que comparten el objetivo de prevenir una amplia variedad de problemas sociales que se considera se encuentran relacionados con la falta de apoyo y educación de los padres y familias.

*La prevención terciaria o tratamiento*, aglutina todas las actuaciones tendientes a prevenir el riesgo de desamparo. Es decir, aquellas situaciones familiares en las que ya se ha producido una situación de maltrato infantil pero que no precisan la asunción de la tutela por parte de la Entidad Pública competente.

Tras esta breve reflexión, es obvio que la mayoría de los esfuerzos deberían concentrarse en la prevención primaria y secundaria para evitar la aparición del maltrato infantil y en su caso, la situación de desamparo. Esta idea, es ampliamente compartida tanto por los técnicos como por los responsables de los servicios. Sin embargo, si buscamos su traducción en la práctica, veremos que existe un gran desajuste.

A modo de ejemplo y por contextualizar el tema en nuestra Comunidad Autónoma, la Ley de Infancia y Adolescencia hace reiterado hincapié en la prevención del maltrato infantil. El art. 23. 2. insta a la Administración de la Comunidad Autónoma a elaborar programas específicos de apoyo dirigi-

dos a aquellas familias con dificultades para atender correctamente a la crianza, desarrollo y educación, en prevención del maltrato infantil y para disminuir el riesgo de desamparo. El art. 85 que refiere las competencias del Instituto Aragonés de Servicios Sociales con relación a este tema, señala que compete a este organismo promover políticas integrales de atención a la infancia y la adolescencia y promover políticas de protección a la familia, en cuanto núcleo básico de socialización de menores. Más adelante, el Título VI de la mencionada Ley, se dedica por completo al Plan Integral de Atención a la Infancia y Adolescencia, como instrumento básico de planificación vinculante a todas las Administraciones públicas e instituciones privadas de Aragón.

La Comunidad Autónoma de Aragón tiene pendiente la elaboración del mencionado Plan Integral de Atención a la Infancia y Adolescencia. Sin embargo, poco a poco se van diseñando actuaciones que tienen como objetivo prioritario la prevención. Recientemente las Cortes Aragonesas aprobaron el Plan Intregal de Apoyo a las Familias en Aragón (2006-2009) (3).

Una de las líneas estratégicas del Plan está dedicada a las Familias que presentan situaciones de riesgo o vulnerabilidad social (línea estratégica nº 6).

Su objetivo general, promover políticas de apoyo a las familias que presenten situaciones de riesgo o vulnerabilidad social.

Las medidas específicas para su desarrollo: Establecer mecanismos efectivos para la prevención de situaciones de riesgo o vulnerabilidad social en el seno de las familias, crear mecanismos que faciliten a las familias abordar con éxito los problemas, Promover el acceso de las familias en situación de riesgo a los sistemas de protección social, Acercar y proporcionar recursos y servicios a aquellos colectivos que, proviniendo de otros contextos culturales, no disponen de recursos ni redes sociales.

Todos los esfuerzos, a pesar de la retórica entorno a la prevención del maltrato infantil siguen centrándose en la intervención (prevención secundaria o terciaria), cuando la situación ya se ha desencadenado y el menor se ha visto afectado.

#### **IV. LA GESTIÓN DEL RIESGO**

Llegados a este punto, y tras una aproximación al concepto de Riesgo en el marco de la Protección Social a la Infancia, creo que es el momento de

---

(3) *Diario de las Cortes de Aragón* de 23 de noviembre de 2006.

revisar *quién* es el «competente para gestionar y decidir sobre una situación del riesgo, cómo se realiza dicho proceso y qué lugar se le otorga al propio niño o menor dentro del mismo.

## 1. La Distribución de Competencias

Tal y como anticipé al inicio de este trabajo, la distribución competencial de las situaciones identificadas como de Riesgo, tanto si hablamos de *Riesgo de maltrato* como si lo hacemos de *Riesgo de desamparo*, se articulan con el proceso de descentralización de competencias que posibilitó la Constitución Española.

Ya hemos visto que la prevención del riesgo de maltrato es corresponsabilidad del entorno familiar junto con los diferentes Sistemas Públicos de Protección Social, pero la responsabilidad pública en la intervención en las situaciones de riesgo de desamparo, se le asigna a la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma. En nuestra Comunidad Autónoma, al igual que en el resto, los llamados Servicios Sociales de Protección a la Infancia son los designados para esta tarea. Estos dispositivos aparecen enmarcados en el Sistema Público de Servicios Sociales.

La competencia en materia de asistencia social, servicios sociales, acción social o bienestar social, según el momento histórico del texto legal que la recoja o la desarrolle, es una competencia exclusiva de carácter concurrente o lo que es lo mismo, una competencia atribuida a las Comunidades Autónomas pero sobre la que también convergen la Administración Central y la Local.

La Administración Central, al reservarse en virtud del artículo 149 de la Constitución la legislación básica sobre determinadas materias hace incidencia en esta que nos ocupa y tal y como hemos visto, ejecuta su facultad legislativa al promulgar la Ley orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Aragón por su parte, y en virtud del desarrollo normativo de la competencia en materia de Servicios Sociales, elaboró y aprobó la Ley de Ordenación de la Acción Social (4), que define el Sistema Público de Servicios Sociales en Aragón y lo estructura en los llamados Servicios Sociales Comunitarios y los Servicios Sociales Especializados.

Los Servicios Sociales Comunitarios son competencia de la Administración Local (municipios o comarcas, en función de la Ley de Administración Local de Aragón y del marco normativo que regula el proceso de comarcalización en

---

(4) Ley 4/1987, de 25 de marzo, de Ordenación de la Acción Social de Aragón.

Aragón) (5). Van dirigidos a toda la población y gestionan cuatro prestaciones básicas que deberían ser equitativas en todo el territorio aragonés.

Por Prestación Básica de Servicios Sociales se entiende el conjunto de atenciones económicas, técnicas o en especie que deben garantizarse a todos los ciudadanos y que son:

- Información, valoración y orientación.
- Apoyo a la Unidad de convivencia y Ayuda a Domicilio.
- Alojamiento alternativo.
- Prevención e inserción social.

De estas cuatro prestaciones, la que tiene una incidencia directa sobre el tema que nos ocupa es la *Prestación de Apoyo a la Unidad Convivencial* ya que tiene por objeto la realización de actuaciones de apoyo social y educativo, la intervención en situaciones de riesgo, el apoyo a la estructura familiar y a la dinámica de relación de la unidad de convivencia.

Los Servicios Sociales Especializados pueden ser de titularidad pública o privada y van dirigidos a un sector específico de la población, en este caso a la infancia. Si hablamos de infancia en general, encontramos dentro de estos servicios, diversos dispositivos como los proyectos de integración en espacios escolares, centros de tiempo libre, ludotecas, casas de juventud... etc., pero si hablamos de infancia maltratada nos referiremos a los Servicios Especializados de Protección a la Infancia que en Aragón son competencia de la Administración Autonómica y que se gestionan a través del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (6), organismo autónomo adscrito al Departamento de Servicios Sociales y familia.

De manera más específica y volviendo a la mencionada Ley de Infancia y Adolescencia de Aragón, en su artículo 45 se define la protección de menores como *el «conjunto de actuaciones que, en el marco del sistema público de servicios sociales, tiene como finalidad prevenir, detectar y corregir las situaciones de riesgo y de desamparo, mediante...»*.

Pero esta distribución competencial no clarifica de modo específico a qué Entidad Pública competen en Aragón las intervenciones relacionadas con la

---

(5) Ley 7/1999, de 19 de abril, de Administración Local de Aragón y Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Comarcalización de Aragón.

(6) Ley 4/1996, de 22 de mayo, relativa al Instituto Aragonés de Servicios Sociales y Decreto 113/2000, de 13 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.



infancia en riesgo o desamparo o lo que es lo mismo, con la infancia maltratada. Para ello es necesario acudir a la práctica profesional y a los acuerdos a los que se han llegado en los convenios de colaboración entre la Administración Local y la Autonómica en este tema.

En el Decreto 4/2005, de 11 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican los Decretos del Gobierno de Aragón de transferencia de funciones y traspaso de servicios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón a las Comarcas, consta que en materia de Acción Social, las comarcas llevarán a cabo Programas específicos con diferentes sectores de la población. Respecto a la atención a menores, concreta;

«1. *Propuesta preceptiva y vinculante, al servicio especializado de menores, para la declaración de la situación legal de riesgo que incluirá las líneas de actuación en cada caso.*

2. *Informe para la elaboración, por el servicio especializado de menores, de la propuesta (s) de declaración de desamparo para el ejercicio de tutela.*

3. *Gestión de los programas de preservación familiar y de reinserción del menor en programas de separación.*

4. *Mediación en los casos de guarda»*

En base a lo anterior, los Servicios Sociales Comunitarios, gestionados por la Entidad Local, en el caso de Zaragoza capital, y por las Comarcas en el resto del territorio aragonés, intervienen:

*De modo inespecífico* y junto con el resto de los Sistemas Públicos de Protección, en la prevención del riesgo de maltrato infantil en aquellos casos que no presentan factores de riesgo de maltrato o lo que es lo mismo, en la prevención primaria del riesgo.

*De modo específico* en aquellas situaciones en las que no existe maltrato infantil pero sí factores de riesgo de maltrato infantil (prevención de riesgo de maltrato) y en aquellas situaciones en las que existe maltrato infantil en el ámbito familiar en nivel previo al desamparo que no requiere la separación del menor de su entorno familiar (prevención de riesgo de desamparo o lo que sería lo mismo, intervención en situaciones de riesgo de desamparo).

Los Servicios Sociales Especializados están interviniendo de modo directo en las situaciones de maltrato que requieren la declaración de desamparo y por consiguiente, la asunción de la tutela administrativa que implica la suspensión temporal de los derechos y deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad.

La declaración del riesgo de desamparo a la que se refiere de modo específico la Ley de Infancia y Adolescencia de Aragón y que se materializa en una Resolución Administrativa específica, se está realizando por los Servicios Sociales Especializados de Protección de Menores en los casos en los que se interviene desde los Servicios Sociales Comunitarios en las situaciones evaluadas como de riesgo de desamparo, y a propuesta del informe perceptivo y vinculante que estos últimos remiten a aquellos.

La conclusión que podemos extraer es que desde los Servicios Sociales Especializados de Protección a la Infancia de la Comunidad Autónoma de Aragón, se está trabajando para intervenir sobre las situaciones de desamparo que implican la asunción de la tutela del menor y su separación del entorno familiar, dejando la intervención sobre todas las situaciones de riesgo de desamparo a la gestión de los Servicios Sociales Comunitarios. Este modelo de descentralización de funciones y servicios en las Entidades Locales respecto a la competencia sobre la intervención de la infancia maltratada, es el que ya preveía la Ley de Protección Jurídica del Menor en 1996, que muchas otras Comunidades Autónomas llevan tiempo aplicando y que en Aragón, ha ido acompañado del proceso de comarcalización.

## 2. El proceso de Intervención

Hablar del proceso de intervención en las situaciones de Riesgo de desamparo equivale a concretar y definir la intervención a través de las diferentes fases del método que la integran, pero antes conviene hacer algunas precisiones respecto al concepto y tipología de maltrato infantil, puesto que es sobre él sobre el que se articula todo el proceso de intervención.

Se entiende por Maltrato Infantil (7):

*«Cualquier acción u omisión, no accidental, por parte de los padres o cuidadores que compromete la satisfacción de las necesidades básicas del menor».*

Las numerosas investigaciones y estudios sobre el maltrato infantil han llevado a tipificar el maltrato en diversas categorías. En la actualidad existe casi unanimidad al hablar de ocho tipos de maltrato:

- Maltrato físico.
- Maltrato psíquico.

---

(7) *Guía para detectar, notificar y derivar situaciones de maltrato infantil en Aragón*, Instituto Aragonés de Servicios Sociales y Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón.

- Negligencia física.
- Negligencia emocional.
- Abuso sexual.
- Abandono.
- Renuncia.
- Explotación laboral y mendicidad.
- Maltrato prenatal
- Incapacidad parental de control de conducta infantil/adolescente.

Cada una de estas tipologías, viene definida por una serie de indicadores, denominados indicadores de maltrato infantil, y a su vez, dividida en tres niveles de gravedad: leve, moderado y severo.

Una vez identificada una situación de maltrato por los Servicios Sociales competentes, bien por propia detección activa de los mismos, bien por notificación de otros servicios, se procede a evaluar el riesgo de que esa situación se repita y en caso afirmativo, la magnitud o gravedad que podría causar al niño. A partir de esa valoración, se establece el plan de intervención que se considera más apropiado en cada caso y que se acompaña del procedimiento y resolución administrativa que corresponda.

Las fases del método de intervención son: La detección y notificación, La investigación del caso, La evaluación de la situación y la intervención.

Tanto la Ley de Protección Jurídica del Menor como la Ley de la Infancia y la Adolescencia de Aragón, señalan la obligación de toda persona y, en especial, de quién por su profesión tenga conocimiento de una situación de riesgo o desamparo, lo ponga en conocimiento de la Entidad Pública competente.

Asimismo y de modo específico la Ley de Infancia y Adolescencia de Aragón en su artículo 49 dice que la CCAA, a través del órgano competente elaborará programas, criterios e instrumentos ágiles de detección y notificación de las situaciones de riesgo y desamparo.

Los Servicios Especializados de Protección a la Infancia de Aragón están elaborando Guías de detección del maltrato infantil destinadas a diferentes ámbitos profesionales tales como los Servicios Sociales Comunitarios, los centros de tiempo libre, el sistema educativo y el sanitario.

En ellas, se establecen los criterios y procedimientos de detección y notificación en base a la situación de maltrato detectada. Y se refuerza la posición de los Servicios Sociales Comunitarios como puerta de entrada al Sis-

tema Público de Servicios Sociales y por tanto, paso previo en su intervención a los Servicios Sociales Especializados, reservando a éstos prioritariamente para las situaciones de desamparo.

De forma muy concisa, la investigación es la fase del proceso metodológico en la que el profesional realiza el estudio de la notificación de la situación de riesgo o desamparo para verificar la validez de la misma. En definitiva, se trata de constatar si la situación notificada es o no una situación de maltrato infantil.

Respecto a la evaluación, tal y como aparece en el art. 51.2 de La Ley de Infancia y Adolescencia de Aragón, la valoración de la declaración de riesgo y de desamparo requerirá previamente un estudio interdisciplinar del menor y su entorno que ponga de manifiesto las necesidades que se deben cubrir, el objetivo general y las medidas o instrumentos de protección. El plazo máximo de dicha valoración no será superior a dos meses desde el inicio del expediente.

La apreciación de una situación de riesgo de desamparo conlleva la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individualizado con indicación de plazos para su ejecución, que, en todo caso, deberá recoger los objetivos, tareas y recursos necesarios para su eliminación, manteniendo al menor en su entorno.

El Programa de Preservación Familiar (8) es el marco general en el que se desarrollan todos los proyectos de intervención de situaciones valoradas como de riesgo de desamparo.

Los objetivos del *Programa de Preservación Familiar*, tal y como aparecen en la Guía de Actuación Profesional para los Servicios de Protección y Reforma de Aragón, son trabajar con el menor y su familia para eliminar las causas que produjeron el maltrato y conseguir que no exista riesgo potencial para el menor por considerarse posible la eliminación de las condiciones peligrosas para el niño, por la consecución de factores de control a corto plazo, por la eliminación de factores de riesgo para el niño (en relación a la vulnerabilidad de este en ese momento y/o por disminución de los efectos que el maltrato haya podido ocasionar en el menor).

---

(8) *Guía de Actuación Profesional para los Servicios de Protección y Reforma de Aragón.*

## V. LA PARTICIPACION DEL NIÑO

La Convención de los Derechos del Niño supuso un giro de ciento ochenta grados en la concepción de la infancia, sobretudo al reconocer al niño como sujeto de derechos y otorgarle plena participación en todos aquellos asuntos que le afecten.

El artículo 12 del mencionado texto dice textualmente:

*«1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan la niñez, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

*2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las formas de procedimiento de la ley nacional».*

Tanto la Ley de Protección Jurídica del Menor como la Ley de Infancia y Adolescencia de Aragón recogen una relación concreta de derechos del menor así como diversos principios de actuación en la protección social y jurídica del mismo que resaltan el papel protagonista que se le quiere otorgar.

Respecto a los principios de actuación que deben regir las intervenciones protectoras, destaca el de procurar la colaboración del menor y de su familia en la intervención. Así como el de evitar toda interferencia innecesaria en su vida.

Desde el desarrollo y consolidación del Estado de Bienestar y de modo específico, con la consecución del tercer nivel de derechos; los derechos sociales, éste es de por sí un tema complejo y sujeto a constantes polémicas, revisiones y reflexiones profesionales

La delimitación entre lo público y lo privado es difusa en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro El binomio seguridad/libertad (9), tan reiterado en los análisis socio-jurídicos, abre cada día nuevos interrogantes entorno a los límites de la protección pública en la atención a la infancia. Sin embargo, y aún a riesgo de exceso de intervencionismo y de la consiguiente estigmatización que este puede implicar para algunos núcleos familiares, los servicios públicos de Protección Social a la Infancia optan por la

---

(9) ZYGMUNT BAUMAN, *Comunidad: En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid, Siglo XXI de España editores, s. a., primera edición, marzo de 2003.

acción en lugar del retraimiento. La indefensión y vulnerabilidad que caracterizan a la población infantil, requieren una posición activa aún a riesgo de ser calificada de intrusiva.

Con relación a los derechos de los menores en riesgo, y siguiendo las prerrogativas de la Convención, tanto la Ley de Protección Jurídica del Menor como la Ley de Infancia y la Adolescencia de Aragón recogen, el derecho a ser informado acerca de su situación, de las medidas que vayan a ser tomadas en relación con él, de la duración de éstas y de los derechos que le correspondan con arreglo a la legislación vigente. Y el derecho de ser escuchado y participar, de acuerdo con su madurez, en todas las decisiones que les afecten y en la vida y gestión de los centros donde fueren acogidos.

De manera específica, en el trámite de audiencia de los procedimientos de declaración de riesgo, se señala que *se dará trámite de audiencia previa al menor si tuviese doce años cumplidos o suficiente juicio (10)*...

A pesar del salto cualitativo que han realizado los Servicios Sociales de Protección a la Infancia, llegando en estos momentos a tener como eje de su organización y funcionamiento las necesidades del niño y pasando a considerar al mismo como sujeto de intervención en lugar de objeto, éste sigue siendo un tema complejo y de constante revisión.

Sin ánimo de entrar en detalles, creo necesario apuntar que si bien el marco teórico actual que orienta las intervenciones públicas en este ámbito subraya la idea de protagonismo y participación del niño en todos los procesos y decisiones que le afecten, en la práctica las cosas son bastante más complejas. Para empezar, la procedencia y formación de los profesionales es diversa y arrastra diferentes modelos no superados entre sí sino en constante convivencia. Unido a ello, el postulado «en interés de menor o por el interés del menor» abre una puerta a aquellos que se colocan en una posición de saber superior y excluyente de los deseos y opinión del propio niño. En «interés del menor» pueden llevarse a cabo intervenciones que tienen como objetivo su bienestar y su protección sin contar con él. «Todo por el menor pero sin el menor». Junto a esta idea se concatenan otras de similar naturaleza que apuntan a reflexionar sobre la cuestionable eficacia de los Servicios de Protección a la Infancia a la hora de asegurar el bienestar del menor. Aquí se incluirían todos los planteamientos entorno al maltrato institucional y sobre los efectos negativos que sobre el menor pueden tener las intervenciones de los Servicios de Protección a la Infancia.

---

(10) Artículo 52 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

## **VI. LOS NUEVOS RETOS PARA LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO**

Hasta ahora, el riesgo de maltrato infantil quedaba vinculado de forma casi unilateral a familias en riesgo de exclusión o marginación social. Ahora, con la ampliación de escenarios que exceden el entorno familiar, el maltrato infantil y por tanto el riesgo de sufrirlo, señala también a aquellas familias consideradas normalizadas. Estos nuevos riesgos que surgen como consecuencia o en consonancia con los cambios sociales actuales tienen un punto de convergencia con la idea de Ulrich BECK sobre la democratización de los riesgos en la Sociedad del Riesgo (11).

La aparición de estos nuevos riesgos en la infancia también coincide con la afirmación de la construcción social del Riesgo. En cada momento de la historia y a cada sociedad específica corresponden unos riesgos concretos. La sociedad postmoderna del riesgo presenta riesgos diferentes para la infancia de los que se generaron en la modernidad.

La prevención del Riesgo sigue siendo, cuando analizamos el riesgo de maltrato en la infancia, cuestionable. Tal y como hemos visto casi todos los esfuerzos se centran en la prevención del riesgo de repetición del maltrato cuando éste ya se ha producido.

Respecto a la individualización de responsabilidades con relación al riesgo, es obvio que en el riesgo de maltrato infantil se responsabiliza directamente a las familias. La falta de apoyo a estas familias y la ausencia de medidas preventivas del maltrato ¿a quién se le exigen? La distribución de responsabilidades no parece ser muy equitativa.

En otro orden de cosas, el modelo ecológico de factores de riesgo de maltrato infantil reafirma la confluencia de factores en el desarrollo del riesgo social y la imposibilidad de identificar factores únicos en la relación causa-efecto.

Creo que tal y como ha quedado patente, más que gestión de riesgo de maltrato en la Protección Social a la Infancia, tendríamos que hablar de control de riesgo. En una adecuada gestión del riesgo, las medidas preventivas se establecen independientemente de que el peligro se materialice o no en algún daño susceptible de ser objetivable.

---

(11) Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002. Col. Sociología y Política.

Respecto a si el Riesgo es objetivo o subjetivo, reitero la importancia de la vivencia del riesgo de maltrato por el propio menor. Abrir la posibilidad de que él pueda decidir en la gestión de su propio riesgo, máxime cuando las alternativas que se le ofrecen no parecen estar exentas de riesgos. La teoría de la resiliencia iría en esta línea (12).

Si hablamos de la subjetividad en la percepción del riesgo: ¿Cómo se considera en el proceso de valoración de situaciones de riesgo de maltrato infantil la percepción del evaluador? Es evidente la presencia del factor subjetivo en estos procesos de valoración e intervención técnica. Cada profesional tiene un ideal de familia, una idea de familia «normal» y otra de familia «desestructurada». Su propia historia personal y sus vivencias son los sedimentos con los que ha ido construyendo esos ideales. ¿Es consciente el profesional de esta particularidad?

Los modelos de intervención de los Servicios de Protección de Menores responden más al modelo de la primera etapa de la modernidad: preocupado por medir, controlar y proporcionar seguridad que al modelo actual de la sociedad del riesgo que exige, en opinión tanto de BECK como de GIDDENS, de una mayor individualización y una constante reflexión y revisión de los mismos.

En definitiva, en la Sociedad del Riesgo en la que todo se cuestiona, donde nada está cerrado y las teorías en ocasiones se complementan y en otras se contradicen, se presenta realmente complicada para el profesional que dice saber del maltrato infantil y de su riesgo.

Acompañar y no sustituir al niño o adolescente es un paso. El saber del profesional y el saber del niño sobre su propia situación y vivencia no son excluyentes sino complementarios.

Un nuevo interrogante empieza a despuntar entorno al Riesgo y la Infancia: ¿Hablamos de infancia en riesgo o de los riesgos de la infancia?

La epistemología de la infancia maltratada había centrado las causas del riesgo de maltrato en el contexto familiar pero ahora, en la sociedad del riesgo, se apunta a otras situaciones, fuera de la familia, que provocan la aparición de nuevos riesgos.

Las sociedades avanzadas han generado nuevos escenarios y nuevas problemáticas en la socialización de la infancia, provocando una multiplicidad de factores que pueden hacer aparecer nuevos riesgos. La revisión del con-

---

(12) BORIS CYRULNIK, *Los patitos feos. La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2002.



cepto de Riesgo desde la perspectiva de los Sistemas Públicos de Protección de Menores, debe pasar por la amplitud de miras hacia esas nuevas problemáticas sociales que provocan que niños y niñas que crecen en entornos familiares «normalizados» puedan verse inmersos en procesos de desadaptación o exclusión social por otras causas.

Esta nueva reconceptualización considera que la infancia en riesgo social es aquella que establece, de forma procesal y dinámica, una interacción inadecuada con sus entornos, dando lugar al inicio de posibles procesos de inadaptación social y considerando que estos entornos no son sólo la familia sino también la escuela, el barrio, el vecindario, las instituciones,... etc.

De tal manera que cuando hablamos de infancia en riesgo social no solamente nos referimos al maltrato dentro de la familia sino a una situación mucho más amplia, que reúne todas aquellas circunstancias sociales carenciales para el correcto desarrollo de la infancia y que son aquellas que se generan en las diferentes instituciones sociales responsables del proceso de socialización infantil. Estas situaciones carenciales que se extienden más allá de los límites familiares dan lugar a nuevas formas de maltrato infantil como por ejemplo, el maltrato entre iguales y otras situaciones generadas en el seno de las sociedades del bienestar y que han sido bautizadas como nuevas formas de maltrato infantil. Se trata de circunstancias alejadas de los «habituales malos tratos» pero que día a día van cobrando más significación, principalmente por sus repercusiones en sectores de población históricamente alejados del maltrato infantil.

Pero, ¿cómo detectar esos riesgos emergentes en nuestra sociedad que se sitúan fuera de la responsabilidad parental? ¿Cómo evaluar los nuevos riesgos? Aunque no existe nada definitivo, se está trabajando en esta línea y éste es el nuevo reto al que se enfrenta la Política Social de Protección a la Infancia que, sin haber consolidado la etapa anterior se ve inmersa en nuevas y complejas exigencias.

La elaboración de un Plan Integral de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, sería un instrumental clave en el que enmarcar algunas de las cuestiones señaladas en esta exposición.

No se trata de una propuesta novedosa puesto que se extrae de diversos textos normativos en vigor en nuestra Comunidad Autónoma

Me estoy refiriendo de modo específico al *Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009* y a la *Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón*.

*El Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia, especifica como objetivo 2: «Mejorar las políticas de infancia a través de la coordinación y la cooperación entre las Administraciones Públicas y demás organismos y agentes implicados de ámbito nacional, y de la cooperación internacional.*

*Dentro de las medidas que desarrollan este objetivo:*

*2.1. Impulsar el proceso de elaboración de planes integrales de infancia en la totalidad de las Comunidades Autónomas, así como la evaluación de los que ya están operativos.»*

Por su parte, la *Ley de Infancia y Adolescencia de Aragón*, dedica íntegramente el título VI al Plan Integral de Atención a la Infancia y Adolescencia y lo define como:

*«el instrumento básico para la planificación, ordenación y coordinación de los recursos, objetivos y actuaciones que en materia de infancia y adolescencia se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón. Este Plan será vinculante para todas las Administraciones públicas e instituciones privadas que desarrollen actuaciones en esta materia en la Comunidad Autónoma de Aragón.»*

En mi opinión, este instrumento planificador debería abordar medidas de prevención, protección y promoción de los derechos del menor en todos los ámbitos de su vida: Familiar, Educativo, Sanitario, Tiempo Libre, Formativo, Judicial y en el contexto global de la Sociedad actual; la Sociedad del Riesgo. Priorizando, tal y como establece el marco jurídico y constata la intervención social, todas aquellas acciones orientadas a la Prevención del Maltrato Infantil y a la Prevención del Desamparo, en caso de que éste ya se hubiese producido.

Tres niveles que son correlativos con los tres niveles de prevención apuntados.

Esta amplitud en la mirada, acaso permitiría ampliar el concepto de Riesgo no circunscribiéndolo al ámbito del maltrato familiar. Los Servicios Sociales Especializados de Protección a la Infancia deben tener en cuenta los nuevos escenarios sociales en los que se están generando procesos de maltrato infantil.

Una protección integral a la infancia exige hacerse eco de los nuevos riesgos emergentes para este colectivo. El maltrato a la infancia se ha diversificado, los contextos se han ampliado; maltrato entre iguales, maltrato de menores a sus padres, maltrato social a la infancia. Todos ellos, efectos o consecuencia de la sociedad actual y a los que algunos autores han dado en enunciar como los nuevos riesgos sociales de la infancia.

La metodología para su elaboración debería tener como eje los derechos y necesidades de la infancia y la adolescencia así como sus opiniones y las aportaciones de los profesionales que desde distintos ámbitos tanto públicos como privados trabajan con la infancia.

Acción-participación para implicar a todos los agentes no sólo en su implementación sino también en su diseño, elaboración y posterior evaluación.

Un Plan Integral de Atención a la Infancia y Adolescencia en Aragón que, en palabras de Habermas (13), promueva espacios públicos de deliberación participativa en los que construir un nuevo Sistema de Protección Social para la Infancia en Aragón.

## FUENTES DOCUMENTALES

### Legislación:

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, modificada por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Aragón

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Ley 21/ 1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Adopción.

Ley Orgánica 1/ 96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

Ley 12/2001, de 2 de Julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón.

Ley 4/ 1987, de 25 de marzo de Ordenación de la Acción Social.

Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales.

Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales en las Corporaciones Locales.

Ley 7/1999, de 19 de Abril, de Administración Local de Aragón.

---

(13) J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Comarcalización de Aragón.

Decreto 4/2005, de 11 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican los Decretos del Gobierno de Aragón de transferencias de funciones y traspasos de servicios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón a las Comarcas.

Ley 4/1996, de 22 de mayo, relativa al Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

Decreto 113/2000, de 13 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

Decreto 252/2003, de 30 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Servicios Sociales y Familia.

Plan Integral de Apoyo a las Familias en Aragón (2006-2009).

Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2006-2009).

### **Documentos técnicos:**

Documento de análisis del Ministerio de Asuntos Sociales sobre la Ley de Protección Jurídica del Menor.

Guía de Tipología de Maltrato del Servicio de Protección de Menores de la CCAA de Aragón (SPMA).

Guía de Actuación Profesional del Servicio de Protección y Reforma de Aragón (SPMA).

Guía para detectar, notificar y derivar situaciones de maltrato infantil en Aragón, Instituto Aragonés de Servicios Sociales y Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón.

### **BIBLIOGRAFÍA**

Anthony GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2002.

Bauman ZYGMUNT, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid, Siglo XXI de España editores, s. a. Primera edición, marzo de 2003.

- Boris CYRULNIK, *Los patitos feos. La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2002.
- C. DA AGRA, «*La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*», Barcelona, Atelier, 2003.
- Enrique GRACIA y Gonzalo MUSITU, *Los malos tratos a la infancia*, Madrid, Lecturas Técnicas del Ministerio de Asuntos Sociales, 1999.
- Gabriel GARCÍA CANTERO, *Comentarios de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón*, Zaragoza: Colección El Justicia de Aragón.
- J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- J.L. LUJÁN, *Gobernar los riesgos: ciencia y valores en la sociedad del riesgo*, Madrid, Biblioteca Nueva, D.L. 2004.
- J. PAUL OCOTORENA y M.I. ARRUABARRENA, *Manual de Protección Infantil*, Barcelona, Masson, 2000.
- M<sup>º</sup> Jose BERNUZ, *De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia*, Zaragoza: Colección El Justicia de Aragón, 2004-2005.
- M<sup>º</sup> Jose BERNUZ, *Apuntes sobre políticas sociales y sociedad del Riesgo*. Zaragoza: Colección El Justicia de Aragón, 2004-2005.
- Teresa PICONTO NOVALES, *La protección de la infancia: aspectos sociales y jurídicos*, Zaragoza, Egido Universidad, 1996.
- Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002. Col. Sociología y política.
- Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006.

# EL RÉGIMEN DEL TURISMO ACTIVO EN ESPAÑA DESDE LA PERSPECTIVA ANDALUZA

JOSÉ MARÍA PÉREZ MONGUIÓ

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.— II. SITUACIÓN DEL TURISMO ACTIVO Y SU IMPORTANCIA.— III. LA REGULACIÓN DEL TURISMO ACTIVO: 1. Escenario y fundamentos de la normativa. 2. El turismo activo y el marco normativo andaluz. 3. Delimitación del ámbito de objetivo de aplicación de la normativa de turismo activo.— IV. CONCEPTO DE TURISMO ACTIVO: 1. Dificultades terminológicas y conceptuales para nombrar las actividades turísticas-deportivas en la naturaleza y para fijar los caracteres esenciales que configuran el concepto. 2. Concepto de turismo activo en las normas autonómicas: el concepto de turismo activo en el marco normativo andaluz. 3. Elementos definidores del turismo activo en la legislación. 4. Actividades que integran el turismo activo en la normativa andaluza.— V. EMPRESAS DE TURISMO ACTIVO: 1. Requisitos. 2. Procedimiento de inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía. 3. Requisitos previos al inicio de la actividad.— VI. LOS DIRECTORES TÉCNICOS Y LOS MONITORES: 1. Funciones de los directores técnicos y de los monitores. 2. Requisitos subjetivos y formativos: A) Requisitos comunes. B) Requisitos específicos para los monitores. C) Número de directores técnicos y/o monitores por actividad.— VII. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA PRÁCTICA DEL TURISMO ACTIVO. 1 Medidas destinadas a evitar los accidentes y preservar la integridad física de los usuarios: A) Equipo y material. B) La participación de menores en actividades de turismo activo. 2. Medidas para minimizar los daños que se hayan podido producir como consecuencia de la actividad.— VIII. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE ACCIDENTES.

**RESUMEN:** En este trabajo nos proponemos exponer el régimen jurídico del turismo activo en España desde la perspectiva de la normativa de Andalucía. De esta manera, teniendo como punto de partida la situación del turismo activo en España, se analizarán la regulación, el concepto, las empresas, las medidas de seguridad para la práctica de esta modalidad turística y, por último, el régimen de los seguros de responsabilidad civil exigidos para garantizar la seguridad de los usuarios y del propio medio donde se desarrolla la actividad; todo ello con el propósito de ofrecer una visión completa de cómo está articulado y diseñado este servicio turístico en las distintas Comunidades Autónomas.

*Palabras clave:* turismo activo; empresas turísticas; monitores; seguros deportivos.

**ABSTRACT:** In this work we set out to expose the legal regime of the active tourism in Spain of the perspective of the norm of Andalusia. This way, having like depar-

*ture point the situation of the active tourism in Spain, the regulation , the concept, the companies, the safety measures for the practice of this tourist modality and, finally, the regime of the insurances of civil responsibility will be analyzed demanded to guarantee the security of the users and own means where the activity is developed; all it with the intention to offer a complete vision of how it is articulated and it designed east tourist service in the different Communities.*

*Key words: active tourism; tourist companies; sport monitors; sport insurances.*

## I. INTRODUCCIÓN

El turismo como sector económico está en constante transformación tanto por las innovaciones que se van produciendo y sucediendo en el desarrollo de la actividad como por la iniciativa de los empresarios que compiten por un mercado limitado, impulsados por la propia demanda de los clientes que cada vez son más exigentes y no hacen girar su elección exclusivamente en el concepto unitario de alojamiento.

La importancia central que se le otorgaba hace unos años al alojamiento en el análisis de la oferta y de la estructura empresarial ha perdido peso en la actualidad en favor de otras propuestas empresariales (actividades). Éstas se erigen como elementos determinantes para la elección y/o selección de un destino turístico en cuanto que constituyen un valor añadido a tener en consideración (1). De esta manera, podemos afirmar que la estrategia de competitividad turística regional descansa cada vez más en el énfasis puesto en la diferencia de los destinos y de los productos turísticos. Para desarrollar y materializar esta diferencia, como se ha manifestado, es preciso realizar recuento de lo que tenemos, de cuáles son los principales valores del patrimonio territorial, de cada uno de los componentes del patrimonio natural, del patrimonio cultural y antropológico y de los valores más representativos y significativos del paisaje y el ambiente urbano del espacio turístico.

En consecuencia, el turista cada vez otorga una mayor relevancia al conjunto de actividades complementarias, que en muchos casos son principales, que le permiten al turista, al margen del descanso, integrarse y ser protago-

---

(1) Los atractivos turísticos generalmente se resumen en las denominadas las «diez eses»: *Sun, Sand, Sea, Shopping, Sanitary, Search, Scenery, Sanctuary, Saturnalia y Schooling*. Véase A. L. PEREIRA y M. J. FÉLIX, «Siglo XXI: nuevos valores, nuevas formas profesionales. Una perspectiva del ocio deportivo en la naturaleza integrado en el turismo», [www.efdeportes.com/](http://www.efdeportes.com/) Revista Digital – Buenos Aires – Año 8 – N° 50 – Julio de 2002.

nista de la acción; convirtiéndose en demandante de un «ocio activo en detrimento del turismo pasivo» (2).

Todo ello no significa que el «turismo pasivo» o más tradicional haya desaparecido (3), pues continua como una parte significativa de la oferta, pero igualmente resulta palmario que el turista, como fenómeno, busca una oferta más amplia, un producto que le permita combinar el reposo con otras actividades que le dé la oportunidad de disfrutar y llenar su tiempo de ocio (4). De esta manera, resultan considerables los esfuerzos realizados por los distintos operadores —Administraciones y empresarios— para poner en valor los distintos elementos significativos de las zonas ya sean valores culturales —fiestas y costumbres populares, gastronomía, arte y monumentos— o medioambientales —paisajes, ríos, lagunas, valles, fauna, flora...—.

Dentro de los servicios que se ofrecen ha emergido—esencialmente en la última década— con una gran fuerza «un servicio turístico» consistente en conjugar, en un sentido amplio y flexible, deporte, medio ambiente y turismo (5). Esta combinación no es extraña, aunque pudiera ser esta la impresión en una primera aproximación. Responde o es una manifestación de los valores actuales de la sociedad occidental (6). Así, en primer lugar, encontraríamos una

---

(2) M. T. PEÑALVER TORRES, «El turismo activo como alternativa y complemento al modelo turístico en la Región de Murcia», *Cuadernos de Turismo*, núm. 14 (2004), p. 180.

(3) Recordemos que los datos relativos al año 2005 indican que aproximadamente el 70% de las pernoctaciones de los viajeros en Andalucía corresponden al ámbito litoral, el 20% a las ciudades de interior y el 10% al ámbito rural de interior.

(4) Muestra de esta realidad es el concepto de paquete turístico en el que al margen del viaje, en su caso, se contempla el alojamiento y una serie de actividades en el que el cliente asume un papel significativo al poder diseñar, al margen del contenido esencial, las actividades que desea realizar. Incluso es habitual a la hora de la elección de un alojamiento en cualquier lugar, que el mismo disponga de una amplia información de las actividades que se pueden desarrollar por ese entorno, los monumentos más significativos, los recursos naturales propios de la zona...

(5) Véase, C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 28.

(6) A. RUIZ —«Las actividades físico-deportivas en la naturaleza en la región de Murcia: propuestas para la acción», II Seminario sobre «El Deporte en el siglo XXI: La formación deportiva y su contexto», citado por M. T. PEÑALVER TORRES en «El turismo activo como alternativa y complemento al modelo turístico en la Región de Murcia», *Cuadernos de Turismo*, núm. 14 (2004), p. 180— cita entre las causas que han despertado la creciente demanda de dichas actividades: Respuesta a los deportes institucionalizados, acercamiento a la naturaleza, avances tecnológicos, búsqueda de riesgo y aventura, aumento de la cultura y tiempo libre, valor del aporte de aspectos educativos, impulso del marketing y la gestión privada, mayor tiempo de compromiso motor y el carácter utilitario y de ruptura con la rutina. El interés del sector turístico por las actividades deportivas en la naturaleza se debe, según LUQUE GIL —«La evaluación del medio para la práctica de actividades turístico-deportivas en la naturaleza», *Cuadernos de Turismo*, núm. 12, 2003, pp. 131 y ss— al aumento del tiempo libre y de la renta familiar, a la huida del medio urbano, a la atracción por el riesgo, al



necesidad ancestral de estar en contacto con la naturaleza —como «contraposición a un orden mecanicista y monótono» (7)— vinculado, sin duda, al aprecio progresivo del medio ambiente y al aumento de la capacidad de la población para apreciar el valor en sí mismo del medio en el que desarrolla la actividad. En segundo lugar, se hallaría la voluntad de practicar deporte dentro de la cultura del «cuerpo sano», de la adquisición de hábitos saludables y como medio para liberar el estrés (8), vinculado a la oportunidad de experimentar, en cierto sentido y con distintas intensidades, el espíritu de aventura y de riesgo. Y, en tercer lugar, como elemento aglutinador, estaría el turismo como forma de emplear el tiempo de ocio.

Este tipo de actividades, que integran desde el senderismo hasta el barranquismo o los paseos a caballo, han tenido su origen o mejor su explosión en el seno del turismo rural pues constituían y constituyen el complemento o el aderezo ideal del alojamiento en estas zonas por la cercanía a los espacios relativamente vírgenes que facilitan la práctica de la actividad (9), aunque como decíamos anteriormente, en numerosas ocasiones se accede al servicio turístico sin necesidad de pernoctar y ni siquiera en el marco de una empresa turística como es el caso del senderismo por vías pecuarias o caminos rurales rehabilitados para ese fin. Sin embargo, la conjugación de deporte, turismo y ocio no es ni ha sido exclusiva de las zonas rurales sino que también se ha producido en zonas costeras como por ejemplo en Tarifa donde la práctica del windsurf ha constituido el atractivo significativo de la zona (10). De hecho, como

---

interés por una vida más sana y a la búsqueda de un contacto más directo con la naturaleza y el aire libre, penetración del fenómeno deportivo en la sociedad.

(7) J. MIRANDA, E. LACASA e I. MURO, «Actividades físicas en la naturaleza: un objeto a investigar. Dimensiones científicas», *Apuntes Educación Física y Deportes*, núm. 41 (1995), p. 60.

(8) En este sentido, R. ESTEVE SECALL —«Análisis teórico de las relaciones entre el turismo y el deporte. Referencia especial a Andalucía», en *I Jornadas sobre Turismo y Deporte*, Junta de Andalucía, Consejería de Cultura, Instituto Andaluz del Deporte, 1995, p. 5—, auguraba que «como quiera que el deporte adquiere un papel creciente en la vida normal de las personas, también lo desempeñará en épocas vacacionales que se convierten incluso en periodos de consagración total a la práctica deportiva. Ya que no son las vacaciones un tiempo de descanso y reposo como lo fueron tradicionalmente, sino un periodo de regocijo o reposo personal ligado a la actividad deportiva».

(9) Uno de los aspectos que los usuarios de turismo rural valoran positivamente es la práctica de deporte al aire libre. Véase, la encuesta sobre en la que se contienen los principales indicadores, en G. CÁNOVES VALIENTE, L. HERRERA JIMÉNEZ y M. VILLARINO PÉREZ, «Turismo rural en España: paisajes y usuarios, nuevos usos y nuevas visiones», *Cuadernos de Turismo*, núm. 15 (2005), p. 72. En este sentido, los motivos que impulsan a los turistas a decantarse por el turismo de naturaleza son descansar (38%), deporte (32%) y naturaleza (28%), cfr. *El turismo de naturaleza en España*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2004, p. 7.

(10) Consciente de esta realidad, por ejemplo el Decreto Andalucía 20/2002, en su exposición de motivos, manifiesta que aunque el turismo rural y el turismo activo poseen rasgos claramente

veremos posteriormente, es la actividad, con independencia de donde se desarrolle, la que determina la existencia de este «servicio turístico» pues igual consideración tiene la práctica, a los efectos que nos interesa, del piragüismo en el Guadalquivir a la altura de Sevilla que el practicado en el Pantano de los Hurones (Cádiz) o en el Parque Natural de Cabo de Gata (Almería).

Igualmente conviene precisar, antes de continuar, que las actividades de turismo deportivo, activo, de aventura, etcétera, si bien inicialmente se pudieron configurar como una oferta complementaria al denominado turismo rural al día de hoy, al menos en numerosas ocasiones, constituye el objetivo o el motor principal que impulsa a determinados turistas, transformándose el alojamiento, la restauración... en una cuestión de naturaleza accesoria y complementaria, sin que ello signifique que sean irrelevantes pues pueden llegar a ser el detalle que determine la elección de un destino u otro, siempre que ambos ofrezcan las mismas posibilidades de realización de la actividad. Por tanto, si en un primer momento podía afirmarse sin género de dudas que el turismo rural favoreció el desarrollo del turismo activo, actualmente podemos aseverar que el turismo activo, en una relación de sinergia, ha impulsado el desarrollo y consolidación del turismo rural (11).

En este trabajo nos proponemos exponer, como de su propio título se deduce, el régimen jurídico del turismo activo en España, pero desde la perspectiva de la normativa de Andalucía. De esta manera, teniendo como punto de partida la situación del turismo activo en general, se analizarán la regulación, el concepto, las empresas, las medidas de seguridad para la práctica de esta modalidad turística y, por último, el régimen de los seguros de responsabilidad civil exigidos, con el fin de ofrecer una visión completa de cómo está articulada y diseñada la práctica del turismo activo en las distintas Comunidades Autónomas. Se ha optado por no tratar el régimen de las condiciones ambientales para la práctica del turismo activo pues es una materia muy específica y a la vez novedosa de la normativa andaluza que requiere un tratamiento pormenorizado y singular.

---

distintivos se ha considerado oportuno la regulación de ambas en una misma norma ya que las dos tienen un fuerte elemento común, «como es que sus servicios son demandados preferentemente por turistas motivados por disfrutar del contacto con la naturaleza, aun cuando el segundo —el turismo activo— no tenga por qué realizarse exclusivamente en el medio rural».

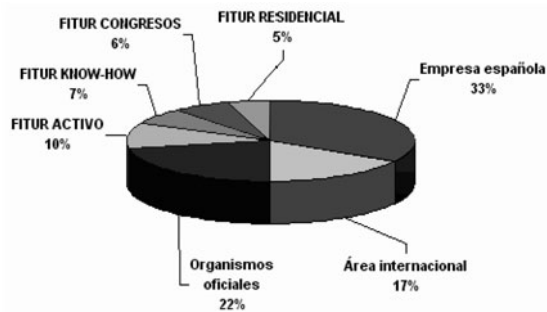
(11) En un sentido similar, PORRAS LIMA —«Las actividades de turismo activo en Andalucía: una modalidad de turismo deportivo en constante desarrollo», *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 4. p. 180—, cuando manifestaba que «En principio las ofertas de turismo activo eran complementarias a otras ofertas turísticas en la naturaleza (turismo rural, camping, hostelería...), ya que la presencia de este tipo de actividades era importante a la hora de elegir destino para pasar ratos de ocio y tiempo libre. Sin embargo, hoy día no es así. La oferta de turismo activo ha tomado suficiente entidad y, por sí sola, se presenta como atractiva para la elección de un destino por parte de los visitantes turísticos».

## II. SITUACIÓN DEL TURISMO ACTIVO Y SU IMPORTANCIA

Las actividades físico-deportivas en el medio natural —más que en la naturaleza— han experimentado un auge muy relevante en los últimos años que arrojan unas cifras nada desdeñables (12). Como botón de muestra basta con apreciar el papel que juega en FITUR, con aproximadamente un 10% de los expositores dedicados a la promoción de esta actividad.

*FITUR ACTIVO: GUÍA DE TURISMO ACTIVO*

	2002	2003	Diferencia
Empresas de GTA	1.030	1.125	9,2%
Actividades	39	39	
Productos	5.499	6.233	13%
Comunidades Autónomas	17	17	



Sin embargo, quedarse en estos datos sería perder la ocasión de conocer qué se encuentra detrás de estas cifras y el por qué del impulso de las Administraciones Públicas e interés de los empresarios (13).

(12) En 1994 se crea FITUR Activo en el que se reservaba por primera vez un espacio donde la oferta y la demanda de productos relacionados con el turismo deportivo tuvieran un lugar de encuentro. En aquella primera ocasión participaron las diecisiete Comunidades Autónomas, sesenta stands de expositores directos y unas trescientas empresas. En el año dos mil cuatro participaron 1.400 empresas de toda España que representaban 39 actividades diversas. Véase F. Porras Lima, «Las actividades de turismo activo en Andalucía: una modalidad de turismo deportivo en constante desarrollo», ob. cit., pp. 180-181.

(13) En este sentido es de destacar que alrededor de la mitad de las empresas analizadas han recibido subvenciones públicas, ya sea de programas europeos (25%) o ayudas municipales, autonómicas o estatales (21%). Véase, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, *El turismo de naturaleza en España y su plan de impulso*, Madrid, diciembre 2004, p. 9.

El motivo de esta progresión, desde la perspectiva de los operadores, como por otra parte suele ser habitual, no puede condensarse en un único factor ya que existen distintos aspectos que han hecho confluír intereses muy diversos. Entre ellos se encuentran: la economía, la estabilización de la población y la conservación de la cultura y del medio ambiente.

En este sentido, resulta innegable que el factor económico ha sido determinante ya que el turismo rural y las actividades que se han potenciado como valor añadido en el medio natural han supuesto un dinamizador de la economía de regiones desfavorecidas y se han configurado como un verdadero yacimiento de empleo (14). Algunos autores, como VÁZQUEZ, afirman que el turismo en la naturaleza «se organiza como un instrumento de revitalización de la economía local y su entorno natural concentrándose en un mayor entendimiento entre el medio rural y urbano» (15). De hecho, la mayor parte de las empresas dedicadas al turismo activo son de muy reciente creación (más del 65% tienen menos de 10 años).

En segundo lugar, e íntimamente vinculado al anterior, se halla el hecho de que favorece el arraigo de los residentes de las distintas poblaciones que ven en esta actividad una oportunidad que les permite no tener que buscar empleo en otros lugares (16). Y, en tercer lugar, favorece la conservación de la cultura y de los recursos naturales de la zona ya que contribuye a apreciar un instrumento, un cauce para el desarrollo económico a través de unos recursos que ya se poseen *per se*.

Sin embargo, esta situación, aparentemente repleta de ventajas, también podría llegar a mostrar una cara menos atractiva que algunos autores se han apresurado a denunciar.

---

(14) Como se manifiesta en el trabajo *El turismo de naturaleza en España y su plan de impulso*, «La tendencia de crecimiento del sector queda constatado en el crecimiento de la oferta de programación de turismo de naturaleza en los últimos tres años (2002, 2003 y 2004) que han experimentado el 63% de las empresas. Tan sólo en el 29% de los casos dicha oferta ha permanecido estable y en el 8% indica que ha decrecido», cfr. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, *El turismo de naturaleza en España y su plan de impulso*, Madrid, diciembre 2004, p. 9. Igualmente resulta reseñable que el 65% de las empresas de turismo en la naturaleza entre los años 2001 a 2004 experimentaron un crecimiento en su facturación constante, mientras que un 32% reconoció que se habían mantenido estables y tan sólo el 3% de las empresas analizadas reconocieron haber sufrido un recorte en su facturación. Cfr. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, *El turismo de naturaleza en España y su plan de impulso*, ob. cit., p. 9.

(15) J. VÁZQUEZ, «El Turismo ambiental: una forma de desarrollo», en AA.VV. (Coords. J. PIN-TASSILGO y M. TEIXEIRA, *Turismo – Horizontes alternativos*, Lisboa, Edições Colibri, 1998, pp. 145-157.

(16) Véase, M. T. PEÑALVER TORRES, «El turismo activo como alternativa y complemento al modelo turístico en la Región de Murcia», ob. cit., núm. 14 (2004), p. 183.

De esta manera se ha evidenciado el riesgo de la excesiva mercalización del medio (17), a la vez que ha mostrado la posibilidad de que finalmente sólo se beneficien de esta posibilidad de negocio algunas localidades muy concretas al estar los espacios naturales de Andalucía en áreas muy desvertebradas y con escasas conexiones entre los distintos pueblos (18).

Estas reflexiones, aunque interesantes desde un punto de vista teórico, al menos hasta el día de hoy no han llegado a situaciones extremas, por varios motivos intrínsecos y extrínsecos de la actividad como son:

a) La política de infraestructuras de los últimos años, al menos en Andalucía, ha conseguido unir y coexionar numerosos pueblos, eliminando progresivamente la dificultad de acceso. Sería presuntuoso afirmar que esta política de obras públicas ha sido el fruto o que responde a la idea de favorecer el turismo rural y el acceso al medio natural pues no es así, al menos en su totalidad, pero es innegable que el auge del desarrollo rural en los últimos años ha propiciado parte de la inversión y a la vez la inversión ha impulsado el desarrollo rural, produciéndose un fenómeno de retroalimentación.

b) El turista que busca el ocio en la naturaleza no ve en la dificultad de acceso un *hándicap* lo suficientemente significativo para impedir decantarse por una opción u otra, aunque es cierto que ante una idéntica oferta optará por la que más facilidades y ventajas le ofrezca.

c) Pese a que el turismo en la naturaleza es un yacimiento de empleo y, por tanto, puede ser susceptible de una excesiva mercantilización, la realidad es que es un sector que por su propia idiosincrasia se encuentra limitado ya que difícilmente se podrá entender o calificar de turismo de masas.

Por otra parte, el riesgo que es denunciado con más frecuencia es el medioambiental pues la práctica masiva o sin control de determinadas actividades puede generar daños significativos al medio ambiente que, como bien ha resumido PORRAS LIMA, pueden ser compactación y erosión del suelo; efectos negativos sobre la fauna y la flora, progresiva polución ambiental, contaminación visual, desequilibrios demográficos, daños a la morfología del terreno, contaminación de las aguas o riesgo de incendios (19).

---

(17) F. PORRAS LIMA, «Las actividades de turismo activo en Andalucía: una modalidad de turismo deportivo en constante desarrollo», ob. cit., p. 190.

(18) J. M<sup>o</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, «Marco de actuación del deporte como dinamizador del turismo», en *I Jornadas sobre Turismo y Deporte*, Junta de Andalucía, Consejería de Cultura, Instituto Andaluz del Deporte, Málaga, 1995, p. 7.

(19) F. PORRAS LIMA, «Las actividades de turismo activo en Andalucía: una modalidad de turismo deportivo en constante desarrollo», ob. cit., p. 192.

En este sentido, el *Manual de EcoTrans para la Mejora de la Calidad Ambiental en la Naturaleza* clasifica las actividades en virtud de su potencial impacto ambiental en tres niveles: *a)* Alto: acampada libre, caza, caza fotográfica, golf, todoterreno, safari, trial, visitas a cuevas, paracaidismo, vuelo con motor, descenso de barrancos, *b)* Medio: alpinismo, bicicleta de montaña, escalada, espeleología, montañismo, pesca, senderismo, turismo ecuestre, parapente, ala delta, vuelo sin motor, descenso de aguas bravas, hidrobob, hidrospeed, rafting y *c)* Bajo: cicloturismo, puenting, termalismo, turismo cultural, turismo educativo, aerodelismo, globo, piragüismo, remo, windsurf, vela... (20). Sin embargo, como podemos observar, el Manual se refiere a la potencial peligrosidad y lo hace en términos abstractos u objetivos ya que el daño ambiental puede quedar condicionado a circunstancias muy variables como es el número de personas, el grado de concienciación de las mismas, el periodo del año —esta no es una cuestión baladí pues en determinados periodos del año el tránsito de personas puede afectar a la fauna (época de reproducción) y la flora (en verano por el riesgo de incendio o en el momento de floración) de una forma significativa—, o el espacio natural donde se realice la práctica. Por tanto, es difícil y complejo proceder a una evaluación del potencial daño ambiental *a priori* y, en términos genéricos, derivados del turismo activo, sin que ello impida clasificar de alto impacto ambiental algunas actividades como podrían ser la práctica de deportes de motor en el medio natural esencialmente todoterrenos, quads y motocicletas; deportes o actividades que producen una tensión manifiesta entre deporte, ocio y medio ambiente y, por tanto, las garantías de protección del medio deben ser mayores (21).

En consecuencia, en este punto es donde debe entrar el Derecho para articular los mecanismos necesarios para lograr un turismo sostenible y de calidad.

### III. LA REGULACIÓN DEL TURISMO ACTIVO

#### 1. Escenario y fundamentos de la normativa

La regulación del turismo activo es relativamente reciente y su regulación ha sido realizada generalmente a través de reglamentos a las leyes del turismo auto-

---

(20) <http://www.ecotrans.org/>

(21) Véase, M. GÁMEZ MEJÍAS, «La regulación de la práctica de deportes de motor en el medio natural. Un ejemplo de tensión entre deporte y medio ambiente», en *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 21 (2007), pp. 15-33.

nómicas (22). De hecho, la gran parte de las citadas leyes no han contemplado referencia específica alguna a este tipo de actividades (23) y otras lo han hecho a través de otros términos o incluso de manera muy genérica incluidas en el seno de actividades complementarias o de otras empresas turísticas (24). Un ejemplo podría ser la Comunidad Gallega que en la Ley 9/1997 que se refiere a empresas relacionadas con el turismo deportivo: caza, pesca, hípica, golf, piscinas, clubes náuticos y aeronáuticos, alquiler de embarcaciones a vela, canoas, lanchas, tablas de windsurf y surf, nieve y demás actividades deportivas [art. 25.2.g]] y no sería hasta el Decreto Galicia 42/2001 cuando se haría una referencia al turismo activo y se procedería a una regulación homogénea. O la propia Comunidad de Andalucía, en cuya Ley sólo existe una referencia a las actividades complementarias y no sería hasta el Decreto 20/2002 cuando se procedería a la regulación y empleo del término de turismo activo por primera vez (25).

---

(22) En el trabajo, *El turismo de naturaleza en España y su plan de impulso*, Madrid, diciembre 2004 (p. 8), se realiza un breve análisis de la legislación y se concluye que, en líneas generales, se trata de una normativa: Necesaria para regular un sector creciente en el conjunto de la oferta turística; Escasa, ya que únicamente se ha desarrollado en ocho Comunidades Autónomas; Muy reciente, la mayor parte se han promulgado en los últimos cinco años; Que genera importantes desigualdades territoriales; Sujeta a numerosas modificaciones, y que en general no cuenta con adecuada participación del sector empresarial en la fase de redacción; La administración turística no cuenta con recursos técnicos, humanos y materiales, suficientemente especializados; Existe confusión en cuanto a la definición de turismo activo y sus actividades; La obligatoriedad de los seguros tiene diferencias entre las distintas Comunidades Autónomas.

(23) Una de las excepciones podría ser la Ley La Rioja 2/2001, en su artículo 22.3, se refiere expresamente a las actividades de turismo activo, sin embargo debemos indicar que este apartado es una incorporación que se realizó a través del artículo 37 de la Ley 13/2005. Con posterioridad si se han aprobado leyes que tenían apartados específicos dedicados al turismo activo, véase, por ejemplo, el título IV, capítulo VI de la Ley Aragón 6/2003.

(24) Una de las primeras leyes autonómicas que contempló el término de turismo activo fue la Ley Madrid 1/1999 [art. 47.1.f)]. La Ley Cataluña 13/2002 establece que «tendrán la consideración de otras actividades de interés turístico todas aquellas que, siendo ofrecidas o realizadas por empresas turísticas, con carácter profesional y mediante precio, contribuyen a dinamizar el sector turístico, como por ejemplo, a título indicativo, los deportes de aventura, las estaciones de esquí, los puertos náuticos, los campos de golf...» (art. 62.2) y como puede apreciarse opta por un término distinto «deportes de aventura», actividad que después ha sido regulada reglamentariamente por el Decreto 56/2003, de 20 de febrero, que regula las actividades físico-deportivas en el medio natural y por la Orden PRE/361/2004, de 6 de octubre.

(25) Algunas leyes autonómicas, entre las que cabría citar La Ley Extremadura 2/1997, en su artículo 39, bajo la rúbrica *Otras empresas turísticas*, incluye aquellas que tienen entre sus actividades, entre otras, las deportivas y medioambientales y el artículo 35 Ley Madrid 1/1999 no ha procedido aún a la regulación de esta materia de forma unitaria y homogénea.

**Normativa autonómica reguladora del turismo activo**

<b>Comunidad Autónoma</b>	<b>Ley</b>	<b>Reglamentos</b>
<i>Andalucía</i>		Decreto 20/2002, de 29 de enero, de turismo rural y turismo activo. Orden de 20 de marzo de 2003, por la que se establecen obligaciones y condiciones medioambientales para la práctica de las actividades integrantes del turismo activo.
<i>Aragón</i>	Ley 6/2003, de 27 de febrero, del turismo de Aragón [arts. 32.e), 55 y 56].	Decreto 55/2008, de 1 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de Turismo Activo.
<i>Asturias</i>	Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo en el Principado de Asturias [art. 24.d) y 53].	Decreto 92/2002, de 11 de julio, de Turismo activo.
<i>Baleares</i>		
<i>Canarias</i>	Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación y promoción del turismo en Canarias [arts. 5.1.c) y 54.d)].	
<i>Cantabria</i>	Ley 5/1999, de 24 de marzo, del Turismo [arts. 4.2 y 15.3.f)].	Decreto 31/1997, de 23 de abril, por el que se regulan los alojamientos y actividades en el medio rural de Cantabria.
<i>Castilla-La Mancha</i>	Ley 8/1999, de 26 de mayo, de ordenación del turismo en Castilla-La Mancha [arts. 8.d) y 19].	Decreto 77/2005, de 28 de junio de 2005, de Ordenación de las Empresas de Turismo Activo.
<i>Castilla y León</i>		Decreto 96/2007, de 27 de septiembre, por el que se regula la ordenación de las empresas de turismo activo en Castilla y León. Orden CYT 1865/2007, de 15 de noviembre, por el que se desarrolla el Decreto 96/2007.



<b>Comunidad Autónoma</b>	<b>Ley</b>	<b>Reglamentos</b>
<i>Cataluña</i>	Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña (art. 62).	Decreto 56/2003, de 4 de febrero, por el que se regula las actividades físico-deportivas en el medio natural. Orden PRE/361/2004, de 6 de octubre, modifica el catalogo de actividades físico-deportivas en el medio natural.
<i>Extremadura</i>	Ley 2/1997, 20 de marzo, de turismo de Extremadura (art. 39).	X
<i>Galicia</i>	Ley 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del turismo de Galicia [art. 25.2.g)].	Decreto 42/2001, de 1 de febrero, de refundición en materia de agencias de viajes, guías de turismo y turismo activo [arts. 42 a 51 y disposiciones adicionales 1ª, 2ª y transitoria 3ª y final 2ª].
<i>Madrid</i>	Ley 1/1999, de 12 de marzo, de ordenación del turismo de la Comunidad de Madrid [arts. 35 y 47.1.f)].	X
<i>Murcia</i>	Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de normas reguladoras del turismo en la Región de Murcia [art. 37 c) y d)].	Decreto 320/2007, de 19 de octubre, que regula las empresas de turismo activo de la Región de Murcia.
<i>Navarra</i>	Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de turismo de Navarra (art. 28).	Decreto Foral 288/2004, de 23 de agosto, por el que se aprueba el reglamento para el ejercicio de la actividad de las empresas dedicadas a la prestación de servicios de turismo activo y cultural.
<i>La Rioja</i>	Ley 2/2001, de 31 de mayo, del turismo de la Rioja (art. 22).	Decreto 111/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001 [art. 222.2.a), 225 a 238 y disposiciones adicionales 1ª y 2ª].

Los argumentos que han impulsado y que sustentan la aparición de la regulación de este tipo de actividades son muy variados como se puede apre-

ciar en los preámbulos de los distintos reglamentos (26). Sin embargo, todos

---

(26) *Decreto Castilla y León 96/2007* «...ante el enorme auge que han experimentado las actividades del conocido como "turismo activo", que han implicado, por un lado, un incremento de visitantes interesados en la práctica de este tipo de actividades, y por otro, un aumento de las empresas que se dedican a la organización de las mismas, hacen que en este momento se considere oportuno el dictado de la presente norma.

Este Decreto pretende acometer una regulación de dicho sector, determinando los requisitos que deben cumplir las empresas que se dediquen a la realización de este tipo de actividades, con el objeto de generar un clima de confianza en los usuarios turísticos. Ello implicará un aumento de la demanda de estos productos, así como de la seguridad jurídica para un colectivo empresarial estructurado, permitiendo así el disfrute del extenso y extraordinario patrimonio natural existente en la Comunidad de Castilla y León, garantizando asimismo el respeto a los recursos naturales.

La heterogeneidad de las actividades que pueden realizar las empresas de turismo activo dificulta una regulación minuciosa, por lo que en esta Norma se recogen los requisitos generales que tienen que cumplir las mismas, para garantizar la seguridad e integridad de quienes practican las actividades que prestan, con el máximo respeto a los espacios naturales de Castilla y León, y persiguiendo al tiempo una exigencia de calidad que se demanda en los mercados actuales». *Decreto Galicia 42/2001* «La práctica del turismo activo que tiene como escenario la propia naturaleza comportó una ampliación de la oferta turística en determinadas comarcas de Galicia, un hecho que ocasionó un aumento considerable de visitantes interesados en este tipo de actividades, como consecuencia de las nuevas demandas sociales.

Ante el incremento creciente de las mismas y su enorme interés como nuevo producto turístico, se considera necesario establecer una serie de medidas exigibles a las empresas que las promuevan, con la finalidad de elevar el nivel y las garantías de seguridad en su práctica. De esta manera, este Decreto incorpora una serie de medidas orientadas directamente a proteger los derechos y los intereses económicos de los usuarios que practiquen estas actividades». *Decreto Murcia 320/2007*, «En este sentido la creciente evolución de la demanda turística hacia actividades ligadas a la naturaleza, unida a la riqueza del patrimonio natural y cultural con que cuenta nuestra Región, ha dado lugar al desarrollo de una extraordinaria oferta para la práctica de actividades que conforman el denominado turismo activo y de aventura.

Por ello se ha considerado necesario una ordenación de las actividades que conforman dicho turismo y de las empresas que las organizan, al objeto de incrementar el nivel y las garantías de seguridad en la práctica de las citadas actividades, bajo la denominación de empresas de turismo activo». *Decreto Castilla-La Mancha 77/2005* «El sector turístico de Castilla-La Mancha no ha cesado en su desarrollo en los últimos años, llegando a tener tanto cuantitativa como cualitativamente una creciente importancia en la economía de nuestra Comunidad Autónoma. No obstante, ese protagonismo creciente debe encauzarse dentro de un marco de desarrollo sostenible, favoreciendo iniciativas que respeten el medio ambiente, toda vez que coadyuvan al desarrollo económico de las zonas donde se producen tales iniciativas. En este sentido, la instalación de empresas dedicadas al subsector turístico conocido como "turismo activo", que tanto auge está experimentando en los últimos tiempos, representa quizá uno de los mejores ejemplos de desarrollo sostenible, ya que se sirven de la naturaleza, respetándola, para la realización de actividades económicas beneficiosas para la comunidad y enriquecedoras para los visitantes». *Decreto Andalucía 20/2002* «En base a ello, el presente Decreto reconoce como servicio turístico al conjunto de actividades que integran el turismo activo que, caracterizadas por su relación con el deporte, se practican sirviéndose básicamente de los recursos que ofrece la naturaleza en el medio en el que se desarrollen, a las cuales les es inherente el factor riesgo o cierto grado de esfuerzo físico o destreza.

El motivo de tal reconocimiento se debe al hecho indiscutible de que su disfrute como recurso turístico ya es una característica en las sociedades industriales de nuestro entorno cultural. La prác-

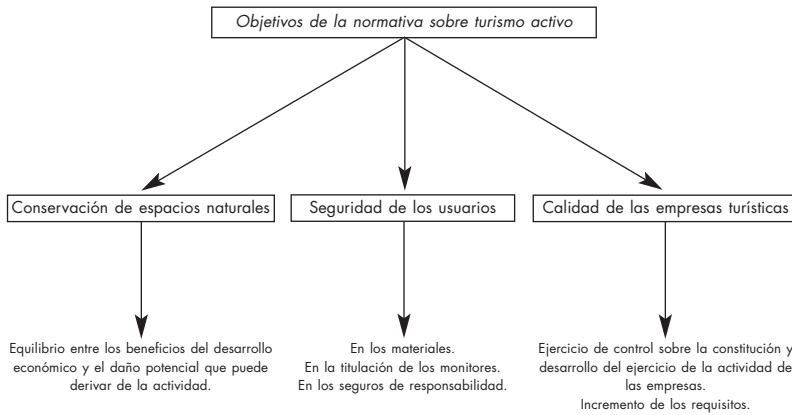
coinciden en considerar el auge de la actividad como uno de los motivos de la regulación, tanto, como manifiesta el Decreto Castilla y León 96/2007, por el incremento de visitantes interesados en la práctica de este tipo de actividades, como por el aumento de las empresas que se dedican a la organización de las mismas. Este hecho deja al descubierto cómo las actividades de turismo activo no han pasado desapercibidas a los ojos de las Administraciones que han visto en las mismas un medio o un instrumento importante y significativo para la promoción de la actividad turística en los distintos territorios. Sin embargo, esta misma apreciación ha conducido a las Administraciones Públicas a observar algunos riesgos que pueden hacer peligrar esta actividad incipiente como son la falta de seguridad en la práctica de algunas actividades, la no adecuación de las empresas que prestan los servicios, ya sea por los materiales empleados como por la inadecuada formación de su personal, o incluso el potencial daño al medio ambiente. Para evitar todos estos riesgos, la regulación hace descansar sobre las denominadas empresas de turismo activo una serie de obligaciones que comienzan con la exigencia de autorización previa al comienzo de la actividad y el cumplimiento de una serie de requisitos que garanticen o al menos minimicen los riesgos derivados de la práctica de las mismas (27) y que aseguren a su vez unos estándares de cali-

---

tica de nuevos, y no tan nuevos, deportes que se caracterizan por la utilización de los recursos que ofrece la naturaleza por parte del público en general y, en particular, por el o la turista, para ocupar el tiempo libre, incitados por las ofertas de empresas dedicadas a organizar dichas actividades, hace preciso que la Administración de la Junta de Andalucía establezca los mecanismos legales que permitan proteger bienes jurídicos tan relevantes como la seguridad de turistas, terceros que practican las actividades en el marco de las empresas de turismo activo, y el respeto y conservación del medio natural, los hábitat y ecosistemas, favoreciendo el desarrollo sostenible». *Decreto Navarra 288/2004*, «...teniendo en cuenta la creciente demanda social respecto de las actividades que conforman el turismo activo, a la vez que implican un avance económico de zonas de escaso poder de crecimiento, puede acarrear un deterioro del medio natural en el que se realizan, se hace necesario establecer los medios oportunos para alcanzar el equilibrio entre los beneficios del desarrollo económico, el daño potencial que la realización de estas actividades puede comportar para el medio en el que se llevan a cabo, y la necesidad de garantizar la seguridad de las personas que las practican». *Decreto Asturias 92/2002* «...teniendo en cuenta las características específicas de este tipo de empresas así como su relevancia dentro del sector turístico asturiano, y puesto que las mismas promueven actividades cuyo escenario es la propia naturaleza, comportando una participación del usuario no exenta de cierto riesgo, se hace imprescindible abordar su regulación, en orden a elevar las garantías de seguridad, y a proteger los derechos de los usuarios y de las empresas». *Decreto La Rioja 11/2003* «...ante el incremento creciente de visitantes interesados a este tipo de actividades, así como las empresas organizadoras de las mismas, se pretende incrementar el nivel y las garantías de seguridad en la práctica de las citadas actividades, determinando los requisitos que tienen que reunir las empresas. Por todo ello se establecen una serie de medidas orientadas directamente a proteger los derechos y los intereses económicos de los usuarios que practiquen estas actividades».

(27) Un ejemplo de este hecho son los seguros de responsabilidad civil que deben suscribir y que veremos en el epígrafe octavo.

dad en el personal y en el material. Nos hallamos ante una autorización en sentido clásico del término, como el reconocimiento de un derecho preexistente de esas empresas a prestar el servicio pero sometidas a su vez al control de la Administración para verificar la adecuación de las mismas para prestar ese servicio. Todo ello sin perjuicio de las autorizaciones o comunicaciones, según el caso, que tienen que realizar para el desarrollo de actividades concretas a desarrollar.



## 2. El turismo activo y el marco normativo andaluz

La referencia al turismo activo no existe en la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo de Andalucía y sólo el artículo 27.2 prevé, a los efectos de serles de aplicación la Ley y sus normas de desarrollo, que «reglamentariamente podrá reconocerse carácter turístico a cualquiera otros servicios distintos de los señalados en el apartado anterior —alojamiento, restauración, intermediación, información y de acogida de eventos congresuales— y que sean susceptibles de integrar la actividad turística», y, en coherencia con este precepto, los apartados *h)* e *i)* del artículo 34.1 de la Ley 12/1999 disponen que serán objeto de inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía tanto la oferta complementaria de ocio, como cualquier otro establecimiento o sujeto cuando, por su relación con el turismo, así se determine reglamentariamente». Estos argumentos fueron los esgrimidos por el Ejecutivo para reconocer como servicio turístico al conjunto de actividades que integran el turismo activo (29).

(29) Uno de los antecedentes que influyeron e incluso podemos decir que dió origen a la normativa de turismo activo es el Plan SENDA de 1999. Este Plan fue impulsado desde la Con-

El Ejecutivo andaluz optó por regular el turismo rural y el turismo activo en el Decreto 20/2002 al considerar que «ambos tienen un fuerte elemento común, como es que sus servicios son demandados preferentemente por turistas motivados por disfrutar del contacto con la naturaleza». Ese argumento de política normativa no parece muy sólido pues, desde la exposición de motivos del propio Decreto, se reconoce que el «turismo en el medio rural y el turismo activo poseen rasgos claramente distintivos, el primero constituye un turismo genérico mientras que el segundo es un turismo específico», sin olvidar que el turismo activo no tiene por qué realizarse exclusivamente en el medio rural (30), al igual que los usuarios del turismo rural no necesariamente optan por realizar actividades encuadrables en el marco del turismo activo ni al revés.

---

sejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, con el fin de dar respuesta a las necesidades de planificación y coordinación detectadas en torno a las actividades turísticas desarrolladas en el espacio rural, necesidades que no sólo fueron apreciadas en el seno de la Administración, sino que habían venido siendo objeto de reclamación por el conjunto de actores intervinientes en la actividad. El Plan dedica el epígrafe 3.B a las actividades de ocio en el medio rural y manifiesta que: «La oferta de actividades deportivas y de ocio, con muy diferentes grados de dificultad y riesgo, conoce en los últimos años un crecimiento constante. La existencia de una variada oferta, profesional y de calidad es un elemento importante para lograr la madurez del segmento turístico en el espacio rural andaluz. Las características de un estimable sector de la demanda en búsqueda de unas vacaciones en contacto con la naturaleza, hacen aún más interesante el desarrollo de esta oferta de cara a una recualificación global del producto turístico en estos territorios. Sin embargo, el gran interés estratégico de la existencia de ofertas de este tipo no debe obviar la necesidad de que las actividades ofertadas, cuenten con estándares de seguridad suficientes, y los monitores responsables de ellas con la cualificación y profesionalidad suficientes para llevarlas a cabo con total garantía, todo lo cual es responsabilidad de las entidades y organismos diferentes de la administración turística y deportiva, en coordinación y colaboración técnica con las federaciones y asociaciones especializadas en estas actividades. En definitiva, a nadie se oculta que el desarrollo de buena parte de las mismas forman parte de lo que, globalmente, entendemos como turismo. Por lo tanto, el objetivo pretendido no ha de ser otro que el de facilitar la inclusión de estas actividades en el Registro de Establecimientos y Actividades Turísticas». La línea de actuación fruto de estas consideraciones fue «Establecer reglamentariamente los estándares y acreditaciones necesarias para la inscripción de las actividades de ocio y deportivas al aire libre en el REAT, en colaboración con las federaciones deportivas y asociaciones especializadas».

(30) De hecho las últimas normas que se han ido publicando en los distintos boletines y diarios oficiales de las distintas Comunidades Autónomas han optado por dar un tratamiento independiente al turismo activo. Véanse, en este sentido, Decreto 92/2002, de 11 de julio, regula el turismo activo en el Principado de Asturias, Decreto 77/2005, de 28 de junio, por el que se regulan las empresas de turismo activo en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, Decreto 96/2007, de 27 de septiembre, regula la ordenación de las empresas de turismo activo de la Comunidad de Castilla y León, Decreto 55/2008, de 1 de abril, por el que se aprueba el reglamento de las empresas de turismo activo en la Comunidad Autónoma de Aragón y Decreto 320/2007, de 19 de octubre, por el que se regulan las empresas de turismo activo en la Región de Murcia. También es cierto que en algunas Comunidades, como es el caso de Navarra, el turismo activo se ha regulado con-

El Decreto dedica el tercer título al turismo activo con el fin de concretar, en primer lugar, los requisitos para poder inscribir las empresas que organicen actividades de turismo activo en el Registro de Turismo de Andalucía, requisitos que tienen por propósito garantizar un servicio turístico de calidad y alcanzar un adecuado nivel de seguridad en unas actividades en las que el factor de riesgo está presente en mayor o menor medida y, en segundo lugar, se abordan las medidas relativas al uso y al fomento administrativo de los senderos y caminos rurales. En el cuarto título se establecen disposiciones comunes referentes a las obligaciones de las empresas turísticas y a las medidas de fomento y promoción. Para concluir, el Decreto se cierra con una serie de anexos y concretamente en el quinto se recogen las actividades de turismo activo y en el sexto los requisitos para obtener la condición de Director técnico y monitor de turismo activo.

En ejecución de la posibilidad que preveía el propio Decreto, en su artículo séptimo, bajo la rúbrica, *respeto al medio ambiente*, se aprueba la Orden de 20 de marzo de 2003, por la que se establecen las obligaciones y las condiciones medioambientales para la práctica de las actividades que integran el turismo activo.

Sin embargo, el conjunto de disposiciones que afectan al turismo activo va más allá del cuadro normativo expuesto. En esta materia podríamos distinguir hasta tres ámbitos bien diferenciados que afectan al sector. En primer lugar se hallarían las normas específicas, esencialmente el Decreto 20/2002 y la Orden de 20 de marzo de 2003. En segundo lugar se encontrarían las disposiciones que regulan el uso y aprovechamiento del «terreno de juego» donde se desarrolla la actividad como podría ser la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía y se establecen las normas adicionales para su protección, la Ley 2/1992, de 15 de junio, forestal de Andalucía (derogada parcialmente por la Ley 5/1999), la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de protección ambiental (derogada por la Ley 7/2007), la Ley 5/1999, de 29 de junio, de prevención y lucha contra los incendios forestales o la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la flora y fauna silvestre (art. 23), por citar algunas normas de rango superior. Y, en tercer lugar estarían las disposi-

---

juntamente con el cultural como puede verse en el Decreto Foral 288/2004, de 23 de agosto, por el que se aprueba el reglamento para el ejercicio de la actividad de las empresas dedicadas a la prestación de servicios de turismo activo y cultural y en algunos casos se ha incluido dentro de un reglamento general, como es el caso de La Rioja, a través del Decreto 11/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de 10 de octubre, de Turismo de La Rioja.

ciones que regulan el ejercicio estricto de la actividad, como podría ser el caso de las normas sobre la práctica del buceo, las relativas al uso de motos de agua o la normativa de protección de los animales en los casos de travesía a caballo o mushing. Estas últimas a su vez determinan, en numerosas ocasiones, en virtud de su impacto, normalmente de naturaleza ambiental, el sentido de las normas que se contemplan en segundo lugar, es decir, las relativas al «terreno de juego», pues como es evidente no son los mismos requisitos los exigidos para realizar senderismo en un espacio protegido que el acceso con vehículos motorizados.

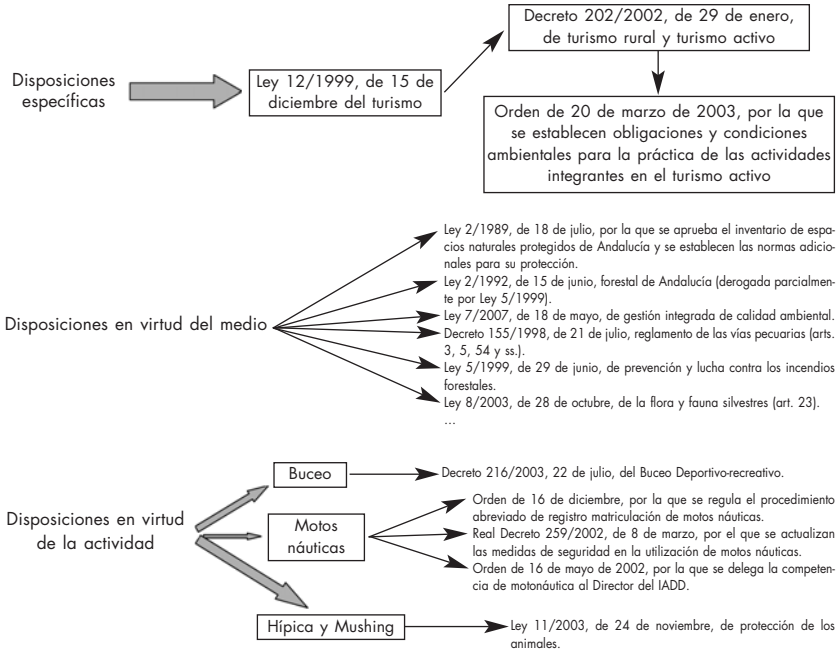
Todo ello sin preterir otras disposiciones que afectan a las titulaciones para los directores técnicos y monitores de turismo activo. Por tanto, como podemos constatar, el cuadro normativo del turismo activo es harto complejo a la vez que disperso pues, al margen de las que hemos denominado *disposiciones específicas*, es arriesgado referirse a un régimen del turismo activo en términos generales, y, por tanto, podría ser más acertado referirnos al régimen de cada actividad de las contempladas en el anexo V del Decreto 20/2002 (31), pese a que existan numerosos aspectos que pueden ser comunes, como es el relativo a los requisitos y obligaciones de las empresas destinadas al desarrollo de estas actividades o incluso en relación a las condiciones medioambientales comunes para la práctica de la actividad o las medidas de fomento, entre otras cuestiones (32).

---

(31) En este sentido, la parte expositiva del Decreto 96/2007, de 27 de septiembre, por el que se regula la ordenación de las empresas de turismo activo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León manifiesta que «la heterogeneidad de las actividades que pueden realizar las empresas de turismo activo dificulta la regulación minuciosa, por lo que en esta norma se recogen los requisitos generales que deben cumplir las mismas, para garantizar la seguridad e integridad de quienes practican las actividades que prestan, con el máximo respeto a los espacios naturales y persiguiendo al tiempo una exigencia de calidad que demanda los mercados actuales».

(32) Véase, sobre las modalidades de turismo activo y sus especialidades en virtud de la actividad, J. M. ASPAS ASPAS, *Los deportes de aventura*, Prames, Zaragoza, 2000, pp. 53-82.

**Cuadro sobre el marco normativo del turismo activo andaluz\***



**3. Delimitación del ámbito de objetivo de aplicación de la normativa de turismo activo**

El Decreto Andalucía 20/2002 no define el ámbito objetivo pues únicamente califica como servicio turístico la organización de actividades integrantes del turismo activo que son aquellas que enumeran en el anexo V. Por tanto, es la actividad la que determina la calificación de turismo activo sin excepción alguna. El resultado debe ser tildado de defectuoso por los problemas que podría ocasionar una aplicación rigurosa del Decreto. En este sentido, la mayoría de la Comunidades —que han regulado la materia— han optado por delimitar o excluir de los ámbitos de aplicación de sus normas de turismo activo a las sociedades deportivas, los clubes y federaciones deportivas, cuando realicen actividades deportivas propias de su finalidad dirigidas exclusivamente a sus asociados o afiliados y no al público en general, incluyendo, por algunas normas también los centros docentes y educativos y las aso-

\* Este cuadro no es exhaustivo. Su propósito es simplemente descriptivo.



ciaciones cuando tengan por finalidad exclusivamente a sus asociados (33). De esta manera se obtiene un resultado más coherente y acorde con la finalidad de la norma que es precisamente la regulación del servicio turístico que supone la práctica de las actividades del anexo V del Decreto Andalucía 20/2002 y no la actividad desarrollada por asociaciones, federaciones, clubes deportivos, etcétera cuando se destine exclusivamente a sus asociados. Podríamos llegar al absurdo, por ejemplo, de que la federación de buceo para organizar sus actividades, deba constituirse en empresas de turismo activo y cumplir, por tanto, con cada una de las obligaciones impuestas para la organización y ejecución de cualquier modalidad que se pueda ser catalogada como turismo activo.

Al margen de esta cuestión, algunas Comunidades —por ejemplo, Asturias, Castilla-La Mancha y Castilla y León— han incluido dentro de las empresas de turismo activo a aquellas cuya actividad sea el alquiler de material.

---

(33) Artículo 3.3 Decreto Asturias 92/2002: «Están excluidos de su ámbito los clubes y federaciones deportivas cuando organicen la realización de actividades en la naturaleza, dirigidas única y exclusivamente a sus asociados o afiliados, y no al público en general»; artículo 2.3 Decreto Aragón 52/2007: «No tendrán la consideración de empresas de turismo activo los clubes y federaciones deportivas cuando organicen actividades en el medio natural, dirigidas única y exclusivamente a sus asociados o afiliados y no al público en general»; artículo 2.4 Decreto Castilla y León 96/2007 «Quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente Decreto: — Las asociaciones y organizaciones deportivas y juveniles, clubes y federaciones deportivas siempre y cuando realicen actividades dirigidas exclusivamente a sus asociados o afiliados y no al público en general y no se publiquen o promocionen. —Las empresas que realicen senderismo con fines educativos y formativos, siempre y cuando el recorrido se realice por senderos balizados establecidos al efecto. — Las personas responsables u organizadoras de las denominadas actividades juveniles de aire libre previstas en la sección 2ª del Capítulo III del Título III de la Ley 11/2002, de 10 de julio, de Juventud de Castilla y León, en las que participen jóvenes en número superior a nueve y con más de cuatro pernoctaciones centradas en aspectos lúdicos, recreativos o formativos del ámbito de la educación no formal»; artículo 2.2 Decreto Navarra 288/2004 «Están excluidos del ámbito de aplicación de este Reglamento: a) Los centros docentes, las asociaciones, clubes y federaciones deportivas cuando organicen la realización de actividades dirigidas única y exclusivamente a sus miembros, asociados o afiliados y no al público en general. b) Las empresas o entidades que, sin prestar otras actividades de las definidas en el artículo 2, gestionen directamente, en cuanto propietarias o en virtud de contrato u otro título, recursos naturales, culturales o de ocio»; artículo 2.2 Decreto Murcia 320/2007 «Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto los clubes, federaciones deportivas y asociaciones cuando organicen o realicen las actividades dirigidas única y exclusivamente a sus socios y afiliados» y artículo 225. Decreto La Rioja 11/2003: «2. Quedan excluidos de su ámbito los clubes, federaciones deportivas y asociaciones cuando organicen o realicen actividades dirigidas única y exclusivamente a sus asociados y afiliados, y no al público en general. 3. Quedan también excluidas del ámbito de aplicación las empresas que realicen actividades juveniles y de tiempo libre que se regirán por lo establecido al respecto por la consejería competente en materia de juventud. A estos efectos, dichas empresas no podrán realizar actividades propias de las empresas de turismo activo».

Esta opción nos parece un acierto pues se podría controlar o supervisar la calidad y la homologación en su caso de los materiales, proporcionar información sobre la práctica de la modalidad deportiva y del entorno donde se va a realizar e incluso se podrían articular prohibiciones de alquiler de material para la práctica de determinadas actividades a personas sin conocimientos o sin formación básica (34). En este sentido, el Decreto Asturias 92/2002 distingue dos tipos de empresas destinadas al turismo activo según se dediquen a organizar y participar en las actividades que oferten, pudiendo alquilar o no el material para su realización, o bien exclusivamente alquilen el material necesario para practicar estas actividades, entregando y recogiendo el material alquilado por el cliente en un centro propio de la empresa a las que se les aplica con carácter general el mismo régimen (art. 2.3), sin perjuicio de algunos preceptos que no son de aplicación a las que se dedican en exclusiva al alquiler de material (art. 3.2). En consecuencia de *lege ferenda* entendemos que sería conveniente catalogar como empresas de turismo activo a todas aquellas se dediquen a alquilar material destinado a la práctica de actividades de turismo activo pues con el régimen actual están excluidas ya que difícilmente se podría argumentar seriamente que por el mero alquiler de un material se esté organizando una actividad de barranquismo, montañismo o buceo.

#### IV. CONCEPTO DE TURISMO ACTIVO

##### 1. Dificultades terminológicas y conceptuales para nominar las actividades turísticas-deportivas practicadas en la naturaleza y para fijar los caracteres esenciales que configuran el concepto

Lograr un concepto unitario que englobe o enmarque las distintas actividades que encierra o conlleva el deporte o actividad deportiva en la naturaleza como una parte del turismo es una labor compleja (35).

Luque Gil hace recaer la dificultad en su reciente acuñación y en la profusión de conceptos que han ido surgiendo para referirse a una misma tipología de actividad como son turismo deportivo en la naturaleza, turismo activo, turismo de aventura, turismo deportivo activo o turismo blando. Estos

---

(34) Cfr. los artículos 2.2 Decreto Asturias 92/2002, 2.3 Decreto 96/2007 Castilla y León y 2.1 *in fine* Decreto Castilla-La Mancha 77/2005.

(35) Véase, A. M<sup>º</sup> LUQUE GIL, «La evaluación del medio para la práctica de actividades turístico-deportivas en la naturaleza», *Cuadernos de Turismo*, núm. 12 (2003), p. 136 y ss.

últimos, como manifiesta la autora citada, se suelen utilizar de modo indiferente en bastantes ocasiones a pesar de que posean connotaciones distintas, lo cual «ofrece la trasgresión continua de las fronteras particularmente débiles entre los conceptos de ocio, deporte, viaje o aventura» —P. Bourdeau, «D'eau et de rocher: le canyoning», *Les Cahiers Espaces*, 35, París, p. 14—» (36).

Otros autores, como Porras Lima, entienden que la dificultad reside en cuatro pilares como son: a) la falta de unanimidad existente en el ramo de los profesionales, practicantes y estudiosos que se dedican a la actividad a la hora de concretar un término, b) cada día aparece una nueva modalidad físico-recreativa desarrollada en la naturaleza a la que se le debe emplear un esfuerzo posterior y un intento, tanto de las personas que se dedican profesionalmente a este sector como de los estudiosos del tema, para contextualizarlas y encuadrarlas en alguna de las modalidades anteriores o bien reelaborar una nueva clasificación, c) la novedad de la materia y d) la falta de denominación común en los medios de comunicación (37). Desde nuestra posición, creemos que la dificultad actualmente puede ser más conceptual que

---

(36) En este sentido, como manifiesta A. Lacosta Aragües —«La configuración de nuevos destinos turísticos de interior en España a partir del turismo activo y de aventura», *Cuaderno Geográfico*, núm. 34 (2004-1), p.13-14— en el mundo anglosajón se distingue perfectamente entre turismo de aventura (*adventure holidays*) y turismo activo (*activity holidays*). Siguiendo a Lacosta «El primero, en sentido estricto, implica el desplazamiento a un destino remoto, más o menos deshabitado, donde el turista encuentra unos niveles de confort limitados que, sin embargo, se aceptan con naturalidad como parte del encanto y autenticidad buscados a través de la experiencia viajera... Se trata de viajes donde el conocimiento de la realidad del país constituye el fin principal, en la medida que supone un alterotropismo radical respecto al marco de vida cotidiano, y en el que esfuerzo físico y habilidad pueden ser necesarios pero, contra lo que es opinión extendida, no resulta un requisito imprescindible.

El turismo activo por su parte, aunque comparte algunos aspectos con el turismo de aventura, responde a un planteamiento un tanto diferente, ya que en este caso el esfuerzo físico y la habilidad técnica sí que son un ingrediente necesario, pues la finalidad del viaje es realizar actividades diversas —principalmente deportivas— en el lugar de destino. Este tipo de viaje turístico implica el desplazamiento hacia zonas más desarrolladas, con niveles económicos y de vida relativamente elevados... Se trata de un tipo de viaje turístico con un grado de movilidad menor en destino, pues por lo general existe un «campo base» desde el que se desarrollan las diferentes actividades en el medio físico circundante». Peñalver Torres en un esfuerzo sintetizador manifiesta que estas actividades generalmente se ofertan como: a) Turismo deportivo: modalidad basada en la realización de actividades deportivas, b) Turismo de aventura: aquel cuya mayor motivación es la realización de una actividad generalmente relacionada con el riesgo y realizada generalmente en el medio rural y c) Turismo activo: oferta de actividades deportivas, que con cierto riesgo, pueden practicarse bajo la tutela de un monitor en plena naturaleza». M. T. PEÑALVER TORRES, «El turismo activo como alternativa y complemento al modelo turístico en la Región de Murcia», *ob. cit.*, núm. 14 (2004), p. 183.

(37) F. PORRAS LIMA, «Las actividades de turismo activo en Andalucía: una modalidad de turismo deportivo en constante desarrollo», *ob. cit.*, pp. 182 y 183.

terminológica, pues el término de turismo activo está en gran medida aceptado por empresarios, practicantes y Administraciones Públicas. Por tanto, el problema entendemos que puede residir en cuál es el contenido que se le debe dar al término de turismo activo y alcanzar una plena sintonía entre uno y otro.

Esta dificultad inicial para la determinación de los elementos que integran el concepto requiere o hace oportuno individualizar los elementos propios que caracterizan la actividad, tarea que ha sido realizada por Luque Gil partiendo de las consideraciones de distintos expertos. De esta manera concluye que los principales rasgos que definen a estas prácticas son:

- Son prácticas que tienen un carácter físico y lúdico, no instrumental (el matiz competitivo o de rendimiento no es tan relevante), siendo sus metas habitualmente la diversión, la adaptación y el juego con la naturaleza, no su conquista.
- Son fundamentalmente prácticas individualizadas y con un fuerte carácter individualista.
- Son actividades que buscan un placer sensomotriz (la mayoría de estas actuaciones son hedonistas y procuran placer sin requerir un intenso esfuerzo).
- En estas prácticas adquiere una gran importancia la traslación y el equilibrio.
- Comportan cierto riesgo conocido y aceptado, debido a lo incierto del medio en que se practican.
- Son actividades que suelen presentar un gran número de valores educativos.
- En la actualidad se han convertido en una práctica al alcance de todos con la mejora tecnológica.
- Son actividades que no están sujetas a reglamentación fija.
- Hay una especie de mitología de retorno y contacto con la naturaleza. Este elemento naturalista está relacionado con el papel que la naturaleza juega en estos deportes, puesto que constituye el medio que los hace posibles y brinda la energía necesaria para practicarlos (38).

---

(38) A. M<sup>º</sup> LUQUE GIL, «La evaluación del medio para la práctica de actividades turístico-deportivas en la naturaleza», ob. cit., pp. 134 y 135.

Tras esta síntesis, define el turismo activo como un *turismo alternativo*, alejado del turismo de masas o convencional, un turismo deportivo y un turismo de naturaleza (39); caracteres que compartimos en totalidad (40).

En consecuencia una vez definidos o concretados los elementos que deben integrar este tipo de actividades turísticas se le debe emparejar con un término que nosotros proponemos que sea el de turismo activo por las múltiples ventajas que supone por los siguientes motivos:

- a) Es un término plenamente aceptado por la doctrina científica, por los empresarios y por las Administraciones Públicas.
- b) Los decretos que han regulado los deportes en el medio natural en su mayoría han optado por el empleo del término.
- c) Es lo suficientemente descriptivo del tipo de turismo que se quiere reflejar.

Con todo, somos conscientes de que muchas de las aproximaciones al concepto y al término de turismo activo que se han realizado son muy imprecisas ya que desde la perspectiva que lo han abordado resulta muy complejo llegar a lograr un concepto inequívoco. Cuestión distinta es el término: turismo activo que podría sustituirse por cualquier otro, aunque resulta el más acertado pues supone una ruptura con el turismo pasivo.

Para concluir debemos tener presente en todo momento que el turismo activo es una actividad y no una modalidad turística y, por tanto, lo que la define es el contenido de la actividad y serán sus caracteres lo determinante. Turismo activo o turismo de aventura o... pueden ser todas variedades o modalidades de actividad pero lo determinante es que las causas que dieron lugar a la necesidad de la regulación preexisten en todas ellas: seguridad de los asistentes, preservación del medio y regulación de una actividad económica.

## **2. Concepto de turismo activo en las normas autonómicas: el concepto de turismo activo en el marco normativo andaluz**

En las distintas regulaciones autonómicas se emplean distintos términos que van vinculados a una unidad conceptual mas o menos uniforme, entre los cuales se encuentran deportes de aventura, deportes de riesgo y aventura,

---

(39) Pese a reconocer que el turismo activo no sólo se realiza en el medio rural aboga por considerarlo un subtipo de turismo rural. Esta propuesta no podemos compartirla pues rompe la unidad conceptual.

(40) En un sentido muy similar, F. PORRAS LIMA, «Las actividades de turismo activo en Andalucía: una modalidad de turismo deportivo en constante desarrollo», ob. cit., pp. 185 y 186.

turismo deportivo, turismo de ocio activo o incluso turismo de aventura (41). Con todo, en los últimos años ha ido imponiéndose la expresión turismo activo como es el caso de Aragón, Asturias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, La Rioja, Murcia o Navarra, o la propia Andalucía (42). Expresión que parece ser la más descriptiva del concepto que intenta trasladar ya que nos encontramos ante un colectivo que no quiere o no desea desarrollar una actividad turística pasiva propia —por ejemplo, turismo de sol y playa o turismo de balneario— sino que persigue participar «activamente» y de manera personal en la actividad que, en su desarrollo, le requerirá un grado mayor o menor, según el caso, de colaboración, de adiestramiento, de esfuerzo, de solidaridad, de relación con los otros integrantes de la actividad. Por tanto, nos encontramos ante unas actividades en las que se conjugan o que aúnan los elementos propios del turismo como son el descanso que libera de la fatiga y la diversión e igualmente los elementos propios del deporte como son el fomento de la competición, aunque sea con uno mismo, la superación y la adquisición de cierta destreza en el desarrollo de la actividad, el juego limpio, sin olvidar, un importante aspecto que es el conocimiento y la integración en el medioambiente. Sin embargo, es interesante reseñar que las distintas normas que regulan el turismo activo no han procedido a definir con precisión qué debemos entender incluido en el concepto.

En Andalucía, el Decreto 20/2002, de 29 de enero, es la primera norma en la que se emplea la expresión turismo activo pero, sin embargo, no procede a definirlo. De esta manera, sólo en la exposición de motivos del Decreto citado se manifiesta que se «reconoce como servicio turístico al conjunto de actividades que integran el turismo activo que, caracterizadas por su relación con el deporte, se practican sirviéndose básicamente de los recursos que ofrece la naturaleza en el medio en el que se desarrollan, a las cuales es inherente cierto factor de riesgo o cierto grado de esfuerzo físico o destreza».

Con todo es importante precisar que el turismo activo no es considerado en Andalucía como una modalidad turística sino más bien como una actividad turística o un servicio turístico en sí.

---

(41) J. M. Aspas Aspas —*Los deportes de aventura. Consideraciones jurídicas sobre el turismo activo*, Prames, Zaragoza, 1990, p. 27— manifestaba, en 1990, que todavía no se había decantado por el uso de ninguna de las locuciones existentes.

(42) A. Granero Gallegos —«Las actividades físico-deportivas en la naturaleza y la industria turística». *Revista Internacional de Medicina y Ciencias de la Actividad Física y el Deporte*, vol. 7 (26) (2007), pp. 111-127— expone las dificultades para hallar un concepto aceptado por todos. De hecho se usan indistintamente diferentes términos para referirse a una misma tipología. No obstante, la mayoría de los autores parecen decantarse por la utilización del concepto de turismo activo o turismo de aventura.

### 3. Elementos definidores del turismo activo en la legislación

Son varios los elementos comunes denominadores que se repiten en las distintas regulaciones autonómicas y permiten integrar una actividad en el seno del turismo activo, y, por ende, calificar aquellas empresas que prestan el servicio como propias del sector. En este sentido, no se produce la confusión que denunciaba Fernández Ramos en cuanto a la delimitación de los márgenes del turismo rural en las distintas regiones de nuestro país, pues es la actividad practicada la que determina la calificación de turismo activo (43), pese a que como veremos, no en todas las Comunidades Autónomas coinciden las actividades que se integran en este servicio.

Entre las características comunes se encuentran (44):

a) Se trata de actividades de naturaleza deportiva y, por ende, caracterizada por los elementos propios de la práctica deportiva e incluso de los valores que se predicen del deporte, como son el desarrollo de la personalidad, la superación personal, la solidaridad e incluso el trabajo en equipo, pese a que se dan otras propias del deporte de competición como es el espíritu vencedor o unas reglas de juego formales e institucionalizadas.

b) Es inherente cierto grado de riesgo o cierto grado de esfuerzo físico o destreza. En los distintos decretos autonómicos, todos con una formulación muy similar, se vincula a la actividad de forma disyuntiva el riesgo, el esfuerzo físico o la destreza, sin perjuicio de que todas aquellas características puedan coincidir en una misma actividad, como podría ser el montañismo o la espeleología (45). Así generalmente, a diferencia de otros servicios turísticos, el destinatario del servicio participa intensamente en una actividad que tiene un componente deportivo en cuanto que requiere un ejercicio físico cuya intensidad estará sujeta a la modalidad y al medio concreto donde se desarrolle. En algunos casos requerirá además un cierto grado de técnica como por ejemplo en los casos de paseos ecuestres, de esquí alpino, de espeleología, de windsurf, de piragüismo, o de vuelo en ultraligero o en ala delta. Sin embargo, también podrá predicarse o tener la consideración de turismo activo aquellas actividades en las cuales no se requiera técnica alguna, como podría ser —utilizando la terminología del anexo V del Decreto Andalucía 20/2002—

---

(43) S. FERNÁNDEZ RAMOS, «La regulación del turismo rural en Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 58 (2005), pp. 49-111.

(44) Artículos 4 Decreto Andalucía 20/2002 y 22.1 Decreto Castilla y León 96/2007.

(45) El Decreto Castilla-La Mancha 77/2005 opta por el empleo de las copulativas y, de este modo, se manifiesta que a estas actividades «son inherentes cierto grado de riesgo y de destreza y condiciones psicofísicas para su práctica» (art. 2.1).

el salto con elástico o salto desde el puente (lo que generalmente se conoce como puenting).

c) Se desarrolla sirviéndose básicamente de los recursos que ofrece la naturaleza en sus diversos medios como el terrestre de superficie, el subterráneo, el aéreo, o el acuático (46). Sin embargo, no debe identificarse, como se produce frecuentemente, naturaleza o medio natural con el medio rural a los efectos del turismo activo pues este tipo de actividades podrán practicarse en el medio urbano e incluso en otros espacios adecuados para el desarrollo de la actividad (47). En este sentido, en las zonas costeras y, concretamente, en las playas es frecuente encontrar empresas dedicadas a ofrecer servicios de esquí acuático, motos de agua, windsurf, surf, hidrobob, hidropedales, etc, sin que ello afecte, a la hora de la calificación de turismo activo, pues no se realiza en un ámbito rural. Pero incluso podemos encontrar casos en que el turismo activo se desarrolla dentro de la ciudad empleando instrumentos propios de la misma y como ejemplo más evidente está el salto desde el puente (puenting).

#### **4. Actividades que integran el turismo activo en Andalucía**

El turismo activo no puede entenderse sin el conjunto de actividades que lo conforman y en las que concurren los requisitos que hemos apuntado en el epígrafe anterior. De hecho, son éstas las que han permitido inferir las características del turismo activo, sin embargo, actualmente podría resultar contraproducente establecer un catálogo cerrado de las actividades que pueden integrar este servicio turístico pues supondría una rigidez que provocaría numerosas incoherencias en el sistema aunque no podemos negar que supondría una merma en la seguridad jurídica.

En las distintas Comunidades Autónomas que han abordado la materia se ha procedido a la elaboración de un listado que figura como anexo —con la excepción del Decreto Castilla y León 96/2007 que establece en su artículo 2.5 que, mediante Orden de la Consejería competente en materia de turismo, se aprobará una relación de las actividades consideradas de turismo activo, mandato que fue cumplido a través de la Orden CYT/1865/2007, de 15 de

---

(46) En el caso del Decreto Andalucía sólo se hace referencia a los recursos naturales sin precisar nada más, sin embargo, en los últimos Decretos publicados es una tendencia ser más explícitos y referirse al medio terrestre, al aéreo y al acuático. Véase, por ejemplo, el artículo 2.1 Decreto Navarra 288/2004.

(47) Véanse los artículos 22.1 Decreto Andalucía 20/2002 y 1.1 Decreto Castilla y León 96/2007.



noviembre o el Decreto Galicia 42/2001 que no incluye un anexo e incorpora las actividades en la disposición adicional segunda— (48), a las distintas disposiciones y que constituyen un *numerus apertus* al ser unos listados confeccionados a título meramente orientativo y que dotan a los elencos de la suficiente flexibilidad para adaptarse a las nuevas tendencias (49). Sin embargo, Andalucía ha optado por un criterio distinto al configurar las actividades que integran el turismo activo como un *numerus clausus*, cuando taxativamente establece que el turismo activo está integrado por las actividades relacionadas en el anexo V (art. 22.2) (50). De esta manera, el Ejecutivo andaluz cierra o cercena cualquier interpretación que pudiera flexibilizar su anexo, sin olvidar que el Decreto andaluz no establece una delimitación objetiva de su ámbito de aplicación, y, por tanto, federaciones y asociaciones que desarrollen en el seno de sus cometidos actividades incluidas en el anexo V deberían darse de alta como empresas de turismo activo (51). Con todo, para no dejar resquicio alguno, cada una de las treinta y tres actividades contempladas es definida (52). Por tanto, el margen de acción del operador jurídico

---

(48) También existen otros decretos que han optado por no incluir listado alguno como es el caso del Decreto Navarra 288/2004 o el Decreto La Rioja 11/2003.

(49) Así, el artículo 2.2 del Decreto 55/2008, de 1 de abril, por el que se aprueba el reglamento de las empresas de turismo activo en la Comunidad de Aragón, dispone que «a efectos únicamente orientativos se incluye en el anexo I la relación de aquellas que tienen la consideración de actividades de turismo activo». En el mismo sentido, el artículo 2.2 del Decreto 7/2005, de 28 de junio, por el que se regulan las empresas de turismo activo en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el artículo 1.2 del Decreto 320/2007, de 19 de octubre, por el que se regulan las empresas de turismo activo en la Región de Murcia, el artículo 7 de la Orden Castilla y León CYT /1865/2007 y el artículo 2.2 del Decreto Asturias 92/2002.

(50) Según los datos que obran en el trabajo, *El turismo de naturaleza en España y su plan de impulso*, ob. cit., p. 43 «Respecto al total de actividades ofertadas por todas las empresas y organizaciones que ofrecen actividades consideradas de turismo de naturaleza el 70% se realizan en el medio terrestre, el 25% se realizan en el medio acuático y tan sólo el 5% se desarrollan en el medio aéreo. Son datos que nos ayudan a caracterizar la oferta en función del medio en el que se realizan. Es destacable que la cuarta parte de las actividades se realicen en el medio acuático. Este dato da una muestra de la gran importancia que tienen las actividades de este tipo respecto al global aunque sin duda el medio terrestre sea el más utilizado».

(51) Véase, sobre este particular, el epígrafe 3.3 del presente trabajo.

(52) Así, por ejemplo, se definen las nueve primeras del siguiente modo: 1. Bicicleta de montaña: Especialidad de ciclismo de progresión en espacios naturales, empleando las técnicas y maquinaria características del ciclismo de montaña. 2. Buceo o actividades subacuáticas: Práctica de desplazamiento en medio hiperbárico con finalidad lúdica o recreativa. 3. Descenso de barrancos: Práctica consistente en el descenso de un barranco mediante el empleo de técnicas de descenso empleadas en montañismo, escalada, espeleología y natación. 4. Descenso en bote: Práctica que consiste en descender por aguas vivas en una embarcación neumática. 5. Escalada: Actividad que consiste en subir o trepar por paredes verticales naturales o artificiales. 6. Esquí de río: Práctica del esquí que consiste en descender por aguas vivas con unos esquíes especiales y con la ayuda

podemos concluir que es inexistente aunque la seguridad jurídica es muy alta. Las consecuencias de esta rigidez son que actividades como el kitesurf —también conocido como *fly surf*— no se encuentren catalogadas como de turismo activo, cuando en zonas costeras y concretamente en Tarifa, las empresas destinadas a facilitar la enseñanza de este incipiente deporte y a alquilar el material necesario para su práctica son numerosas y, sin embargo, están excluidas del cumplimiento de las obligaciones previstas para aquellas actividades que se integren dentro del turismo activo entre las que se encuentran el surf o el windsurf (53).

Al margen de esta apreciación, se podría pensar que el anexo es exhaustivo en la enumeración de las actividades pero la realidad es que resulta insuficiente. Es cierto que otras normas autonómicas recogen aún menos actividades como es el caso del Decreto Asturias 92/2002, que sólo incorpora veintiséis, pero en este caso las diferencias entre ambos decretos son significativas, pues en primer lugar, el listado tiene una naturaleza orientativa y, en segundo lugar, no se definen las actividades y, por tanto, es susceptible interpretación. De hecho en el Decreto de Asturias se incluye el esquí, y al no precisar, se puede entender incluidas modalidades que se encuentran en el anexo V del Decreto Andalucía 20/2002 como el esquí acuático, esquí de río o el esquí alpino (54).

Sin embargo, la práctica común en el resto de las normas autonómicas es recoger un elenco bastante extenso —Decreto Castilla-La Mancha 77/2005 (67 actividades), Decreto Aragón 55/2008 (47 actividades), Orden Castilla y León 1865/2007 (37 actividades) y Decreto Murcia 320/2007 (63 actividades)—.

Al margen de estas cuestiones reseñadas, también podría ser interesante para la mejora del Decreto en una posible reforma futura, establecer una cierta

---

de un remo de doble pala. 7. Esquí acuático: Práctica de esquí en el medio acuático. 8. Esquí alpino: Engloba el tradicional (raquetas de esquí), el telemark, el snowboard o surf de nieve, de montaña, de fondo y de travesía. 9. Espeleología: Actividad de exploración y progresión en cavidades subterráneas sorteando los obstáculos inherentes a éstas mediante el empleo de las técnicas y materiales característicos de la espeleología. Véase, sobre las modalidades de turismo activo y sus definiciones, J. M. ASPAS ASPAS, *Los deportes de aventura*, ob. cit., pp. 53-82.

(53) Para solventar esta deficiencia técnica, las distintas Delegaciones Provinciales han hecho una interpretación extensiva y han incluido el Kitesurf dentro del epígrafe 28 del anexo V del Decreto Andalucía 20/2002, *Surf y windsurf*: «práctica del desplazamiento en la superficie del agua mediante el empleo de una tabla a vela o tabla especial según la modalidad». Esta opción finalista no nos parece muy afortunada técnicamente aunque consigue incluir esta modalidad deportiva dentro del turismo activo y exigir el cumplimiento de la normativa.

(54) También, existen normas como, el Decreto Galicia 42/2001, que sólo contempla nueve actividades (disposición adicional segunda).

sistemática a la hora de incorporar las actividades. El criterio seguido en la redacción actual del anexo V es el alfabético —con este mismo criterio, por ejemplo, el anexo I del Decreto Asturias 92/2002, la disposición adicional segunda del Decreto Galicia 42/2001 y el anexo I del Decreto Castilla-La Mancha 77/2005—, sin embargo entendemos que resulta más clasificador si se opta por clasificarlas en virtud del medio donde se desarrolla la actividad. De este modo, se podría distinguir entre actividades terrestres, subterrestres, acuáticas, subacuáticas y aéreas. Esta clasificación tiene numerosas ventajas que pueden condensarse en:

a) Simplificaría significativamente la búsqueda al resultar más intuitiva.

b) Proporcionaría un dato más sobre las actividades contempladas en el anexo pues en numerosas ocasiones es complejo conocer todas las variantes existentes de actividades que se desarrollan en la naturaleza o que pueden ser consideradas como turismo activo.

c) Evitaría tener que conocer no sólo la terminología de las distintas actividades sino incluso sus distintas denominaciones como es el caso de aerostación, globo aerostático o vuelo en globo o rafting, también conocido como descenso en bote o trekking que consiste en la realización de recorridos a pie de media o larga duración. En este sentido se podría aducir que el Decreto Andalúz contempla las definiciones y que, por tanto, basta con leerlas para saber qué tipo de modalidad es la contemplada y en qué medio se realiza, pero aún así y considerando un acierto la definición de las actividades, siempre que el elenco sea meramente orientativo, lo más adecuado sería clasificarlas de una manera intuitiva.

La opción de clasificar las actividades, en virtud del medio en el que se desarrollan, ha sido empleada en cierta medida por las disposiciones que regulan el turismo activo en Aragón, Castilla y León y Murcia (55), aunque generalmente podemos decir que han combinado el medio con la actividad, en la medida que normalmente han sido respetuosas con las actividades subacuáticas, náuticas y aéreas pero con las terrestres han distinguido entre mon-

---

(55) Decretos Aragón 55/2008 —actividades subacuáticas, acuáticas, ecuestres y similares, ciclismo, aéreas, actividades de montaña y escalada, actividades de orientación, espeleología, tiro con arco, actividades de nieve, actividades con vehículos de motor, paintball y similares, otras actividades en la naturaleza; Orden Castilla y León 1865/2007 —actividades de tierra, nieve, agua, aire, mixtas, con animales, a motor— y Decreto Murcia 320/2007 —actividades subacuáticas, náuticas, hípica, ciclismo, aéreas, de montaña y escalada, rutas a pie, orientación, taller de medio ambiente y naturaleza, ruta cultural, agroactividad, ruta temática, espeleología, tiro con arco, actividades de nieve, rutas o excursiones con vehículo a motor, circuitos o programas de multiactividad o multiaventura, paintball y, por último, supervivencia—.

taña, nieve, hípica, ciclismo... y, por tanto, la clasificación o la ordenación de las actividades finalmente resulta un tanto compleja de entender. Nosotros proponemos de *lege ferenda* que fuesen ordenadas por medios naturales —se podrían perfectamente incluir las subacuáticas y las subterrestres— y posteriormente hacer las subdivisiones que se considerasen oportunas en virtud de un criterio alfabético.

**Actividades de turismo activo en la legislación andaluza  
(anexo V D. 20/2002)**

<b>Terrestres</b>	<b>Acuáticas</b>	<b>Aéreas</b>
Bicicletas de montaña	Buceo	Globo aerostático
Descenso de barrancos	Descenso en bote	Heliesquí
Escalada	Esquí de río	Heliexcursión
Esquí alpino	Esquí acuático	Paracaidismo
Espeleología	Hidrobob	Salto desde puente
Mushing	Hidrotrineo	Salto con elástico
Montañismo	Hidropedales	Vuelo libre
Motos de nieve	Motos acuáticas	Vuelo con ultraligero
Quads	Navegación a vela	Vuelo sin motor
Turismo ecuestre	Piragüismo	
Senderismo	Surf y Windsurf	
Todoterreno		
Travesía		

**V. EMPRESAS DE TURISMO ACTIVO**

La organización de actividades de turismo activo debe realizarse a través de una empresa en la que deben concurrir una serie de requisitos para poder desarrollar o desempeñar sus funciones en el marco de la legalidad (56); requi-

(56) Con todo es frecuente, como ha señalado Nasarre Sarmiento, que en este sector exista una amplia competencia desleal por parte de «empresas volátiles que operan sólo durante los meses de verano, carecen de seguro y descuidan las obligaciones fiscales, laborales y mercantiles perjudicando el sector» que perjudican la imagen del colectivo. Cfr. J. M<sup>º</sup>. NASARRE SARMIENTO, «La regulación de las empresas de turismo activo», en *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 10 (2000), p. 71.

sitos que tienen por objeto ofrecer un servicio de calidad, garantizar unos estándares de seguridad y permitir una utilización racional del medio natural que haga factible un desarrollo sostenible (57).

Estas empresas adoptan formas jurídicas muy distintas, pero predominan las sociedades de diverso tipo en las que los socios trabajan en las mismas alternando las tareas directivas con la conducción de grupos de clientes. La tendencia de crear sociedades mercantiles deriva, como ha manifestado Nasarre Sarmiento, «sobre todo de las consecuencias en materia de responsabilidad civil» (58).

La normativa andaluza, el Decreto 20/2002, ha optado por distinguir entre los requisitos para las empresas de turismo activo —art. 23—, los requisitos para la inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía —art. 24— y los requisitos previos a la actividad —art. 25—. De esta manera la puesta en funcionamiento queda secuenciada en dos fases distintas. En primer lugar se debe proceder a la inscripción en el Registro de Turismo y posteriormente cumplir con los requisitos necesarios antes de comenzar con el desarrollo efectivo de la actividad. Este modelo nos parece mejorable pues lo razonable sería solicitar autorización a la Delegación Provincial de Turismo, Comercio y Deporte aportando todos los documentos y cumplidos los requisitos exigidos actualmente para la inscripción y para la puesta en funcionamiento. Y, posteriormente, solicitar la inscripción en el Registro de Turismo de Andaluz; trámite que se podía efectuar de oficio por la Delegación Provincial una vez autorizada la actividad; simplificándose, de esta manera, considerablemente los trámites e incluso los plazos.

## 1. Requisitos de las empresas de turismo activo

El artículo 23 del Decreto Andalucía 20/2002 establece los requisitos que las empresas de turismo activo deben cumplir. Estos requisitos tienen la consideración de finalistas, es decir, deben cumplirlos todos en el momento de inicio de la actividad pero no necesariamente en el momento de la inscripción en el Registro Andaluz de Turismo ya que, por ejemplo, la comunicación de los monitores y del director técnico se realiza en el momento previo a la actividad y no forma parte de los requisitos para la inscripción en el Registro.

---

(57) Véase el epígrafe, *Delimitación del ámbito de aplicación de la normativa sobre turismo activo*.

(58) J. M<sup>º</sup>. NASARRE SARMIENTO, «La regulación de las empresas de turismo activo», en *Acciones e investigaciones sociales*, ob. cit., p. 70.

Los requisitos son los siguientes:

- a) Disponer, en su caso, de la licencia municipal correspondiente.
- b) Contar con un/a Director/a Técnico/a para el desarrollo de las funciones establecidas en el artículo 26.
- c) Disponer de personas monitoras con conocimientos específicos o adecuados en función de la actividad de que se trate.
- d) Suscribir un seguro de responsabilidad civil que cubra, de forma suficiente, los posibles riesgos imputables a la empresa por la organización y prestación de la actividad de turismo activo, con la cuantía mínima que se determine mediante Orden de la Consejería de Turismo y Deporte.
- e) Suscribir un seguro de accidente o asistencia por la organización y prestación de la actividad de turismo activo, con la cobertura que determine una Orden de la Consejería de Turismo y Deporte.
- f) Inscribirse en el Registro de Turismo de Andalucía con carácter previo al inicio de su actividad, conforme a lo establecido en el artículo 34.1.i) de la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo (59).

Los contratos exigidos en los apartados d) y e) deberán mantenerse en vigor durante todo el tiempo de prestación de la actividad, con la obligación de presentar anualmente a la Delegación Provincial de Turismo y Deporte copia de las pólizas y recibos vigentes (60).

Los requisitos para la inscripción en el Registro resultan deficientes ya que numerosos aspectos quedan fuera del control de la Administración al no ser exigidos como necesarios para la inscripción. De esta manera no se exigen cuestiones importantísimas como son la memoria y relación de actividades que pretende desarrollar (61) o el protocolo de actuación en caso de accidentes (62) generalmente exigidos por el resto de normas autonómicas. Con carácter más excepcional, algunos Decretos autonómicos también exigen que se incluya una copia del inventario de los equipos y del material propio

---

(59) Véase el epígrafe *Procedimiento de inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía*.

(60) Véase el epígrafe *Seguro de responsabilidad civil y de accidentes*.

(61) Véanse, entre otros, los artículos 4.2.b) Decreto Asturias 92/2002; 4.3.2º.f) Decreto Aragón 55/2008, 6.1.d) Decreto Navarra 288/2004, 10.3.d) Decreto Castilla La Mancha 77/2005 ó 12.2.b) Decreto Región de Murcia 320/2007.

(62) Véanse, entre otros, los artículos 4.2.h) Decreto Asturias 92/2002; 4.3.2º.m) Decreto Aragón 55/2008, 10.3.f) Decreto Castilla La Mancha 77/2005 ó 12.2.f) Decreto Región de Murcia 320/2007.

para la práctica de las actividades [art. 4.3.2<sup>º</sup>.j) Decreto Aragón 55/2008 y art. 12.2.A.b) Decreto Región de Murcia 320/2007]; la relación del personal y copia de la titulación requerida [art. 4.2.c) Decreto Asturias 92/2002; art. 4.3.2.h) Decreto Aragón 55/2008; 10.3.e) Decreto Castilla-La Mancha 77/2005 o, entre otros, art. 12.2.c) Decreto Murcia 320/2007] o la copia del seguro, copia del permiso de circulación y tarjeta de características, cuando se empleen vehículos para los itinerarios y actividades [art. 4.3.2.n) Decreto Aragón 55/2008].

Al margen de estas consideraciones existe una cuestión de cierta relevancia como es que el Decreto 20/2002 no contempla la necesidad de un local entre los requisitos de las empresas de turismo activo y es sólo a través del Decreto Andalucía 35/2008 cuando se prevé que debe ir, entre los documentos que deben acompañar a la solicitud para la inscripción, la licencia de apertura del establecimiento, *en su caso* [art. 11.2.c)]. En este sentido, entre otros los Decretos de Asturias, Galicia, Castilla y León y Murcia, contemplan la existencia de locales abiertos al público como uno de los requisitos de las empresas de turismo activo (63). Este es un elemento que consideramos necesario pues al margen de ser una garantía para los usuarios, permite la fiscalización de la empresa y dificulta la clandestinidad de este tipo de negocios (64).

## **2. Procedimiento de inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía**

La inscripción en el Registro de Turismo Andaluz para las empresas de turismo activo es una obligación que se establece en el artículo 34.1.i) de la Ley Andalucía 12/1999, cuando dispone que el Registro tendrá por objeto «la inscripción de cualquier otro establecimiento o sujeto cuando, por su relación con el turismo, se determine reglamentariamente» y, en este sentido, el Decreto Andalucía 20/2002 establece que las empresas interesadas en organizar actividades de turismo activo, con carácter previo al inicio de la actividad, deben inscribirse en el mencionado Registro [art. 23.1.f)], sin olvidar que

---

(63) El Decreto Aragón 55/2008 no exige la existencia de un local abierto al público pero si debe disponer una base de operaciones y de almacenamiento de material [art. 4.2.2<sup>º</sup>.j)].

(64) Los Decretos Asturias 92/2002 (art. 10) y Murcia 320/2007 (art. 6) han regulado las condiciones de los locales y requieren que todas las empresas de turismo activo deberán disponer de, al menos, un local para atender al público, que contará con aseos independientes y, en caso de ser necesario, con instalación de duchas y vestuarios o, al menos, de taquillas o armarios individuales para que los clientes puedan dejar sus objetos personales.

el Decreto 35/2008, de 5 de febrero, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía (Decreto Andalucía 35/2008), prevé que el Registro tiene por objeto la inscripción y anotación de los datos relativos a la entidades que organicen actividades de turismo activo [art. 4.h)] (65). Esta inscripción es indispensable para el inicio de la prestación de los servicios e igualmente será imprescindible para acceder a cualquier tipo de ayudas y/o subvenciones que conceda la Consejería competente en materia turística (art. 35 Ley Andalucía 12/1999).

El procedimiento de inscripción comienza con la presentación de la solicitud, por parte de persona interesada o por aquella que en su caso la represente (66), preferentemente, en el Registro de aquella Delegación de Turismo, Comercio y Deporte a la que corresponda su tramitación (art. 11.2 del Decreto Andalucía 35/2008), sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 que prevé que «las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse: a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan; b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio; c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca; d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero y e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes» (67).

No debemos confundir la presentación que podrá ser realizada según lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 con dónde y a quién debe ir dirigida la solicitud.

---

(65) La regulación de la inscripción en el Registro de Turismo se contenía en el artículo 24 del Decreto Andalucía 20/2002 hasta que fue derogado por el Decreto 35/2008 [disp. derog. prim. c)] y se «sustituyó» por el artículos 9 y siguientes de éste último Decreto.

(66) En los casos de que se actúe por representación, como establece el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se requiere que se acredite la misma, al tratarse de una solicitud, por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Sin embargo, la falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran (art. 32.3 Ley 30/1992).

(67) E. GAMERO CASADO y S. FERNÁNDEZ, *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 307-308.



En este sentido, la solicitud debe ir dirigida al titular de la Delegación Provincial donde se desarrolle la actividad (art. 11 Decreto Andaluz 35/2008). En el caso de que la actividad se desarrolle en más de una provincia andaluza, la solicitud deberá ir dirigida a la Delegación de la provincia donde la empresa tenga su sede social y en el supuesto de que la empresa tenga un ámbito superior al andaluz se dirigirá a la Delegación de la provincia donde se desarrolle principalmente la actividad (art. 24.2 Decreto 20/2002).

La solicitud debe ir acompañada, en todo caso, por copia autenticada de los siguientes documentos (art. 11.3 Decreto Andalucía 35/2008):

- a) Documento Nacional de Identidad u otros que, legalmente, puedan sustituirlo, de la persona titular, si es persona física. Si la titular fuese una persona jurídica habrá de aportar el Código de Identificación Fiscal, escritura de constitución y documento que acredite su inscripción en el registro correspondiente.
- b) En su caso, escritura de apoderamiento otorgada a favor de la persona que presente la solicitud o documento acreditativo de la representación que ostente.
- c) En su caso, licencia municipal de apertura de establecimiento turístico.
- d) Título suficiente para la puesta en funcionamiento de la actividad o el establecimiento turístico.

Al margen de estos requisitos, el derogado artículo 24 del Decreto Andalucía 20/2002 también exigía copia de las pólizas de seguro que cubrieran, de forma suficiente, los posibles riesgos de accidentes de los que practican las actividades y de los recibos de pago de las primas en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 23.1.d) del mencionado Decreto. Realmente este requisito no se justificaba, pues el artículo 23.f) *in fine* del Decreto Andalucía 20/2002 requiere que los contratos de seguro exigidos en los apartados d) y e) del artículo 23.1 se mantengan en vigor durante todo el tiempo de la prestación de la actividad, con la obligación de presentar anualmente a la Delegación Provincial de Turismo, Comercio y Deporte copia de la póliza y de los recibos vigentes (68). Con esta obligación no parecía muy sensato exi-

---

(68) Entendemos que la póliza o pólizas sólo deben entregarse anualmente cuando se haya producido un cambio en la entidad aseguradora o en las condiciones de la misma o de las mismas. En los demás supuestos basta con los recibos que acrediten el pago. De hecho, el artículo 84.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía establece que no será exigible la presentación de documentos que ya obren en poder de la Administración, siempre que no hayan transcurrido más de cinco años.

gir la presentación de la póliza y los recibos en el momento para la inscripción en el Registro si después tenía que ser presentado anualmente a la misma Delegación Provincial que había realizado la instrucción y que había dictado la Resolución de inscripción en el Registro de Turismo. Sin embargo, de *lege ferenda* proponemos una simplificación de esta cuestión. Resulta más práctico que sea en el momento de inscripción en el Registro Andaluz cuando se presenten las pólizas de los seguros y anualmente sea ante la Delegación Provincial donde se presenten los recibos del pago de las mismas para que así se haga constar en el Registro pues, teóricamente, con la regulación actual, no sería de aplicación el artículo 14.3 del Decreto Andalucía 35/2008 cuando dispone que «la cancelación de la inscripción podrá producirse de oficio cuando se dejen de reunir las condiciones que sirvieron de base para su inscripción», ya que en el artículo 11 del citado Decreto no se refiere en ningún momento al seguro como documento necesario para proceder a la inscripción de la empresa.

Una vez presentada la solicitud y la documentación requerida se procederá a la calificación jurídica de la documentación aportada para determinar su validez y comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos. Si tras la calificación se observara o se dedujera de la misma la necesidad de subsanar la solicitud por defectos o carencias o la ausencia de documentos preceptivos se requerirá al interesado para que en un plazo de diez días la subsane (69), conforme al artículo 71.1 de la Ley 30/1992. En caso contrario, se entenderá que el interesado ha desistido de su derecho y se dará por concluido el expediente, previa resolución en los términos del artículo 42 de la Ley 30/1992 (70).

El procedimiento finalizará con la resolución del titular de la Delegación Provincial correspondiente y se notificará al interesado en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en el registro del órgano competente para su tramitación —como hemos visto dependerá del ámbito de actuación de la empresa—. Transcurrido este periodo, sin haberse notificado resolución alguna, debe entenderse desestimada la solicitud de inscripción según lo previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 12/1999, y, por tanto, las opciones posibles por parte del interesado se reducirían a dos: a) volver a presentar la

---

(69) Al no precisarse la naturaleza de los días deben entenderse hábiles y el cómputo de los mismos se iniciará el día siguiente de la recepción por el interesado de la petición de subsanación de la solicitud presentada (art. 48.1 Ley 30/1992).

(70) Ello no impide al interesado que pueda volver a iniciar los trámites de inscripción nuevamente.

solicitud o b) interponer recurso de alzada en el plazo de tres meses desde el momento en que se produjo el silencio (71).

El procedimiento fijado nos parece mejorable en cuanto a su estructura y funcionalidad pues se procede a la inscripción sin un previo proceso de autorización, convirtiéndose la misma en el único instrumento de control de la legalidad cuando entendemos que debería tener más bien una función de publicidad. Las distintas Comunidades Autónomas han seguido procedimientos diversos a la hora de proceder a la inscripción de las empresas de turismo activo. Algunas sólo requieren autorización y otras distinguen entre la autorización que se otorga tras verificar que se cumplen los requisitos exigidos y la inscripción en el Registro que se efectuará de oficio tras la obtención de la preceptiva autorización, como es el caso de las Comunidades Asturias, Murcia y Castilla León. Éste es el procedimiento que consideramos más oportuno y funcional. Resulta, al margen de esta cuestión, igualmente reseñable los escasos aspectos que son controlados en el momento de la inscripción, sobre todo teniendo en cuenta que no existe una autorización previa ya que, como hemos visto, no van más allá del control sobre aspectos puramente formales, sin que se verifiquen cuestiones como son la memoria y relación de las actividades que ofrece, relación de personal dependiente de la empresa, especialmente monitores y directores técnicos, copia de los títulos o certificaciones de los responsables de la actividad (72), copia del inven-

---

(71) En algunas Comunidades Autónomas la falta de notificación de la resolución de inscripción en el plazo señalado tiene un sentido estimatorio, como por ejemplo, en Navarra (art. 6 Decreto 288/2004) y Castilla-La Mancha (art. 11.2 Decreto 77/2005).

En la Comunidad de Galicia no se prevé la inscripción y sólo se contempla la autorización que deberá resolverse en el plazo de seis meses y el sentido será estimatorio (art. 44.3 Decreto 42/2001).

En Aragón el mecanismo articulado es distinto en cuanto que distinguen entre la autorización y la inscripción en el Registro. La autorización cumple la función de la inscripción en la normativa andaluza, donde se produce un control de numerosos aspectos y que requerirá la vista de la inspección a la base de operaciones, o en su caso, al local de la empresa. En caso de que transcurran tres meses sin notificación de la resolución de la solicitud de autorización, se entenderá denegada (art. 5.2 Decreto 55/2008) y si es afirmativa se inscribirán en el Registro de Turismo pero este procedimiento está reglado, pues si tiene la resolución positiva la única posibilidad será la inscripción de la empresa (art. 7.1 Decreto 55/2008). En un sentido similar, Castilla y León, Asturias y Murcia, cuando prevén que en los casos en que se obtiene la autorización, se procederá de oficio a la inscripción en el Registro (art. 5 Orden CYT 1865/2007 y 6 Decreto 92/2002). En las tres Comunidades el plazo de resolución es de tres meses y en las dos primeras el silencio se entenderá desestimatorio y en la tercera estimatorio.

(72) Los directores técnicos y monitores deben tener la titulación requerida (véase el epígrafe dedicado a este particular) y en caso de que sea solicitada deben estar las certificaciones a disposición de la inspección. La obligación que existe sobre este particular es la de comunicación para su anotación en el Registro, antes del inicio de la actividad, de los datos de identificación de las

tario de los equipos y material propio para la práctica de las actividades (73), protocolo de actuación en caso de accidentes (74), comunicación de las condiciones o limitaciones de las personas practicantes que en su caso puedan establecerse e incluso algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Aragón, exige copia del alta del impuesto de actividades económicas y en caso de utilizar vehículo para los itinerarios y actividades, copia del seguro, copia del permiso de circulación y tarjeta de características (art. 4 Decreto Aragón 55/2008).

Cualquier modificación o alteración en las condiciones que sirvieron de base para la inscripción, como es razonable, deberá ser comunicada por la persona titular de la empresa para su anotación registral, teniendo que aportar la documentación que acredite y justifique la modificación (art. 14.1 Decreto Andalucía 35/2008) (75). En los casos de cese voluntario se requiere la comu-

---

personas que intervendrán como directores técnicos o monitores de las actividades [art. 18.2.d) Decreto Andalucía 35/2008], pero en ningún momento se hace un control en el momento de la inscripción y sólo con carácter previo al inicio de la actividad se requiere remitir una relación nominal de las personas que actuarán como directores y como monitores, especificando y acompañando la titulación requerida (art. 25 Decreto Andalucía 20/2002). Cualquier modificación en este sentido, como veremos más adelante, en las personas que actúen como directores técnicos y/o monitores está sometida a comunicación, en el plazo de quince días desde que se produzca, para su anotación registral [art. 18.3. a).8º Decreto Andalucía 35/2008].

(73) En relación al material, sólo se exige que esté homologado y que reúna las condiciones de seguridad y garantías necesarias par el uso al que estén destinados (art. 28.2 Decreto 20/2002), pero en ningún caso se exige que se especifique el material empleado ni se produce ninguna inspección previa.

(74) Corresponde al Director Técnico «Preparar y activar los planes de emergencia y de evacuación que sean necesarios en caso de accidente o de otra circunstancia que lo demande de acuerdo con la normativa vigente» (art. 26 Decreto Andalucía 20/2002), sin que se produzca ningún control sobre la idoneidad del plan y ni siquiera pueda la Administración conocer, hasta que se realice una inspección o se produzca algún accidente si existía el mencionado plan. En otras Comunidades Autónomas se exige un protocolo de actuación en caso de accidentes [art. 4.3.m) Decreto Aragón 55/2008; art. 4.2.h) Decreto Asturias 92/2002, ó art. 228.1.e) Decreto La Rioja 111/2003], siendo éste un requisito para la inscripción y/o autorización, según el caso. En el caso de la Región de Murcia, junto con la obligación de presentar el protocolo de actuación en caso de accidentes para lograr la autorización, se le exige a la empresa la obligación de comunicarlo al inicio de cada temporada a la Dirección General de Protección Civil [art. 12.2.f) Decreto Murcia 320/2007]. Como caso particular, el artículo 10.3.f) Decreto Castilla-La Mancha exonera a las empresas de presentar la memoria descriptiva del protocolo de actuación en caso de accidentes, en los casos en que asuman el protocolo correspondiente al seguro contratado por la compañía de seguros, o que se facilite desde los servicios de Protección Civil en la provincia de que se trate.

(75) Sería interesante que el Decreto estableciese, al igual que realiza en materia de comunicaciones y anotaciones en el Registro (art. 18) cuando establece un plazo de quince días, que se fijase un plazo para proceder a comunicar por parte del titular, la alteración de las condiciones que sirvieron de base para la inscripción.

nicación con una antelación mínima de treinta días (por tanto hábiles), a los efectos de cancelar la inscripción.

La cancelación también se podrá producir de oficio cuando se dejen de reunir las condiciones que sirvieron de base para la inscripción, es decir, las recogidas en el artículo 11.3 Decreto Andalucía 35/2008). Esta cancelación no será automática y requerirá la instrucción del correspondiente expediente administrativo, audiencia a la persona interesada y la posterior resolución (art. 14.3 Decreto Andalucía 35/2008).

La falta de inscripción conlleva calificar la actividad como clandestina (art. 35 Ley Andalucía 12/1999), al igual que la realización de publicidad por cualquier medio de difusión o la efectiva prestación de servicios turísticos sujetos a la obtención de previa inscripción o autorización administrativa sin estar en posesión de las mismas, se considerará actividad clandestina (art. 28.3 Ley Andalucía 12/1999). Estas infracciones tienen la consideración de infracciones graves (art. 60.2 Ley Andalucía 12/1999) y «serán sancionadas con multa de 200.001 a 2.000.000 de pesetas; y podrán imponerse como sanción accesoria la suspensión del ejercicio de servicios turísticos, o la clausura temporal del establecimiento, en su caso, por un período inferior a seis meses» (art. 67.2 Ley Andalucía 12/1999).

### Procedimiento de inscripción

La solicitud se dirigirá:	Si la actividad se realiza en una sola provincia andaluza	Al titular de la Delegación provincial de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la misma.
	Si la actividad se realiza en más de una provincia andaluza	Al titular la Delegación de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte en la que la empresa tenga su sede social
	Cuando se trate de empresas de ámbito superior al andaluz	Al titular de la Delegación correspondiente a la provincia andaluza donde se desarrolle principalmente la actividad

Requisitos (art. 11.2 Decreto Andalucía 35/2008)	a) Documento Nacional de Identidad u otros que, legalmente, puedan sustituirlo, de la persona titular, si es persona física. Si la titular fuese una persona jurídica habrá de aportar el Código de Identificación Fiscal, escritura de constitución y documento que acredite su inscripción en el registro correspondiente. b) En su caso, escritura de apoderamiento otorgada a favor de la persona que presente la solicitud o documento acreditativo de la representación que ostente. c) Licencia municipal de apertura de establecimiento turístico. d) Título suficiente para la puesta en funcionamiento de la actividad o el establecimiento turístico.	
Plazo de resolución	Tres meses desde la llegada al registro de la Delegación Provincial correspondiente	
Sentido del silencio administrativo	Negativo (art. 13 Decreto Andalucía 35/2008)	
Recursos	Alzada	Acto expreso: en el plazo de un mes desde la notificación. Acto presunto: en el plazo de tres meses desde la producción del silencio.

### 3. Requisitos previos al inicio de la actividad

Una vez inscritas las empresas de turismo activo en el Registro de Turismo de Andalucía, y antes de iniciar con la actividad, deberán cumplir en todo caso con la obligación de remitir a la Delegación Provincial de Turismo, Comercio y Deporte la relación nominal de las personas que actuarán como directores técnicos y monitores, especificando y acompañando la titulación requerida (76). Como es razonable cualquier incorporación o sustitución del director técnico o de los monitores, deberá ser comunicada igualmente a la Delegación antes de hacerse efectiva tal como prevé el artículo 6.1 de la Orden Andalucía de 20 de marzo de 2003. Como podemos apreciar no se establece plazo alguno y únicamente se exige, por parte de la Orden, que sea antes de su efectividad, sin embargo, el Decreto Andalucía 35/2008 exige que se comuniquen para su anotación en el Registro de Turismo de Andalucía, en el plazo de quince días, los cambios que afecten a las personas que intervengan como directores técnicos y monitores en las actividades de turismo activo [art. 18.3. a).8º]. Esta previsión plantea algunas dudas en cuanto al

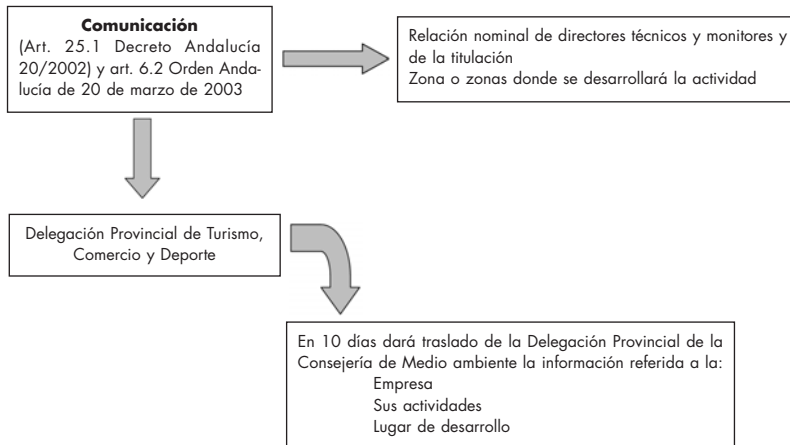
(76) Véase el epígrafe sobre los requisitos subjetivos y formativos de los directores técnicos y monitores.

momento de la comunicación pues el Decreto Andalucía 35/2008 no requiere que sea previa a la efectividad pero tampoco establece lo contrario. En consecuencia, la solución más razonable en aras de proteger los intereses de los usuarios, es que se entienda que la comunicación se realice quince días, por tanto hábiles, antes de la efectividad de la incorporación o del cambio.

Igualmente tienen que ser comunicadas, a la Delegación Provincial de Turismo, Comercio y Deporte, la zona o zonas en las que pretenden desarrollar sus actividades e indicar cualquier cambio en el lugar o zona de desarrollo de las mismas (77). La citada Delegación Provincial debe dar traslado a la respectiva Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente de la información referida a la empresa, a la actividades y al lugar donde se pretendan desarrollar (art. 6.3 Orden Andalucía de 20 de marzo de 2003).

Esta obligación se cumple con la mera comunicación por parte de la empresa de los datos y documentos mencionados y, por tanto, sin necesidad de esperar contestación alguna por parte de la Administración, sin embargo, entendemos que quizá hubiera sido conveniente fijar un plazo de quince días para que se iniciasen las actividades con el fin de que la Delegación de Medio Ambiente pudiera, cuando así lo considerase conveniente, actuar antes de la puesta en servicio de la empresa, como sucede con los cambios que afecten a los directores técnicos y monitores.

### Obligaciones genéricas por parte de las empresas de turismo activo antes del comienzo de la actividad



(77) La necesidad de comunicar la zona donde se desarrollará la actividad se estableció por la Orden Andalucía de 20 de marzo de 2003 (art. 6.1).

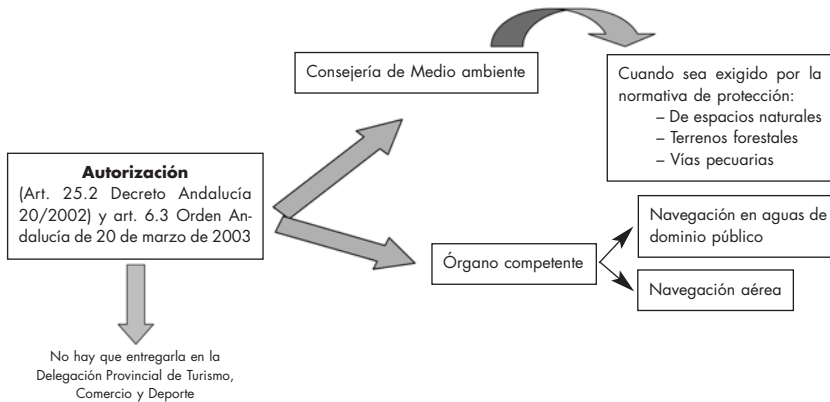
Al margen de la obligación de comunicar a la Delegación Provincial de Turismo, Comercio y Deporte la relación nominal de directores técnicos y monitores y adjuntar los documentos que acrediten la titulación requerida y las zonas donde se desarrollará la actividad, deben, en los supuestos en que sea preceptivo, obtener con carácter previo al inicio de la actividad:

a) La autorización de navegación, otorgada por el organismo competente, en los casos en que la actividad se desarrolle en aguas de dominio público o cuando esté relacionada con la navegación aérea. Se deberá aportar la documentación exigida por la normativa de aplicación para llevar a cabo actividades relacionadas con la navegación marítima, fluvial o aérea.

b) La autorización concedida por la Consejería de Medio Ambiente en aquellos supuestos en que sea exigido por la normativa de protección de los espacios naturales, terrenos forestales y vías pecuarias.

Sin embargo, estas autorizaciones no se tendrán que remitir a la Delegación Provincial de Turismo, Comercio y Deporte, sino que sólo se exige que estén a disposición de los servicios de inspección turística.

### Obligaciones específicas por parte de las empresas de turismo activo antes del comienzo de la actividad



## VI. LOS DIRECTORES TÉCNICOS Y LOS MONITORES

El Decreto Andalucía 20/2002, a diferencia del resto de la regulación de las Comunidades Autónomas, distingue o contempla dos figuras distintas que deben existir en las empresas de turismo activo, que son el director



técnico y el monitor, a los que asigna funciones distintas, aunque la formación exigida, como veremos, no difiere notablemente entre unos y otros (78). Es importante reseñar o precisar, desde un primer momento, que la condición de director técnico o monitor no se corresponde con una titulación sino que es precisamente al revés, las personas con una determinada titulación, como veremos seguidamente, pueden habilitarse para el desempeño de esta labor.

## 1. Funciones de los directores técnicos y de los monitores

Al director técnico se le atribuyen funciones de naturaleza directiva y/o supervisora como son: velar por el cumplimiento de la normativa ambiental, preparar y activar los planes de emergencia y de evacuación necesarios en caso de accidente, revisar y controlar el buen estado de todos los equipos y material, siendo el responsable del cumplimiento de la normativa relativa a las revisiones periódicas de carácter obligatorio e incluso de impedir la práctica de la actividad por aquellas personas que por circunstancias particulares les pueda resultar peligrosa.

Los monitores realizan funciones de naturaleza material o si queremos de ejecución en la medida que son «los responsables de informar, asesorar y acompañar a las personas usuarias y asumen el papel de mantener en condiciones de uso adecuado los equipos y el material».

Pese a lo expuesto, no existe impedimento, de hecho se contempla expresamente, para que las funciones del director y del monitor sean desarrolladas por la misma persona, con la excepción de los supuestos en que la Dirección General de Planificación Turística, amparada en razones de especial riesgo de la actividad o en función del número de monitores, determine que dichas funciones sean desempeñadas por distintas personas (art. 23.2 Decreto Andalucía 20/2002) (79).

---

(78) En este sentido el Decreto Andalucía 20/2002 sigue el modelo que estableció el Decreto Aragón 146/2000. Actualmente en esta última Comunidad Autónoma la materia está regulada por el Decreto 55/2008 que de nuevo distingue, al igual que hace el Decreto andaluz, entre personal técnico y monitores, guías o instructores (art. 9).

(79) La ubicación de este contenido no parece el más adecuado pues está en el precepto en el que se establecen los requisitos de las empresas turísticas en un apartado segundo que carece de sentido. Nuestra propuesta de *lege ferenda* es que se incorpore, como un punto tercero al artículo 26. El artículo 9 del Decreto Aragón 55/2008 manifiesta que «el responsable técnico no debe estar presente necesariamente en la ejecución de la actividad, pero debe llevar a cabo su planificación, el control, el seguimiento y la evaluación».

El incumplimiento por parte de los directores/as técnicos/as y monitores/as de las obligaciones establecidas en el Decreto 20/2002 podrá dar lugar a la revocación de esta autorización, todo ello sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad administrativa en que pudiera incurrir de conformidad con la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo.

## **2. Requisitos subjetivos y formativos**

### **A) Requisitos comunes**

Tanto el artículo 26.2, para los directores técnicos, como el artículo 27.2, para los monitores, del Decreto Andalucía 20/2002 establecen que unos y otros deben poseer alguna de las titulaciones del anexo VI de la norma y que deben ser mayores de edad, aunque este requisito sólo se contemple expresamente para los monitores (art. 27.2) (80).

Las titulaciones contempladas son:

— Licenciado/a en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte.

— Técnico/a deportivo o técnico/a deportivo superior en la modalidad o especialidad deportiva de que se trate, según establece el Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre, por el que se configuran como enseñanzas de régimen especial las conducentes a la obtención de titulaciones de técnicos/as deportivos, se aprueban las directrices generales de los títulos y de las correspondientes enseñanzas mínimas. Sin embargo, durante la vigencia del citado Real Decreto sólo se regularon tres enseñanzas de régimen especial —Real Decreto 318/2000, de 3 de marzo, por el que se establecen los títulos de técnico deportivo y técnico deportivo superior en las especialidades de los deportes de montaña y escalada, Real Decreto 319/2000, de 3 de marzo, por el que establece los títulos de Técnico Deportivo y Técnico Deportivo superior en las especialidades de los Deportes de Invierno, aprueba las correspondientes enseñanzas mínimas y regula las pruebas de acceso a estas enseñanzas y Real Decreto—. En relación a esta cuestión, la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1363/2007 dispone que hasta que se creen los nuevos títulos y enseñanzas en las modalidades y especialidades de atletismo, baloncesto, balonmano, deportes de montaña y escalada, deportes de invierno y fútbol, que fueron establecidas al amparo

---

(80) Sin embargo la disposición transitoria sexta del Decreto Andalucía 20/2002 sí contempla expresamente el requisito de la mayoría de edad tanto para los directores técnicos como para los monitores.

de lo dispuesto en el Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre, se impartirán conforme a lo previsto en los reales decretos que crearon los respectivos títulos y enseñanzas mínimas, excepto en los aspectos concretos vinculados al acceso a las mismas que tienen como objeto reconocer generalmente la actividad desarrollada por esos sujetos y que consisten en la exoneración de las pruebas establecidas (81).

---

(81) Quedan exentos de las pruebas específicas de acceso: a) Quienes acrediten la condición de deportista de alto nivel, a la que se refiere el Real Decreto 1467/1997, de 19 de septiembre, o norma que lo sustituya, en la modalidad o especialidad que se trate. Tal condición se acreditará mediante certificado expedido por el Consejo Superior de Deportes y el beneficio se extenderá por el tiempo que se determina en el citado Real Decreto 1467/1997, o norma que lo sustituya. b) Quienes se encuentren calificados como deportistas de alto rendimiento o equivalente por las Comunidades Autónomas, en la modalidad o especialidad, de acuerdo con su normativa. Tal condición se acreditará mediante certificado expedido por la Comunidad Autónoma y el beneficio se extenderá por un plazo máximo de tres años, que comenzará a contar desde el día siguiente al de la fecha en que la Comunidad Autónoma publicó por última vez la condición de deportista del interesado. c) Quienes acrediten haber sido seleccionados, en una determinada modalidad o especialidad, por la respectiva Federación deportiva española, para representar a España en competiciones internacionales en categoría absoluta, al menos una vez en los últimos dos años. Tal acreditación se realizará mediante certificado expedido por el Consejo Superior de Deportes. d) En las modalidades de fútbol y fútbol sala, los jugadores y jugadoras que, en el plazo de los últimos dos años, hayan pertenecido al menos una temporada a la plantilla de un equipo que en la misma hubiera tomado parte en alguna competición de categoría nacional. Tal condición se acreditará mediante certificado expedido por la Real Federación Española de Fútbol. e) En las modalidades de deportes de invierno, para la especialidad de Esquí Alpino, haber quedado clasificado entre los 20 primeros, al menos una vez en los dos últimos años, en alguna de las pruebas de Slalom, Slalom Gigante o Súper Gigante de los Campeonatos de España Absolutos de Esquí Alpino; para la especialidad de Esquí de Fondo, haber quedado clasificado entre los 20 primeros, al menos una vez en los dos últimos años, en alguna de las pruebas individuales de los Campeonatos de España Absolutos de Esquí de Fondo; para la especialidad de Snowboard, haber quedado clasificado entre los 20 primeros, al menos una vez en los dos últimos años, en alguna de las pruebas individuales de los Campeonatos de España Absolutos de Snowboard. Estas condiciones deberán ser acreditadas mediante certificado expedido por la Real Federación Española de Deportes de Invierno. f) En las modalidades de deportes de montaña y escalada, para la especialidad de Alta Montaña haber formado parte, al menos una vez en los últimos dos años, del Equipo de Jóvenes Alpinistas, condición acreditada mediante certificado expedido por la Federación Española de Deportes de Montaña y Escalada; para las especialidades de Escalada y Esquí de Montaña, respectivamente, haber sido clasificado entre los 10 primeros, al menos una vez en los dos últimos años, en la especialidad de escalada o esquí de montaña de las categorías senior del Campeonato de España Absoluto. Estas condiciones deberán ser acreditadas mediante certificado expedido por la Federación Española de Deportes de Montaña y Escalada. g) En la modalidad de atletismo, haber sido clasificado entre los ocho primeros, al menos una vez en los últimos dos años, en cualquier especialidad o prueba de la categoría absoluta del Campeonato de España. Esta condición deberá ser acreditada mediante certificado expedido por la Real Federación Española de Atletismo. h) En la modalidad de baloncesto, los jugadores y jugadoras que, en el plazo de los dos últimos años, hayan pertenecido al menos una temporada a la plantilla de un equipo que en la misma hubiera tomado parte en alguna competición de la Liga de la Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB), Liga Espa-

— Técnico/a en conducción de actividades físico-deportivas en el medio natural, regulado por el Decreto 390/1996, de 2 de agosto.

— Técnico/a superior en animación de actividades físicas y deportivas, regulado por el Decreto 380/1996, de 29 de julio.

— Maestro/a, especialidad en Educación Física regulado por el Real Decreto 1440/1991, de 30 de agosto.

— Diplomado/a en Educación Física y Licenciado/a en Educación Física, creados por el Real Decreto 790/1981, de 24 de abril.

— Técnico/a Superior en Animación Turística, regulado por el Decreto 246/2001, de 6 de noviembre.

Sin embargo, el propio Decreto 20/2002 contempla un régimen transitorio cuando manifiesta que «hasta que se desarrollen definitivamente las previsiones del Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre, y se hayan impartido en Andalucía en todos sus niveles por cada modalidad o especialidad deportiva, las funciones de director/a técnico/a y monitor/a podrán ser desempeñadas, además de por las personas que ostenten alguna de las titulaciones del anexo VI del presente Decreto, por quienes, alcanzada la mayoría de edad:

a) Posean un título, diploma o certificado susceptible de ser equivalente, homologado o convalidado según lo dispuesto en el capítulo VI del Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre.

b) Hayan obtenido la formación deportiva prevista en la disposición transitoria primera del Real Decreto 1913/1997, previamente autorizada por la Consejería de Turismo y Deporte».

La mencionada disposición establecía que, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto —veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y ocho—, y en tanto se produjese la implantación efectiva de las enseñanzas que se regulaban en el mismo, las formaciones que promuevan los órganos competentes de las Comunidades Autónomas o de las federaciones deportivas, podrán obtener el reconocimiento a efecto de la correspondencia con

---

ñola de Baloncesto (LEB) o Liga Femenina de Baloncesto (LFB). Tal condición se acreditará mediante certificado expedido por la Federación Española de Baloncesto. *ij*) En la modalidad de balonmano, los jugadores y jugadoras que, en el plazo de los dos últimos años, hayan pertenecido al menos una temporada a la plantilla de un equipo que en la misma hubiera tomado parte en la Liga de la Asociación de Balonmano (ASOBAL), la Liga de División de Honor B o la Liga de División de Honor Femenina (Liga Costablanca ABF). Tal condición se acreditará mediante certificado expedido por la Real Federación Española de Balonmano.

la formación en materia deportiva prevista en el artículo 18 de esta norma, siempre y cuando se adapten a la estructura organizativa, niveles de formación, requisitos de acceso, duración mínima y requisitos del profesorado que se establecieron en el Real Decreto 594/1994, de 8 de abril, de enseñanzas y títulos de técnicos deportivos (82).

Igualmente se preveía que las federaciones deportivas que promoviesen cursos de formación de entrenadores y desearan obtener los efectos señalados en el apartado 1 de la disposición transitoria de la citada norma, deberían contar con la previa autorización del órgano competente en materia deportiva correspondiente al territorio donde se fuese a realizar el curso, que sería otorgada previo informe preceptivo del órgano competente en materia educativa.

Sin embargo, este Real Decreto 1913/1997 ha sido derogado por la disposición derogatoria primera del Real Decreto 1363/2007, de 24 de octubre, de enseñanzas deportivas y, por tanto, la disposición transitoria ha quedado desarticulada.

c) Hayan sido autorizados, excepcionalmente, ante la insuficiencia de personas para prestar tales servicios en las condiciones anteriores, por la Dirección General de Planificación Turística. La autorización tendrá carácter temporal y sólo podrá concederse a quienes durante dos años hayan realizado funciones similares sin la titulación requerida en este Decreto que debe quedar acreditada de forma fehaciente.

Esta vía ha sido muy utilizada en Andalucía como un medio de lograr satisfacer las necesidades de personal y reconocer a las personas la labor realizada con anterioridad. Sin embargo, se plantea una duda de cierta importancia que es concretamente la referencia al alcance temporal de la misma pues no se prevé el alcance temporal de la misma. La solución podía ser doble hasta la derogación del Real Decreto 1913/1997. Por una parte entender que quedaba a expensa de una precisión reglamentaria, cosa que nunca se produjo, y por otra podríamos concluir que se extendiera hasta que se desarrollasen definitivamente las previsiones del Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre, y se hayan impartido en Andalucía en todos sus niveles por cada modalidad o especialidad deportiva.

Este régimen transitorio ha perdido su sentido tras la derogación del Real Decreto 1913/1997 por el Real Decreto 1363/2007, pues como se aprecia,

---

(82) Este Real Decreto fue derogado por la disposición derogatoria primera del Real Decreto 1913/1997, salvo lo previsto en la disposición transitoria primera.

en la literalidad de la disposición, su régimen quedaba a expensa de que se desarrollase, primero, plenamente y, segundo, que se impartieran todos los niveles en Andalucía. Sin embargo su derogación antes de que se produjese su plena implantación y desarrollo ha dejado sin sentido aparente la mencionada disposición. Ante esta situación, lo cierto es que el Real Decreto 1363/2007 necesita igualmente un amplio desarrollo e implantación, y, por tanto, entendemos que, al menos la última vía prevista, es decir, aquella que permite a la Dirección General de Planificación Turística, ante la insuficiencia de personas para prestar los servicios de monitor o técnico deportivos, autorizarlos siempre y cuando puedan acreditar la realización de esas funciones durante al menos dos años, debe quedar abierta para evitar situaciones sin sentido.

El Decreto 20/2002 contempla la posibilidad de que la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte y las empresas de turismo activo puedan suscribir convenios y otros tipos de acuerdos con las federaciones deportivas andaluzas en cuyos estatutos figure como modalidad o especialidad la práctica de uno de los deportes considerados por el Decreto como turismo activo con el fin de poner a disposición de las empresas la dirección técnica y monitores capacitados para desarrollar las funciones que tienen encomendadas reglamentariamente [art. 31.c)]. Esta posibilidad nos parece un acierto, sin embargo, de difícil ejecución al amparo de la literalidad del Decreto Andalucía 20/2002 pues, como hemos expuesto, se exige tanto para los monitores como para los directores técnicos estar en posesión de alguna de las titulaciones del anexo VI del Decreto y, por tanto, sería harto complejo buscar una salida a esta dificultad técnica, salvo que entendamos que la formación para ser monitor se compone de la titulación del anexo VI y de los cursos necesarios para la adquisición de los conocimientos específicos para el desarrollo de la actividad deportiva concreta. En cuyo caso este precepto podría desplegar todo su efecto.

Por último, entendemos que, en elenco de las titulaciones exigidas, se ha preterido un elemento esencial en este tipo de actividades como es el propio concepto de turismo. Sólo se han contemplado titulaciones deportivas, con la excepción de la de técnico superior de animación turística, y, en consecuencia, se ha desechado una oportunidad para desarrollar una formación integral en este campo. De hecho, entendemos que junto con la titulación deportiva, básica por otra parte en virtud de la actividad a desarrollar, se debería exigir algún tipo de formación medioambiental y turística con el fin de atender a las tres parcelas que componen o en las que se sostiene el turismo activo.

## B) Requisitos específicos para los monitores

Al margen de los requisitos de edad y de la titulación establecidas en el anexo VI y en la disposición transitoria sexta del Decreto Andalucía 20/2002, a los monitores se les requiere estar en posesión del título de socorrista o de primeros auxilios (83) y, entendemos, en virtud del artículo 23.1.c) del Decreto Andalucía 20/2002, que se les exige que tengan conocimientos específicos o adecuados en función de la actividad de que se trate; conocimientos que también deberán tener los directores técnicos en los casos que acompañen a los clientes en el desarrollo de la actividad, sin perjuicio de que sea siempre conveniente con independencia de este aspecto.

Estos requisitos adicionales deben ser calificados de acertados pues son los monitores los que los proceden a la ejecución material de la actividad y resulta razonable que la persona que acompaña, asesora e informa a los usuarios sea conocedora de la modalidad deportiva —buceo, alpinismo, vuelo sin motor, etc— .

Pese a lo acertado de la medida, la formulación o la técnica legislativa empleada es deficiente pues la expresión «tenga conocimientos específicos o adecuados en función de la actividad» nos parece confusa y, por tanto mejorable, con el empleo de expresiones como podría ser, tal como hace el Decreto Aragón 55/2008, «formación específica en la actividad» [art. 9.2.b) Decreto Aragón 55/2008] (84).

Por otra parte, por motivos de naturaleza sistemática, proponemos de *lege ferenda*, que el artículo 23.1.c) del Decreto Andalucía 20/2002 suprima «con conocimientos específicos o adecuados en función de la actividad de la que se trate» y se incorpore «formación específica en la actividad» al artículo 27.2 del mismo Decreto. El texto resultante podría ser el siguiente: «Para poder desempeñar con solvencia estas funciones, las empresas que organicen actividades de turismo activo pondrán al frente de éstas a monitores/as mayores

---

(83) Véase en un mismo sentido, los artículos 8.5 Decreto Castilla y León 96/2007 que exige a monitores, guías e instructores el título de socorrista o acreditar haber realizado un curso de primeros auxilios cuando la titulación aportada no contemple esta formación o artículo 9.2.b) el Decreto Aragón 55/2008. El artículo 45 del Decreto Galicia 42/2001 no exige al personal técnico a estar en posesión del curso de primeros auxilios o de socorrismo pero sin embargo requiere que los monitores que acompañen al grupo deben llevar un botiquín.

(84) El Decreto Aragón 55/2008 también establece que: «Los monitores, guías e instructores deberán estar en posesión de la titulación correspondiente exigida por la legislación aeronáutica, náutica, y subacuática para la instrucción o acompañamiento de clientes en la práctica de actividades aéreas, náuticas o subacuáticas cuando lo exija la citada legislación».

de edad, que posean alguna de las titulaciones establecidas en el anexo VI y tengan formación específica en la actividad a desarrollar».

La formación que se exige a los directores técnicos y monitores, como hemos mencionado, es la misma sin distinción alguna, con la excepción de la obligación para los monitores de estar en «posesión del título de socorrista o de primeros auxilios». En este sentido, el artículo 27.2 es taxativo pues establece que «en todo caso» se debe cumplir con esta obligación. Como hemos manifestado anteriormente la medida nos parece un acierto pero entendemos que, en un exceso de celo, el Ejecutivo no ha contemplado la posibilidad de que esta formación se halle incluida en el itinerario curricular de alguna de las titulaciones exigidas para desempeñar la función o la labor de monitor. Por este motivo proponemos de *lege ferenda* seguir el ejemplo del Decreto Aragón 55/2008 y, por tanto, que este requisito no sea exigible cuando la titulación por la que el monitor queda habilitado para el desarrollo de la función contemple esta materia. En consecuencia sería oportuno modificar la redacción del precepto para permitir que aquellos que a través de su titulación puedan acreditar esos conocimientos no tengan que realizar esos cursos, bastando con aportar los programas de las asignaturas y la certificación de haberlas superado. Es cierto, que una interpretación flexible de la norma impediría que se produjeran situaciones absurdas de esta naturaleza pero igualmente parece innegable que el precepto no deja duda cuando emplea la fórmula «en todo caso».

### **C) Número de directores técnicos y/o monitores por actividad**

La normativa andaluza sobre turismo activo no ha previsto ni ha articulado la fórmula para determinar el número de directores técnicos y/o monitores que debe disponer la empresa por actividad o incluso al revés de cuántos usuarios como máximo se hará responsable cada monitor o director técnico. En este sentido, la única referencia que existe es la recogida en el artículo 27.1 del Decreto Andalucía 20/2002 que dispone que «mediante Orden de la Consejería de Turismo y Deporte se podrá establecer, en función del riesgo de la actividad, el número máximo de usuarios/as por monitor o monitora»; Orden que aún no ha sido aprobada. Sin embargo, de este precepto podemos extraer varias consecuencias. En primer lugar la elaboración y posterior aprobación y publicación es potestativa por parte de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte y, por tanto, en modo alguno exigible. En segundo lugar, que sólo está articulada para los monitores y no para los directores técnicos y, por tanto, en cada empresa sería suficiente con un director técnico. Y, en



tercer lugar, que el único criterio que se emplea es el relativo al «riesgo de la actividad».

Con todo, esta es una cuestión de enorme importancia por la que se ha pasado de soslayo en las distintas normas autonómicas, cuando realmente constituye uno de los elementos esenciales de seguridad (85), sin que ello nos impida reconocer la dificultad para determinar el número de monitores. Pero sí es cierto que algunas cuestiones pueden ser precisadas o concretadas:

a) Entendemos que los criterios para concretar este aspecto deben ser más amplios que el simple riesgo que se puede derivar de la actividad y se podrían incluir como otros como son: el número de personas, las condiciones físicas de las mismas y medio o espacio físico en el que se desarrolla, la climatología, la época del año pues las condiciones para la práctica de una actividad pueden variar mucho en virtud del «terreno de juego» y de sus condiciones específicas.

b) Aunque el Decreto, en el artículo 27.1, no fije un número de monitores al menos debe haber uno por actividad que se realice de forma simultánea.

Hasta el momento en que se apruebe la orden, si así se hace, se podría articular, por parte de las Delegaciones Provinciales, que las empresas precisasen en las memorias de actividad el número de monitores por grupo y el tamaño de los mismos y la Delegación, en los casos que estime oportuno, previo informe de medio ambiente, protección civil o incluso la federación deportiva vinculada a la actividad, sería la que estableciese un mínimo de personal en virtud de la actividad, pero para ello la memoria debería ser un documento imprescindible para la inscripción en el Registro de Turismo y no lo es.

---

(85) Alguna como es el caso del Decreto Murcia 320/2007 establece que las empresas de turismo activo son responsables de garantizar los adecuados niveles de seguridad para quienes contraten sus servicios, para lo que habrán de adoptar las medidas necesarias para ello y específicamente facilitar un número suficiente de monitores o guías para asesorar o acompañar a los clientes o grupos organizados que quieran practicar las actividades ofertadas, para lo que se tendrá en cuenta: a) Naturaleza de la actividad a realizar. b) El número de personas que componen el grupo» (art. 5.1).

	Funciones	Titulación exigida
Directores técnicos	<p>Serán responsables de supervisar, entre otras, las siguientes cuestiones:</p> <p>a) Velar por el cumplimiento de la normativa medioambiental aplicable al espacio en el que se desarrolle la actividad, así como de la normativa de seguridad de cada actividad.</p> <p>b) Preparar y activar los planes de emergencia y de evacuación que sean necesarios en caso de un accidente o de otra circunstancia que lo demande de acuerdo con la normativa vigente.</p> <p>c) Revisar y controlar el buen estado de todos los equipos y material empleados, responsabilizándose del cumplimiento de la normativa relativa a sus revisiones periódicas de carácter obligatorio.</p> <p>d) Impedir la práctica de la actividad a aquellas personas que por circunstancias particulares les pueda ser peligrosa o lesiva.</p>	<p>a) Posean un título, diploma o certificado susceptible de ser equivalente, homologado o convalidado según lo dispuesto en el Capítulo VI del Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre.</p> <p>b) Hayan obtenido la formación deportiva prevista en la disposición transitoria primera del Real Decreto, previamente autorizada por la Consejería de Turismo y Deporte.</p> <p>c) Hayan sido autorizados, excepcionalmente, ante la insuficiencia de personas para prestar tales servicios en las condiciones anteriores, por la Dirección General de Planificación Turística. La autorización tendrá carácter temporal y sólo podrá concederse a quienes durante dos años hayan realizado funciones similares sin la titulación requerida en este Decreto.</p>
Monitores	<p>Tienen la responsabilidad de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Informar, asesorar y acompañar a las personas usuarias que practiquen las actividades.</li> <li>— Mantener en condiciones de uso adecuado los equipos y el material empleados para el desarrollo de las actividades.</li> </ul>	<p>a) Posean un título, diploma o certificado susceptible de ser equivalente, homologado o convalidado según lo dispuesto en el Capítulo VI del Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre.</p> <p>b) Hayan obtenido la formación deportiva prevista en la disposición transitoria primera del Real Decreto, previamente autorizada por la Consejería de Turismo y Deporte.</p> <p>c) Hayan sido autorizados, excepcionalmente, ante la insuficiencia de personas para prestar tales servicios en las condiciones anteriores, por la Dirección General de Planificación Turística. La autorización tendrá carácter temporal y sólo podrá concederse a quienes durante dos años hayan realizado funciones similares sin la titulación requerida en este Decreto.</p> <p><i>Al margen de la titulación exigida requieren estar en posesión del título de socorrista o de primeros auxilios (art. 27.3 Decreto Andalucía 20/2002).</i></p>

## **VII. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA PRÁCTICA DEL TURISMO ACTIVO**

Uno de los objetivos que impulsaron e impulsan la regulación del turismo activo en Andalucía, como en el resto de las Comunidades Autónomas, era «alcanzar un adecuado nivel de seguridad en unas actividades donde el factor de riesgo está presente en mayor o menor medida» (exposición de motivos del Decreto Andalucía 20/2002) y para ello se han adoptado una serie de medidas y se han establecido una serie de requisitos que permitan salvaguardar, en el grado máximo la seguridad de los usuarios de los servicios de turismo activo con medidas como la existencia de directores técnicos y monitores, garantías sobre el material, protocolos de actuación, limitaciones a la participación de menores y personas que no se encuentren en disposición de efectuar la actividad e incluso la existencia de seguro.

Así, en las distintas normas autonómicas de turismo activo, es común hallar un precepto dedicado o destinado a la seguridad física y prevención de accidentes en los que se contemplan, por una parte medidas enfocadas u orientadas a prevenir los posibles accidentes y, por otra, medidas que tienen por propósito, en los casos en que se produzca el daño, reducir y agilizar al mínimo el tiempo de respuesta (86). Andalucía no ha optado por esta sistemática, hecho que no significa que no se contemplen de una manera u otra las medidas más comunes, pues la diferencia es que se encuentran dispersas a lo largo del articulado.

### **1. Medidas destinadas a evitar los accidentes y preservar la integridad física de los usuarios**

La normativa andaluza articula una serie de medidas para reducir en lo posible los daños derivados de la práctica de la actividad, que comienzan con el deber de información que tiene la empresa hacia los clientes, que deben saber o conocer cómo se desarrollará el servicio previsto, la duración, la dureza, el riesgo, las condiciones de manejo del equipo y del material, el conocimiento requerido, las medidas de seguridad que se han adoptado y cualquier otra cuestión que pudiera ser relevante para el desarrollo de la misma (art. 29 Decreto 20/2002). En las actividades declaradas de especial

---

(86) Véanse los artículos 11 Decreto Aragón 55/2008, 11 Decreto Asturias 92/2002, 9 Decreto Castilla y León 96/2007, 6 Decreto Castilla-La Mancha 77/2005, 7 Decreto Murcia 320/2007, 10 Decreto Navarra 288/2004 y 236 Decreto La Rioja 11/2003.

riesgo por la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte será necesario informar de tal circunstancia a las personas usuarias, quedando constancia por escrito (art. 29.2 Decreto 20/2002). En este sentido la Orden de 20 de marzo de 2003 exige al titular de la empresa organizadora la obligación de adoptar «las medidas necesarias para garantizar que todos los usuarios estén informados inequívocamente de las instalaciones o servicios que supongan algún riesgo (...) dejando por escrito de que antes del inicio de la práctica, los usuarios han sido informados sobre los aspectos previstos en el artículo 29» (art. 8) (87). De esta manera se amplía el deber de información que se extiende a cualquier actividad que suponga algún riesgo.

En segundo lugar, se establece la obligación que tienen los directores técnicos de impedir la práctica de la actividad a aquellas personas que por circunstancias particulares pueda resultarles peligrosa o lesiva [art. 26.2.d) Decreto 20/2002]. Estas circunstancias pueden ser muy variadas como pueden ser, por ejemplo, impedimentos físicos, síquicos o de cualquier otra naturaleza (88), sin que la limitación pueda ser considerada como una restricción o una discriminación (89).

En tercer lugar, la empresa debe controlar todos los detalles y aspectos medioambientales y, en caso de que sea necesario, debe suspender la actividad.

En cuarto lugar, los monitores y directores técnicos deben reunir la titulación y los requisitos exigidos en el Decreto 20/2002 (90).

## A) Equipo y material

La mayoría de las actividades de turismo activo requieren para su práctica de equipo y material. La adecuación del mismo constituye un elemento esencial de la seguridad de los usuarios del servicio turístico que se integra o se deriva del deber de las empresas turísticas que organicen actividades de turismo activo de adoptar las medidas de precisas para garantizar la integridad física de las personas usuarias (art. 28 Decreto Andalucía 20/2008).

---

(87) Esta obligación, en los casos que los usuarios formen parte de un colectivo previamente organizado, bastará con que conste por escrito que la información ha sido recibida por el responsable del mismo (art. 8.2 Orden de 20 de marzo de 2003).

(88) El Decreto Navarra 288/2004 prohíbe taxativamente la participación de las personas que presenten síntomas manifiestos de embriaguez o de actuar bajo la influencia del alcohol (art. 7).

(89) Véase el epígrafe *La participación de menores en actividad de turismo activo*.

(90) Véase el epígrafe dedicado a los directores técnicos y monitores.

Para alcanzar este fin se articulan dos medidas:

a) El material y el equipo que sean puestos a disposición de las personas usuarias que practiquen las actividades tienen que estar homologados, en su caso, por los organismos competentes según la actividad y reunir las condiciones de seguridad y garantías necesarias para el uso a que estén destinados que serán las previstas por el fabricante (art. 28.2 Decreto Andalucía 20/2002) (91). De esta manera, parece que el equipo y el material deben reunir los dos requisitos: estar homologados y reunir las condiciones de seguridad y garantía de uso para el fin concreto al que serán destinados. Sin embargo, debemos tener presente que no todos los materiales se encuentran homologados, y, por tanto, una aplicación estricta del precepto supondría la imposibilidad del empleo de material que, sin embargo, reúne las condiciones, según el fabricante, para el desarrollo de la misma. De hecho, consciente de esta realidad, algunas normas autonómicas han previsto que en defecto de homologación, bastará con que reúna las condiciones de seguridad según el uso. De hecho, de la redacción del artículo 28.2, podemos entender que esta opción interpretativa es factible pues se requiere que el material esté homologado, en su caso, por los organismos competentes, dejando de esta manera la puerta abierta a la segunda opción.

En relación a la homologación de material, debemos recordar que el artículo 31 del Decreto Andalucía 20/2002 prevé que la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte y las asociaciones de empresas de turismo activo podrán suscribir convenios y otros tipos de acuerdos con las federaciones deportivas andaluzas en cuyos estatutos figure como modalidad o especialidad la práctica de uno de los deportes considerados por el Decreto como turismo activo, pudiendo tener entre otros fines establecer los mecanismos precisos para que las federaciones homologuen el equipo y el material.

b) Se atribuyen una serie de obligaciones a los directores y monitores en relación a los equipos y al material. Así a los directores técnicos les corresponde revisar y controlar el buen estado de los equipos y material empleados, responsabilizándose del cumplimiento de la normativa relativa

---

(91) La regulación de las condiciones de los equipos y del material suele ser bastante uniforme, aunque existen matices que marcan diferencias significativas. Así, el Decreto Asturias 92/2002 sólo requiere la homologación sin que se exija que reúna las condiciones de seguridad y garantías necesarias para el uso al que estén destinados (art. 9). Los Decretos Murcia 320/2007 (art. 4.1), Castilla-La Mancha 77/2005 (art. 5) y Castilla y León 96/2007 (art. 5) exigen la homologación y, en su defecto, los requisitos de seguridad y garantías de uso a que estén destinados según las indicaciones del fabricante. Los Decretos Galicia 42/2001 (art. 45.2) y Aragón 55/2008 (art. 10) responden al mismo planteamiento del Decreto Andalucía 20/2002.

a sus revisiones periódicas de carácter obligatorio [art. 26.1.c)] y a los monitores se les atribuye la responsabilidad de mantener en condiciones de uso adecuado los equipos y el material para el desarrollo de la actividad (art. 27.1 *in fine*).

La normativa andaluza no ha previsto, como por ejemplo ha sucedido con el Decreto Navarra 288/2004 (art. 8.1), la posibilidad de que los usuarios deseen utilizar para la práctica de la actividad su propio equipo y material. En este caso, como es lógico, el mismo debe reunir las condiciones necesarias para la práctica del deporte específico, y sería conveniente que se le exigiera aportar los documentos de homologación o las condiciones de uso del fabricante y, en caso contrario, impedirle la participación en la actividad salvo que emplee el material puesto a su disposición por la empresa.

## **B) La participación de menores en actividades de turismo activo**

Las actividades de turismo activo conllevan, en determinadas ocasiones, un cierto riesgo, sin olvidar que requieren algunas dosis de destreza y de esfuerzo para poder culminarlas en numerosas ocasiones. Todas estas cuestiones, como hemos mencionado *ex ante*, deben ser puestas en conocimiento de los turistas por parte de las empresas, así como el resto de las cuestiones que son exigidas por las distintas disposiciones y a su vez los clientes asumen una serie de obligaciones, entre las que destaca seguir las instrucciones de manera precisa de los monitores e instructores.

En este sentido, es frecuente que estas actividades sean desarrolladas por unidades familiares en las que también se encuentran menores y, por tanto, es norma general que se exija el consentimiento de los «responsables» de los mismos con objeto de que con ello asuman su responsabilidad al permitir o hacer participar a los menores, siempre y cuando no existan condiciones o prohibiciones establecidas en el ordenamiento jurídico que les impida el desarrollo concreto de la actividad (92).

La condición que deben ostentar las personas —con respecto al menor— que pueden prestar el consentimiento varía de una Comunidad Autónoma a otra. Así en el artículo 30 del Decreto Andalucía 20/2002 y el Decreto La Rioja 111/2003 (art. 234) requieren la autorización de los padres o del tutor o tutora, en los Decretos Castilla y León 96/2007 (art. 11) y Murcia 320/2007 (art. 7.3 *in fine*), en un sentido muy similar desde un punto de vista concep-

---

(92) Algunas disposiciones autonómicas no contienen precisión al respecto, pese a su importancia, como el caso Decreto Galicia 42/2001 y Decreto Asturias 92/2002.

tual pero más correcta desde un punto de vista jurídico (93), se refieren a «quien ostente la patria potestad o la tutela legal del menor» y, como caso particular, el Decreto Navarra 288/2004, también permite al margen de los que ostenten la patria potestad o la tutela o «bien la presencia de un adulto que se responsabilice de los menores» (art. 9). Esta última opción no nos parece de recibo, pues si bien es cierto, que al responsabilizarse una persona adulta es sobre aquella la que recae o puede recaer una eventual responsabilidad en caso de que se produzcan eventuales daños. Lo cierto es que son múltiples los conflictos que podrían derivarse de una cláusula de esta naturaleza ya que, aunque la actuación de la empresa sería de buena fe, podría ser el origen de problemas con quienes realmente ostentan la patria potestad o la tutela. Por tanto, no creemos oportuno que la simple presencia de un adulto, sin relación alguna sobre el menor, pueda ser suficiente para suplir la autorización de los padres o tutores. Somos conscientes que por parte de las empresas será imposible verificar si realmente las personas que están presentes ostentan o no la patria potestad pero en este caso, por lo menos existe una presunción que se une a la buena fe de la empresa.

El concepto de minoría de edad, a los efectos de la autorización, también difiere de una Comunidad a otra. En Andalucía, como en Castilla y León y La Rioja, la minoría se fija en dieciséis años y, por tanto, a partir de esa edad no será necesaria la autorización (94). Sin embargo en las Comunidades de Murcia y Navarra no se especifica edad alguna y se refiere exclusivamente a menores de edad y, por tanto, debemos acudir al artículo 315 del Código civil que la fija a los dieciocho años.

El consentimiento se debe prestar por escrito en todas las Comunidades Autónomas y tiene que realizarse, como es lógico, con carácter previo al inicio de la actividad.

El mero consentimiento y el pago de la actividad no suponen la obligación de la empresa de prestar el servicio al menor pues pueden existir condiciones o prohibiciones establecidas para cada actividad concreta que impidan el desarrollo de la misma a los menores, y/o personas con dificultades específicas. Todo ello sin perjuicio de que si por parte de los responsables

---

(93) Mantenemos que es más correcto pues no todos los padres ostentan sobre los menores la patria potestad de la que pueden haber sido privados.

(94) Las empresas de turismo activo deben solicitar la documentación a los menores o representantes menores para verificar su edad con objeto de, si es el caso, que se preste el consentimiento requerido, pues en caso de que se produzca un daño y no exista el consentimiento difícilmente la empresa podrá alegar buena fe pues podría haber comprobado este extremo fácilmente con la simple solicitud de la documentación.

técnicos se apreciaran dificultades en esa persona para realizar con unos márgenes de seguridad razonable la actividad en cuyo caso podrán e incluso diríamos deberán comunicar a los responsables de los mismos, en caso de que sea un grupo, que esa persona en virtud de su edad, físico, etcétera, no es apta para el desarrollo del servicio propuesto y quedar, por tanto, quedar excluido [art. 26.1.d) Decreto Andalucía 20/2002].

**Participación de menores en actividades de turismo activo en Andalucía (art. 30 Decreto Andalucía 20/2002)**

Edad	Requisitos	
<16 años	Autorización	Previa y por escrito
		Por parte de padres o tutores
>16 años	Autorización	No se requiere

**2. Medidas para minimizar los daños que se hayan podido producir como consecuencia de la actividad**

En el desarrollo de la actividad se pueden suceder un sinfín de incidentes e incluso accidentes que pueden ser fruto de una gran variedad de causas con consecuencias y dimensiones distintas. En este sentido, se les exige a las empresas de turismo activo la adopción de una serie de medidas de diversa naturaleza para minimizar los daños una vez producidos.

Entre éstas se hallan las siguientes:

a) Deben disponer de los *planes de emergencia y de evacuación* en caso de accidente o de otra circunstancia que lo hiciese necesario (95). Esta es una obligación que recae sobre los directores técnicos que son a los que corresponde activarlos cuando fuese preciso. Sin embargo no se exige que se presente en ningún momento, ni a la Delegación Provincial de Turismo, Comercio y Deporte ni a la de Medio Ambiente, circunstancia que impide no sólo tener constancia de la eficacia del diseño de los mismos sino incluso de su existencia, pese a su importancia.

---

(95) Los usuarios deben ser informados antes del inicio de la actividad de las medidas de seguridad previstas por la empresa entre las que se encuentran los planes de emergencia y evacuación [art. 29.1.d) Decreto Andalucía 20/2002]



En la regulación prevista en otras normas autonómicas suele ser habitual que se exija a las empresas la obligación de remitir el protocolo de actuación en caso de accidentes a los servicios de protección civil —p. e. artículos 11.2 Decreto Aragón 55/2008 o 11.3 Decreto Asturias 92/2002— (96). Dentro de las distintas regulaciones autonómicas destaca el artículo 6.2 del Decreto Castilla-La Mancha 77/2005 por la variedad de elementos que incorpora en relación al resto de disposiciones, cuando manifiesta que: «Las empresas deberán contar con un plan de autoprotección que deberán remitir al inicio de cada temporada a los Servicios Oficiales de Protección Civil de la Administración de la Junta de Comunidades o a la entidad local correspondiente al ámbito de actuación territorial de la empresa, siendo en este caso la entidad local la que remita dicho Plan a los Servicios de Protección Civil de la Junta de Comunidades. El plan de autoprotección atenderá a la normativa vigente en materia de Protección Civil pudiendo ser elaborado, bien por la entidad aseguradora, facilitado en el momento de suscripción de cada uno de los seguros que se señalan en el artículo 10.3 de este Decreto, o bien por las empresas interesadas siguiendo el modelo establecido por los Servicios de Protección Civil de la Junta de Comunidades que en todo caso deberá ajustarse a las peculiaridades de la actividad que se trate».

Este esquema resulta bastante acertado pues obliga a remitir cada temporada el plan de actuación en caso de accidentes a los servicios de protección civil, pero también se preocupa del quién y del cómo se deben elaborar los planes de autoprotección. La única salvedad que podemos hacer al sistema propuesto sería la necesidad de que el plan o planes de la empresa también fueran remitidos a la Consejería competente en materia de Turismo —en el caso de Andalucía a la Delegación de Turismo, Comercio y Deporte— con el fin de que se incorporara al resto de la documentación de la empresa pues constituye una cuestión de primer orden de la que debería tener constancia la Consejería competente y estar a disposición de terceros.

b) Los *monitores* deben estar *comunicados permanentemente* y disponer de un *botiquín de primeros auxilios* todo el trayecto (art. 27.3 Decreto Andalucía 20/2002). Estas medidas se repiten en las distintas disposiciones autonómicas que regulan la materia y constituyen cautelas imprescindibles para

---

(96) Un caso particular, lo constituye el Decreto La Rioja 11/2003 exige, entre los documentos necesarios para la autorización de las empresas de turismo activo, el protocolo de actuación en caso de accidentes [art. 228.1.e)]. También es significativo el artículo 9 del Decreto Castilla y León 96/2007 que obliga a presentar el protocolo de actuación en caso de accidentes al Servicio competente en el momento de solicitar la autorización turística así como a la Agencia de Protección Civil y Consumo de la Junta de Castilla y León.

poder reaccionar en caso de que se suceda cualquier tipo de infortunio, pues permiten una primera asistencia por parte del monitor —recordemos que el monitor debe estar en posesión del título de socorrista o de primeros auxilios (art. 27.3 *in fine* Decreto Andalucía 20/2002)—, y una rápida puesta en conocimiento de terceros de la situación producida que dará origen a la activación del plan de emergencia y/o evacuación (97).

### VIII. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE ACCIDENTES

El seguro, como hemos expuesto en el epígrafe dedicado a los requisitos de las empresas dedicadas al turismo activo, es un elemento exigido a las empresas que desempeñan esta actividad. La necesidad de este tipo de contrato deviene del propio riesgo que la actividad entraña no sólo para los usuarios del servicio sino incluso para el medio en el que se desarrolla. En este sentido, el Decreto Andaluz 20/2002, requiere, en el artículo 23, la suscripción de dos tipos de seguros distintos:

«a) Uno de responsabilidad civil que cubra, de forma suficiente, los posibles riesgos imputables a la empresa por la organización y prestación de la actividad de turismo activo.

b) Un seguro de accidente o asistencia por la organización y prestación de la actividad de turismo activo» (98).

En ambos casos, el Decreto prevé que la cuantía se establecerá por Orden de la Consejería de Turismo y Deporte —hoy de Comercio, Turismo y Deporte— en virtud, como dispone la disposición final primera del mismo Decreto, del «nivel de riesgo inherente a cada una de las actividades integrantes del turismo activo, pudiéndose establecer mecanismos de actualización». Después de seis años de la aprobación del Decreto la citada orden aún no ha visto la luz. En esta situación continúa aplicándose la disposición transitoria quinta del Decreto del 2002 que establece unas cuantías mínimas obligatorias de los seguros, cuando dispone que:

«1. Hasta la entrada en vigor de la Orden prevista en la disposición final primera del presente Decreto, la cobertura mínima obligatoria a que se hace referencia respecto del contrato de seguro de responsabilidad civil será de

---

(97) Véanse los artículos 11.1 Decreto Aragón 55/2008, 11.2 Decreto Asturias 92/2002, 9.1 Decreto Castilla y León 96/2007, 6.1 Decreto Castilla-La Mancha 77/2005, 7.2 Decreto Murcia 320/2007, 10.2 Decreto Navarra 288/2004 y 236 Decreto La Rioja 11/2003.

(98) En este caso, igualmente es de responsabilidad civil aunque no se haga referencia expresa a este hecho.

una cuantía mínima de 600.000 euros por siniestro, pudiendo pactar la persona que ejerza como tomador del seguro con la compañía aseguradora una franquicia máxima de 600 euros (99).

2. Hasta dicha fecha, la persona que ejerza como tomador del seguro podrá pactar, respecto del contrato de seguro de accidente o asistencia, una franquicia máxima de 150 euros».

De la regulación actual de los contratos de seguros en la normativa de turismo activo en Andalucía se derivan algunas cuestiones que requieren, aunque sea de una forma breve, una reflexión:

En primer lugar, de la regulación actual se derivan serias dudas sobre las cuantías que las pólizas de seguro deben cubrir. La disposición transitoria quinta, en su apartado primero, fija un importe de de 600.000 euros pero entendemos que se refiere al seguro que se contempla en el artículo 23.a), es decir la responsabilidad civil que cubra los posibles riesgos imputables a la empresa por la organización y prestación de la actividad de turismo activo y no el de accidente contemplado en el artículo 23.b), para el cual la disposición transitoria quinta sólo se refiere a la franquicia que se puede establecer en este tipo de contrato pero no el importe que debe satisfacer la póliza. En este sentido entendemos, con objeto de dar algún sentido a la citada disposición transitoria, que la cobertura de los seguros es de 600.000 euros y que sólo debe hacerse uno en que se extiendan las prestaciones del seguro para los dos supuestos contemplados.

En segundo lugar, merece nuestra atención el tema de las franquicias de los seguros en el Decreto Andaluz. En este sentido, como dispone la disposición transitoria quinta, la persona que ejerza como tomador del seguro podrá pactar con la compañía aseguradora una franquicia máxima de 600 euros cuando el riesgo cubierto sea el derivado de los daños imputables a la empresa por la organización y prestación de la actividad de turismo activo y de 150

---

(99) La cobertura prevista por el Decreto Andaluz es muy similar a la del resto de las Comunidades Autónomas. De este modo, el Decreto Navarra 288/2004 [art. 5.2.c)], el Decreto Murcia 320/2007 [art. 12.2.e)] y el Decreto Aragón 55/2008 [art. 4.3.e)] lo fijan en 600.000 euros, el Decreto Asturias 92/2002 lo fija en 300.507 euros [art. 4.2.f)], el Decreto Galicia 42/2001 exige la constitución una póliza de responsabilidad civil que garantice el normal funcionamiento de la actividad, que cubrirá una cuantía mínima de 390.657,67 euros y manifiesta que la cobertura tendrá que abarcar todos los perjuicios que se puedan derivar de posibles daños y limita los daños personales —180.303,63 euros— y materiales —60.101,21 euros, el Decreto La Rioja 111/2003 lo fija en 300.000 euros [art. 227.b)], el Decreto Castilla y León 96/2007 establece una cobertura mínima de 600.000 euros por siniestro y 150.000 por víctima y, por último, el Decreto Castilla-La Mancha fija unos límites mínimos de 150.250 euros por víctima y 601.000 euros por siniestro [art. 10.3.b)].

euros para el caso del seguro de accidente y asistencia. Esta es una práctica común en el resto de las Comunidades Autónomas —p.e. Asturias 602 euros, Aragón 600 euros o Murcia— que tiene como único objeto minorar el importe de los seguros contratados, sin perjuicio de que dos Comunidades, concretamente La Rioja y Galicia, las prohíban expresamente.

Estas franquicias son opcionales por parte del tomador del seguro y huelga decir que en ningún caso pueden hacerse recaer, en caso de que se haga efectivo el daño asegurado, sobre los clientes.

En tercer lugar, no se establecen expresamente los daños cubiertos por la póliza aunque entendemos que como establece el Decreto La Rioja 111/2003 [art. 227.b)], quedan subsumidos los daños personales, materiales y económicos.

En cuarto lugar, sería conveniente que la Orden contemplara un sistema de actualización de los montantes cubiertos por las pólizas. Nosotros abogamos por la actualización anual automática por el importe de aumento del Índice de Precios al Consumo (IPC). La razón es sencilla y reside en el hecho de que es frecuente en la legislación española que las cuantías fijadas en las normas con el paso de una serie de años resulten inadecuadas para el fin que perseguían. Pensemos en que el IPC anualmente está sufriendo un incremento medio del 3 por ciento —sin olvidar que en el mes de agosto de dos mil ocho se encuentra en el 5,3— y, por tanto, atendiendo al Decreto andaluz del 2002, podemos afirmar que se ha producido, tomando como media un 3% de incremento anual del IPC, un aumento del 18% que no se ha visto reflejado en una actualización del importe de las coberturas de los seguros.

En quinto lugar, el Decreto Andaluz no prevé, en el caso del seguro de accidente y asistencia, los gastos derivados del rescate si fuese necesario. En este sentido, de *lege ferenda* proponemos que en la futura orden se incorpore tal como lo ha hecho por ejemplo la regulación Navarra.

## BIBLIOGRAFÍA

- ASPAS ASPAS, J. M., *Los deportes de aventura. Consideraciones jurídicas sobre el turismo activo*, Prames, Zaragoza, 2000.
- AURIOLES MARTÍN, A., «Las centrales de reserva: su reconocimiento legal como empresas de intermediación turística en la Ley del Turismo de Andalucía», en VV. AA., *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, XX Aniversario Facultad de Derecho de Málaga, 2001, pp. 85 y ss.

- BLANCO HERRRANZ, F. J., «Fundamentos de política comunitaria y española en materia de turismo rural», *Revista del Instituto de estudios turísticos*, núm. 131, 1996, pp. 28-29.
- BLANQUER, D., «La ordenación jurídica de la calidad del turismo», en *Estudios en homenaje al prof. Martín Mateo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 3121 y ss.
- CARBALLERÍA RIVERA, M<sup>ª</sup>. T., «Por un turismo medioambientalmente correcto. Propuestas para el próximo milenio», en *Estudios en homenaje al prof. Martín Mateo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 3112 y ss.
- CORRALES BERMEJO, L., «Apuntes para la definición y concepto de Turismo Rural», en *Cuadernos de la Escuela Regional de Turismo de Castilla y León*, Andanzas, 1, Ávila, 1993, p. 14.
- DE LA PLATA, N. (dir.) *El entorno jurídico de las nuevas tendencias deportivas: deporte de aventura, animación deportiva y ocio activo*, Dykinson, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002.
- «La ordenación del turismo rural en Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública, núm. 58 (2005), Sevilla, pp. 49-111.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- GAIMEZ GAGO, M<sup>ª</sup>. I., *Políticas públicas y turismo*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2004, pp. 275 y ss.
- GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, tecnos (5 ed.), Madrid, 2008.
- GARCÍA MACHO, R., «La legislación turística: naturaleza jurídica; relaciones entre Derecho estatal, autonómico y local», en *Lecciones de Derecho del Turismo*, VV. AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GARCÍA SAURA, P. J., «Integración del medio ambiente en el turismo», en esta REVISTA, núm. 29 (2006), pp. 381-428.
- *Desarrollo sostenible y turismo. Análisis del régimen jurídico medio-ambiental de la legislación turística española*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. Y BENAVIDES VELASCO, P., «La comercialización del turismo rural a través de las centrales de reserva. La experiencia en la Comunidad Autónoma andaluza», en esta REVISTA, núm. 27 (2005), pp. 257-268.
- JIMÉNEZ MARTÍN, P. J. Y GÓMEZ ENCINAS, V., «Gestión del riesgo en las empresas de turismo activo», en *Apuntes: Educación física y deportes*, núm. 75 (2004), pp. 45-49.
- LUGUE GIL, A. M. (2003). «La evaluación del medio para la práctica de actividades turístico-deportivas en la naturaleza», *Cuadernos de Turismo*, núm.12, 131-149.
- MELGOSA ARCOS, F. J., «Turismo rural y turismo activo», en *Estudios de Derecho y Gestión Ambiental*, I, Diputación Provincial, Ávila, 1999.
- «La ordenación del turismo rural: aspectos administrativos, fiscales y laborales», en *I y II Jornadas de Turismo y Derecho*, Junta de Andalucía, Málaga, 1999.
- «Integración del medio ambiente en el sector turístico», en *Medio ambiente y desarrollo sostenible*, Junta de Castilla y León, 2001, p. 140 y ss.
- *Derecho y Turismo*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- *Código Turismo*, La Ley, Madrid, 2007.
- MIREN SARASÍBAR, I., «Los bosques y el desarrollo rural en la Comunidad Autónoma del País Vasco», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78 (2007), pp. 233-266.
- NASARRE SARMIENTO, J. M<sup>º</sup>, «La regulación de las empresas de turismo activo», en *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 10 (2000), pp. 67-82.
- NASARRE SARMIENTO, J. M<sup>º</sup>, HIDALGO RÚA, G. y BERNAD, P., *La vertiente jurídica del montañismo*, Prames, Zaragoza, 2001.
- OLIMPIA SANZ SALLA, C., «Los sujetos del turismo: los establecimientos hoteleros y las empresas de alojamiento turístico de carácter no hotelero», en *Lecciones de Derecho del Turismo*, VV. AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000,
- PALACIO Y DE MOTEMAYOR, G. E., «Régimen jurídico del turismo rural», en esta REVISTA, núm. 14 (1999).
- PÉREZ DE LAS HERAS, M., *Manual de turismo sostenible*, Mundi-Prensa, Madrid, 2004.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., *Derecho Público del Turismo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

- PÉREZ GUERRA, R. Y CEBALLOS MARTÍN, M. M., «A vueltas con el régimen jurídico-administrativo de la distribución de competencias en materia de Turismo y de otros títulos que inciden directamente sobre el mismo: El ejercicio de competencias turísticas por la Comunidad Autónoma Andaluza», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 27, 1996.
- PORRAS LIMA, F., «Las actividades de turismo activo en Andalucía: una modalidad de turismo deportivo en constante desarrollo», *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 4 (2004), pp. 177-197.
- SALGADO CASTRO, A., «La distribución de competencias en materia de Turismo», en esta REVISTA, núm. 9 (1996), pp. 319 y ss.
- SÁNCHEZ RUIZ, I., «Las empresas de intermediación turística en la Ley del Turismo de Andalucía», en VV. AA., *Derecho y Turismo*, III Jornadas de Derecho Turístico, Consejería de Turismo y Deporte, Málaga, 2000, pp. 335 y ss.
- SANZ DOMÍNGUEZ, *Régimen jurídico del turismo en el espacio rural: análisis y compendio normativo*, Vol. II, Junta de Andalucía, 2002
- TEROL GÓMEZ, R., «Régimen jurídico de los alojamientos turísticos rurales en la Comunidad Valenciana», en esta REVISTA, núm. 17 (2000), pp. 401 y ss.
- TUDELA ARANDA, J., «Hacia el desarrollo de un concepto integral de turismo rural. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Aragón», en esta REVISTA, núm. 19, 2001.
- «La problemática jurídica de la calidad turística», en esta REVISTA, núm. 23 (2003), pp. 131-154.

# LA RESPONSABILIDAD DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS ARQUITECTOS MUNICIPALES EN EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL CODIGO TECNICO DE LA EDIFICACION (\*)

ALFONSO PÉREZ MORENO

*SUMARIO: I. ANTECEDENTES.— II. CONSULTA.— III. DICTAMEN: 1. El incremento de las normas técnicas presididas por el principio de prevención y cautela para garantizar la seguridad y la calidad: A) Características de las normas técnicas: a) Variedad de origen y contenidos. b) La articulación de las normas técnicas con el ordenamiento jurídico. c) Los estándares magistrales y las regulae artis. d) Las cláusulas de progreso técnico. B) Las normas técnicas en la función urbanística y en la edificación. 2. Naturaleza y efectos del Código Técnico de la Edificación: A) Sus títulos constitucionales como Derecho básico del Estado. B) La articulación en el ordenamiento jurídico. C) Los destinatarios del Código Técnico de la Edificación. 3. El control de la aplicación de las normas urbanísticas, de las técnicas y de las reguladoras de los agentes de la edificación: A) Los instrumentos de intervención administrativa aplicados: a) El proyecto y la «cascada» de actuaciones de profesionales de la construcción. b) El visado del proyecto. c) Las entidades homologadas para el control de las normas técnicas. d) Las autorizaciones. e) Las inspecciones. f) Protección de los consumidores y usuarios. B) Competencias administrativas: a) Las normativas concurrentes en la actividad de construcción. b) Competencias de los Ayuntamientos. c) La función de los Colegios Profesionales en materia de urbanismo.— IV. CONCLUSIONES.*

## I. ANTECEDENTES

**Primero.**— En uso de la autorización contenida en la Disposición final segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) el Gobierno aprobó el Código Técnico de la Edificación (CTE) por RD 314/2006, de 17 de marzo,

---

(\*) El presente estudio es el texto del dictamen que emití en Septiembre de 2007 a instancias del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, que lo ha hecho suyo y me ha autorizado para publicarlo. Es mi deseo hacerlo en el libro homenaje a Martín BASSOLS COMA, con motivo de su jubilación. Junto a la convergencia de su materia el trabajo puede encontrar un eco singular en la sutileza de este administrativista tan capaz de crear justicia aún a pesar de las leyes.



con vigencia desde el día siguiente a su publicación (BOE 28 de marzo), si bien con un matizado calendario transitorio con previsiones minuciosas sobre las anteriores Normas Básicas de la Edificación (NBE) y los Documentos Básicos (DB) a aplicar durante los periodos de seis meses o doce meses posteriores al inicio de la vigencia. Este dato acredita que el CTE no inaugura el grupo normativo existente sobre la materia en el Ordenamiento jurídico español sino que cuenta con importantes antecedentes en un conjunto de normas técnicas y sectoriales que han venido aplicándose —y seguirán rigiendo en esas fases transitorias— hasta su derogación. El CTE supone, como indica el preámbulo de su Texto:

*«la superación y modernización del vigente marco normativo de la edificación en España, regulado por el Real Decreto 1650/1977, de 10 de junio, sobre normativa de la edificación, que estableció las Normas Básicas de la Edificación, como disposiciones de obligado cumplimiento en el proyecto y la ejecución de los edificios. Dentro de este marco jurídico, se aprobaron diversas Normas Básicas desde 1979, que han conformado un conjunto abierto de disposiciones que ha venido atendiendo las diversas demandas de la sociedad, pero que no han llegado a constituir en sí mismo un conjunto coordinado, en la forma de un Código Técnico de la Edificación, similar a los existentes en otros países más avanzados.*

...

*... el Código Técnico de la Edificación crea un marco normativo homologable al existente en países más avanzados y armoniza la reglamentación nacional existente en la edificación con disposiciones de la Unión Europea vigentes en la materia.»*

La extensión de esta cita obedece a la conveniencia de resaltar desde el principio que el CTE *no produce una innovación en el conjunto normativo que obligue a revisar los parámetros jurídicos por los que discurre el ejercicio de las competencias municipales sobre la edificación.*

**Segundo.**— El fortalecimiento de las bases y de la estructura jurídica de las normas sobre la edificación que ha introducido la LOE —de lo que es una manifestación contundente el CTE—, así como la nueva estimulación producida por el impresionante crecimiento del Derecho Ambiental y de sus técnicas de implantación, especialmente en este campo de la seguridad y calidad de los edificios, sí obliga a replantearse las funciones y responsabilidades de las Administraciones Públicas y de sus funcionarios, especialmente la de los Ayuntamientos, a quienes corresponde importantes competencias sobre planeamiento, gestión y disciplina urbanística (singularmente, el otorgamiento de las licencias de obras), y las de los Arquitectos municipales que actúan tradicionalmente en dichos Servicios urbanísticos municipales. En consecuencia, es

importante indagar en la nueva ordenación técnica, ampliada y enriquecida desde otras perspectivas, si introduce algún cambio en el Derecho Local vigente y en las actuaciones municipales seguidas para decidir sobre el otorgamiento de licencias de obras.

**Tercero.**— Atentos los Colegios de Arquitectos al cumplimiento de sus funciones, han venido convocando importantes encuentros, jornadas, foros y cursos para analizar los efectos de la vigencia del CTE, en los que se han producido importantes y numerosas ponencias, informes, estudios que ayudan a analizar la complejidad del asunto. El Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, a fin de obtener una respuesta unívoca, concreta y fundada, formula al Catedrático de Derecho Administrativo que suscribe la siguiente

## II. CONSULTA

*«Dictamen jurídico sobre la Responsabilidad de los Ayuntamientos y de los Arquitectos Municipales en el Control de la Aplicación del Código Técnico de la Edificación en el trámite de concesión de las licencias urbanísticas y de primera ocupación.»*

Aceptado el honroso encargo recibido y, previo análisis del actual estado de vigencia y desarrollo del CTE, se emite con la concisión y síntesis a que obliga la urgencia de la solicitud, el siguiente

## III. DICTAMEN

### **1. El incremento de las normas técnicas presididas por el principio de prevención y cautela para garantizar la seguridad y la calidad**

El CTE es un episodio importante dentro de la normación en la llamada «era ambiental» caracterizada por el incremento de *normas técnicas* que disciplinan las condiciones de mejora de la seguridad, de la calidad, de la sostenibilidad y de la innovación para la producción de bienes y servicios. Cada vez son más extensas y complejas las normas técnicas que se suceden como fruto de la investigación sobre los procesos industriales, las estructuras y materias básicas, los métodos de trabajo y de aplicación de los productos, etc. Se acumulan fuera de las formas tradicionales de las fuentes del Derecho y presentan unas características peculiares en contraste con aquéllas.

## **A) Características de las normas técnicas**

A los efectos de calificar el CTE interesa describir algunas de las características peculiares de las normas técnicas.

### **a) Variedad de origen y contenidos**

Las normas técnicas proceden en su mayoría de la actividad privada a través de organizaciones de ámbito estatal o internacional. En muchos sectores operan como colaboración social a la gestión administrativa creando densas *normalizaciones* en materia de calidad y seguridad. No tienen muchas de ellas naturaleza jurídica pública, por lo que la fuente de su vinculación es la aceptación voluntaria de los destinatarios. La doctrina califica los conjuntos normativos así implantados como autorregulación.

En el marco del Derecho Comunitario Europeo se ha acumulado una pluralidad de instrumentos que tratan de obtener la armonización de las disposiciones que establezcan los requisitos aplicables a los productos de la construcción con el fin de permitir la libre circulación en el mercado común (así desde la Directiva 89/106 CEE). En otras instituciones internacionales el crecimiento de las imposiciones o propuestas garantizadoras de una aproximación de soluciones técnicas exigida por la *globalización* se manifiesta en cauces formales atípicos como son las directrices, las recomendaciones, las programaciones, las declaraciones, las cartas, códigos éticos, autorregulaciones, estándares magistrales, estándares técnicos, valoraciones de calidad, criterios de valor, evaluaciones de impacto, informes de sostenibilidad, previsiones cautelares, protocolos, etc., cuya naturaleza y efectos jurídicos son difíciles de instalar en el cuadro tradicional de normas. Junto a tan complejo haz de nuevos cauces de normatividad hay que recordar la inmensa producción de doctrinas, teorías, propuestas o proclamas que se manifiestan a través de las Declaraciones, Convenciones, grupos científicos, centros de opinión, etc., que conforman un tejido prenормativo definido como *soft law*, Derecho débil, que puede ser el núcleo inspirador de sucesivas normas imperativas.

Ahora bien, la cuestión a resolver es cómo se incorporan en el conjunto normativo vinculante como normas jurídicas obligatorias y su grado de rigidez.

## **b) La articulación de las normas técnicas con el ordenamiento jurídico**

Algunos autores (ESTEVE PARDO, J. «*El Derecho del medio ambiente*» Madrid, 2005), han visto una distinción destacable entre las normas técnicas de *seguridad* y las de *calidad*, por cuanto consideran que las primeras están más vinculadas a las funciones propias de las Administraciones Públicas, por lo que no deben éstas desentenderse o distanciarse de las especificaciones privadas en materia de seguridad. Paradójicamente, comprueban que las dificultades de los Entes públicos para elaborar las normas técnicas de seguridad les obliga a incorporar las de origen privado al ordenamiento jurídico con más intensidad y firmeza. En cambio, en algunos sectores las normas técnicas de calidad tienen un margen de aplicación voluntaria sobre el que opera el mercado.

La modalidad formal de fuente jurídica más propia para vincular la norma técnica al conjunto normativo exigible es el *reglamento*. En la doctrina más especializada se aclara el distinto alcance de las expresiones «*reglamento técnico de seguridad*» y «*reglamentaciones técnicas*». La primera se refiere, en sentido estricto, a la fuente formal; el reglamento subordinado a la Constitución y a las leyes como disposición de carácter general aprobada por la Administración Pública con competencia en ejercicio de la potestad reglamentaria. En cambio, «*reglamentación técnica*» tiene un sentido laxo que engloba cualquier norma imperativa hasta incluso las Ordenes ministeriales e institucionales (CARRILLO DONAIRE, J.A. *El Derecho de la Seguridad y de la Calidad Ambiental*, Madrid, 2000).

Los reglamentos técnicos han sido con frecuencia conceptuados como *reglamentos independientes*, categoría que refleja su menor cobertura por la reserva de ley. Sin embargo, una de las modificaciones jurídicas de los últimos tiempos ha sido la diversificación de la reserva de ley en las materias de protección de la seguridad y de la calidad derivadas de las garantías de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y seguridad e integridad física, la protección del medio ambiente y de los consumidores y usuarios.

Los reglamentos técnicos y las remisiones legales a normas técnicas pueden operar, de una parte, con reenvíos formales o materiales, y, de otra, como disposición del Gobierno aprobada por Real Decreto, o como Ordenes ministeriales o Instituciones.

El reenvío es material cuando el reglamento acepta la norma técnica sólo tal como existe; mientras que es formal si se remite a una norma técnica acep-

tando el contenido actual o el que puede tener si es alterada o sustituida. Este tipo de reenvío crea una gran inseguridad jurídica porque priva a la Administración Pública del control de la norma en su futura evolución.

### **c) Los estándares magistrales y las *regulae artis***

Ante el conjunto abigarrado de normas técnicas, incorporadas o no al ordenamiento jurídico, hay que preguntarse si queda algún margen a la creatividad profesional, artística o investigadora, o, por el contrario, son normas rígidas en su vinculación inalterable o en su imposibilidad de mejora o adaptación a los nuevos progresos.

Bastará recordar la evolución del Derecho urbanístico y de las reglas tradicionales de la Arquitectura para rememorar los importantes avances conseguidos con las propuestas de los maestros sobre el diseño de la ciudad. La ordenación del tejido urbano encontró grandes alternativas en los estándares magistrales de Arturo Soria, Ildefonso Cerdá, o Howard. En esos tiempos no existía un ordenamiento jurídico urbanístico completo ni unos estándares vinculantes. La reforma interior y el ensanche eran las operaciones de cirugía urbana que recibían la mayor atención de la legislación y de las actuaciones de las Administraciones Públicas. Asimismo la actividad de la edificación se basaba en la aplicación de las *regulae artis* con esencial operatividad de la creatividad de los profesionales competentes. La mayor intervención de los Municipios se refería a la garantía de *derecho a la ciudad* en sus incipientes manifestaciones, y en la disciplina de unas Ordenanzas embrionarias en ausencia de otras normas más elaboradas y con superior rango.

Hay que realzar que el CTE viene a culminar una posterior evolución caracterizada por la sucesiva regulación de todos los aspectos de la edificación, por lo que llega a configurarse como el «*marco normativo por el que se regulan las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios incluidas sus instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad*» exigidos por la LOE (art. 3.1b) Relativos a la Seguridad y 1c) Relativos a la habitabilidad (arts. 3.2 de la LOE y 1 del CTE). La referida evolución y las actuaciones realizadas para la elaboración del CTE están sintetizadas en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 177, (SERVA MARÍA-TORNÉ, J. «El código Técnico de la Edificación en la LOE»).

Sin embargo, el CTE no excluye la posibilidad de la actuación creativa del proyectista o el director de obra. En su art. 5.1.3 permite que estos profesionales opten por

*«a) Adoptar soluciones técnicas basadas en los DB, cuya aplicación en el proyecto, en la ejecución de la obra o en el mantenimiento y conservación del edificio, es suficiente para acreditar el cumplimiento de las exigencias básicas relacionadas con dichos DB; o*

*b) soluciones alternativas, entendidas como aquellas que se aparten total o parcialmente de los DB. El proyectista o el director de obra pueden, bajo su responsabilidad y previa conformidad del promotor, adoptar soluciones alternativas, siempre que justifiquen documentalmente que el edificio proyectado cumple las exigencias básicas del CTE porque sus prestaciones son, al menos, equivalentes a los que se obtendrían por la aplicación de los DB.»*

El art. 5.2 párrafo 5 define la función de las Administraciones Públicas competentes en la permisión de soluciones alternativas y en el uso de marcas, sellos, certificaciones de conformidad, evaluaciones técnicas de entidades autorizadas por las propias Administraciones, como funciones de reconocimiento:

*«Art. 5.2.6: El reconocimiento por las Administraciones Públicas competentes que se establece en los apartados 5.2.3, 5.2.4 y 5.2.5 se referirá a las marcas, sellos, certificaciones de conformidad u otros distintivos de calidad voluntarios, así como las certificaciones de conformidad de las prestaciones finales de los edificios, las certificaciones medioambientales, así como a las autorizaciones de las entidades que concedan evaluaciones técnicas de la idoneidad, legalmente concedidos en los Estados miembros de la Unión y en los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.»*

#### **d) Las cláusulas de progreso técnico**

Tampoco está el CTE encerrado en la rigidez de sus determinaciones. La LOE contempla su apertura al progreso que aporte la investigación y la innovación, y abre cauces para la incorporación de normas actualizadas al grupo normativo.

El art. 3.2 *in fine* dispone:

*«... El código podrá completarse con las exigencias de otras normativas dictadas por las Administraciones competentes y se actualizará periódicamente conforme a la evolución de la técnica y la demanda de la sociedad.»*

El mismo R. Decreto de aprobación del Código incluye una generosa habilitación para el desarrollo reglamentario a la Ministra de la Vivienda (*sic*):

*«Disposición final tercera: Habilitación para el desarrollo reglamentario.  
Se habilita a la Ministra de Vivienda para que apruebe, mediante Orden Ministerial, las modificaciones y revisiones periódicas que sean necesarias de los*

*Documentos Básicos del Código Técnico de la Edificación, así como la organización y funcionamiento del Registro General de Código Técnico de la Edificación, y cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y el cumplimiento de lo establecido en este Real Decreto.»*

Es importante destacar a los efectos de este dictamen, que no existen en las normas citadas atribuciones expresas de competencias a los Ayuntamientos ni referencias al ejercicio de controles específicos sobre la observancia de la reglamentación técnica que es objeto de una tal *codificación abierta*.

## **B) Las normas técnicas en la función urbanística y en la edificación**

De lo que venimos de exponer y de la historia de la legislación que contemplamos podemos deducir una consecuencia importante: así como el urbanismo se reguló desde la primera Ley del Suelo de 1956 como una *función pública*, la actividad de edificar permanece privatizada si bien ha entrado en una fase de intensa reglamentación. La *publicatio* de la actividad urbanística se establece en su máxima plenitud en la reciente Ley estatal de suelo 8/2007, de 28 de mayo (vigente desde 1 de julio siguiente), como se expresa en los siguientes artículos:

*Art. 3. Ordenación del territorio y ordenación urbanística.*

*«1. La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.*

*El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve.»*

*Art. 6. Iniciativa privada en la urbanización y la construcción o edificación.*  
*«La legislación sobre ordenación territorial y urbanística regulará:*

*...*

*c) El derecho del propietario a realizar en sus terrenos, por sí o a través de terceros, la instalación, construcción o edificación permitidas, siempre que los terrenos integren una unidad apta para ello por reunir las condiciones físicas y jurídicas requeridas legalmente y aquéllas se lleven a cabo en el tiempo y las condiciones previstas por la ordenación territorial y urbanística y de conformidad con la legislación aplicable.»*

Frente a la *publicatio* de la función urbanística el proceso de la edificación —que el art. 2 de la LOE define como «la acción y el resultado de cons-

*truir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal» esté dentro de los grupos que enumera—, permanece como actividad privada que realizan los Agentes de la edificación bajo su directa responsabilidad y sometidos a las reglamentaciones técnicas que se establecen para garantizar la calidad, la seguridad, la protección del medio ambiente afectado, y a los consumidores.*

La construcción de edificios no es una función pública, ni un servicio público, ni un servicio virtual o impropio (como se configuraron las farmacias y los taxis), sino, cada vez más una especie de *actividad privada reglamentada* que se desempeña bajo la responsabilidad profesional de los agentes de la edificación. Cuando conforme al planeamiento y la gestión urbanística del suelo se produzca la *«patrimonialización de la edificabilidad»*, los agentes de la edificación tendrán que someterse a las exigencias del CTE y, cumplirán también el art. 5 de la LOE:

*Art. 5. Licencias y autorizaciones administrativas.*

*«La construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable.»*

El ejercicio de las profesiones de los Agentes de la edificación no está sujeto a licencia o autorización. Ellos son los destinatarios y responsables del cumplimiento del CTE, como pasamos a analizar a continuación.

## **2. Naturaleza y efectos del Código Técnico de la Edificación**

Destacaremos tres aspectos de directa repercusión en la materia del dictamen: la inclusión del CTE en el Derecho básico del Estado, su inserción en el ordenamiento como reglamento técnico abierto y sus destinatarios principales.

### **A) Sus títulos constitucionales como Derecho Básico del Estado**

La variedad de Leyes y reglamentos de las Comunidades Autónomas sobre urbanismo tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, que desestructuró el sistema legislativo estatal, y la nueva frontera abierta por los nuevos Estatutos de Autonomía que están promulgados (aunque pendientes del juicio de constitucionalidad) sobre la distribución de las competencias legislativas entre el Estado y las CC.AA. hacen necesario recordar que el Real Decreto de aprobación del CTE se promulgó con el carácter de *básico*, es decir, formando parte de la legislación estatal básica —sin que se oponga a ello que no tenga rango de ley sino rango reglamentario, como aclaró reiteradamente



desde su inicio la jurisprudencia constitucional—, y, por consiguiente, es norma de aplicación general y vinculante como un denominador común garantizador de la unidad de los territorios del Estado:

*«Disposición final primera. Título competencial.*

*Este Real Decreto tiene carácter básico y se dicta al amparo de las competencias que se atribuyen al Estado en los artículos 149.1.16ª, 23ª y 25ª de la Constitución Española (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875), en materia de bases y coordinación nacional de la sanidad, protección del medio ambiente y bases del régimen minero y energético, respectivamente.»*

Es interesante recordar que la LOE, que remitió al reglamento la aprobación del CTE (Disposición Final Segunda), fijó su fundamento constitucional con la invocación de más apartados del art. 149 de la Constitución y, concretamente, las reglas 6ª, 8ª y 30ª «en relación con las materias civiles y mercantiles de los Capítulos I y II y con las obligaciones de los agentes de la edificación y atribuciones derivadas del ejercicio de las profesiones establecidas en el Capítulo III, sin perjuicio de los derechos civiles, forales o especiales existentes en determinadas Comunidades Autónomas».

Nótese la cobertura constitucional sobre los protagonistas de la LOE y los títulos materiales de garantías de derechos del CTE, y especialmente que no se incluye la referencia a la regla 18ª del art. 149 sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. Únicamente se invoca esa regla en otro apartado para dar cobertura a la reforma de la Ley de Expropiación forzosa sobre el derecho de reversión.

## **B) La articulación en el ordenamiento jurídico**

En consecuencia el CTE es una norma formalizada como Reglamento, emanado de la potestad reglamentaria del Gobierno en ejercicio de la remisión de la Disposición Final Segunda de la LOE. Su obligatoriedad es, pues, directa, no está condicionada, por lo que se trata de una norma técnica estatal no de carácter privado normalizador o de autorregulación técnica, con independencia de cuales sean las fuentes materiales o formales de las que se nutre.

*«Este tipo de normas, que se elaboran para tutelar la seguridad industrial y de las edificaciones, la calidad de los productos, los derechos de los consumidores o en medio ambiente— expone M. SÁNCHEZ MORÓN en «Derecho Administrativo, Parte General», Madrid, 2005— son muy numerosas y la mayoría de ellas*

*se aprueban como reglamentos o se contienen en anexos técnicos de las normas reglamentarias de cuya naturaleza participan (por ejemplo, el código técnico de la edificación previsto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.»*

### **C) Los destinatarios del Código Técnico de la Edificación**

Los protagonistas principales de la LOE son los Agentes de la edificación (regulados en el Capítulo III). Ellos son los «responsables de la aplicación del CTE» como reitera el art. 5.1 del mismo. El art. 8 de la LOE formula una definición amplia: «Todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación». En la doctrina se ha destacado que deben incluirse como agentes a las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación (art. 14) y a los suministradores de productos (art. 15), aunque éstos respondan en vía de repetición. Y en cambio deben excluirse los «propietarios y los usuarios» (art. 16) (GARCÍA-TREVUJANO GARNICA, E., «Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación», en *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 177). La LOE trata de establecer los requisitos básicos de la edificación —con la ayuda del CTE—, cuyo cumplimiento impone a los agentes de la edificación que define, regulando su responsabilidad y el régimen de garantía por vicios y defectos de construcción mejorando la normativa civil e incorporando los avances jurisprudenciales. Las Administraciones Públicas no son las principales protagonistas de este conjunto normativo, si bien se las considera como posibles agentes del proceso de edificación cuando actúen en el marco de la legislación de contratos administrativos (art. 1.3 LOE), y, en todo caso, como titulares de las potestades normativas que les correspondan.

### **3. El control de la aplicación de las normas urbanísticas, de las técnicas y de las reguladoras de los agentes de la edificación**

El Derecho regulador del Sistema de Administraciones Públicas no contiene una regulación que atribuya a alguna de ellas la competencia exclusiva para controlar la aplicación de las normas urbanísticas, de las técnicas y de las referentes a las obligaciones y responsabilidades de los agentes de la edificación. Tampoco la LOE y el CTE han introducido modificaciones o innovaciones de las que puedan derivarse un cambio en el conjunto normativo complejo que permanece en vigor tanto para el Estado como para los Municipios y para las Comunidades Autónomas. En la extensa línea de actuaciones que se inician con el encargo del proyecto de obra y termina con la entrega a

los usuarios finales del Libro del Edificio, no está previsto ni un solo tipo de control ni una sola institución controladora integral, ni un único responsable. El Libro del Edificio está formado por el proyecto, con todas las modificaciones que se hubieran aprobado, el acta de recepción de la obra, la relación identificativa de los agentes que hayan intervenido en la edificación, las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones (art. 7 LOE), y en cada uno de esos documentos se reflejan una diversidad de intervenciones profesionales y administrativas desde perspectivas, además, diferentes.

Para aproximarnos al tramo que se relacione más directamente con los Ayuntamientos y sus funcionarios Arquitectos municipales, procederemos primero a considerar los distintos instrumentos de intervención administrativa aplicados para descender después al análisis de la distribución de las competencias administrativas.

## **A) Los instrumentos de intervención administrativa aplicados**

### **a) El proyecto y la «cascada» de actuaciones de profesionales de la construcción**

El proyecto es, generalmente, fruto de una actividad privada, la prestación objeto de un contrato de obra entre el propietario o promotor y el técnico competente que retiene la propiedad intelectual del mismo, y la plena responsabilidad dentro de la «cascada» de responsabilidades de todos los agentes de la edificación. Si son varios, la responsabilidad es solidaria, y, en todo caso, se extiende a los daños que puedan derivarse de la insuficiencia, incorrección o inexactitud de los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales que hayan contratado, sin perjuicio del derecho de repetición contra ellos (art. 17.5 de la LOE). El proyectista es responsable en todo caso de «redactar el proyecto con *sujeción a la normativa vigente* y a lo que se haya establecido en el contrato, y entregarlo con los visados que en su caso fueran preceptivos» (art. 10.2.b) de la LOE).

Esta actividad privada reglamentada es la que ha recibido el mayor impacto del CTE, pese a que se mantenga una «codificación abierta» como ya comprobamos. El CTE ha cambiado la metodología desde la que se establecen los requisitos o exigencias básicas que deben satisfacer los edificios. No se manifiestan con carácter descriptivo sino como prestaciones a satisfacer. El trabajo citado de SERRA MARÍA-TOMÉ lo descubrió en estos términos:

*«El CTE se debe plantear en línea con las tendencias más avanzadas, como un documento de carácter exigencial y no descriptivo, que establezca las presta-*

*ciones de los edificios o sus elementos, siempre que sea posible en términos cuantitativos verificables, y que a la vez aporte medios de verificación y ejemplos de soluciones cuya aplicación permita verificar fácilmente la satisfacción de los requisitos expresados en forma de prestaciones. Este es el enfoque que ya adoptaron algunas NBE, como la térmica y la acústica.*

*En consideración a todos los estudios y experiencias internacionales conocidas parece oportuno proponer que el CTE sea un código basado en prestaciones en la medida de lo posible y que se organice considerando la estructura nórdica de cinco niveles (objetivos, requisitos funcionales, prestaciones, métodos de verificación y ejemplos de soluciones).*

*Lógicamente el CTE no debe suponer partir desde cero, de forma que deberá codificar e incluir los requisitos (revisados en su caso) de la normativa existente que resultan familiares a los usuarios de ésta y completar los vacíos detectados en relación con los básicos de la LOE.»*

Consciente de la intensidad y complejidad de la reglamentación técnica que impone con tanta exigencia de responsabilidad, el mismo CTE contiene previsiones de control: primero, indica cómo justificar que el edificio cumple las exigencias básicas (art. 5.1.3 del CTE) y después, en su art. 6.2 establece:

*«6.2. Control del proyecto.*

- 1. El control del proyecto tiene por objeto verificar el cumplimiento del CTE y demás normativa aplicable y comprobar su grado de definición, la calidad del mismo y todos los aspectos que puedan tener incidencia en la calidad final del edificio proyectado. Este control puede referirse a todas o algunas de las exigencias básicas relativas a uno o varios de los requisitos básicos mencionados en el artículo 1.*
- 2. Los DB establecen, en su caso, los aspectos técnicos y formales del proyecto que deban ser objeto de control para la aplicación de los procedimientos necesarios para el cumplimiento de las exigencias básicas.»*

Es muy importante comprobar lo que se viene estableciendo en los desarrollos reglamentarios promulgados hasta ahora.

Así el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE) contiene previsiones sobre certificados, empresas instaladoras autorizadas, carnés profesionales y acreditaciones e inspecciones (arts. 24 y 30, y Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª y 3ª).

Especial interés tiene el Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción (BOE 31 de enero 2007). Invoca la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de

diciembre de 2002, se declara con carácter de *legislación básica* al amparo de las reglas 13ª, 23ª y 25ª del art. 149.1 de la Constitución y habilita para desarrollos y modificaciones técnicas a los Ministros de Industria, Turismo y Comercio, y Vivienda. A los efectos de este dictamen son importantes los siguientes preceptos:

*«Artículo 8. Control externo.*

- 1. El órgano competente de la Comunidad Autónoma establecerá, en su caso, el alcance del control externo y el procedimiento a seguir para realizarlo. Este control podrá realizarse por la propia Administración o mediante la colaboración de agentes autorizados para este fin.*
- 2. Los agentes autorizados serán organismos o entidades de control acreditadas para el campo reglamentario de la edificación y sus instalaciones térmicas o técnicos independientes cualificados conforme al procedimiento que establezca el órgano competente de la Comunidad Autónoma.*
- 3. Cuando la calificación de eficiencia energética resultante de este control externo sea diferente a la obtenida inicialmente, como resultado de diferencias con las especificaciones previstas, se le comunicará al promotor o propietario, en su caso, las razones que la motivan y un plazo determinado para su subsanación o, en su caso, se procederá a la modificación de la calificación obtenida.»*

*«Artículo 9. Inspección.*

*El órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente dispondrá cuantas inspecciones sean necesarias con el fin de comprobar y vigilar el cumplimiento de la certificación de eficiencia energética de edificios.»*

También ordena, en el art. 7 que el certificado de eficiencia energética del edificio terminado sea suscrito por la dirección facultativa de la obra, sea presentado al registro que puede abrirse en cada Comunidad Autónoma, y que se incorpore al Libro del Edificio.

Nótese, pues, la constante incidencia de las normas técnicas y de reglamentación en el ejercicio de obligaciones de los agentes de la edificación, y, además, la atribución de competencias de control e inspección a las Comunidades Autónomas.

## **b) El visado del proyecto**

En este nivel de la evolución de la normativa sobre la acción de los Colegios Profesionales mediante el visado de proyectos no se observan innovaciones significativas. La exigencia del visado, que en su origen fue un solo control corporativo del ejercicio de los profesionales colegiados (en sus titulaciones

habilitantes, en la integridad formal de la documentación técnica, en el cumplimiento de las normas colegiales y deontológicas; pudo llegar a más a raíz de la Ley del Suelo de 1976 (art. 228.3, que pasó a Texto Refundido de 1992, art. 242.7), que permitió la denegación del visado por incumplimiento de la legislación urbanística. Como indica Tomás Ramón FERNÁNDEZ —en *Manual de Derecho Urbanístico*, reeditado cada año— «*las tensiones existentes en el seno de la Arquitectura propiciaron la tendencia a ampliar este contenido tradicional (del visado) a la verificación, primero, de la observancia por los Arquitectos del régimen de incompatibilidades y, después, de la propia legalidad urbanística.*»

La regulación de los artículos 46 a 50 del Reglamento de Disciplina Urbanística redujo el alcance de interdicción colegial de los proyectos al afirmar que el control de la legalidad urbanística estaba reservado a la Administración municipal aunque se denegara el visado o éste advirtiera de ilegalidad; algunos nos ocupamos entonces de la cuestión (A. PÉREZ MORENO, «*La acción de los Colegios Profesionales en materia de Urbanismo*», en *XVII Temas de Derecho Urbanístico*, Oviedo, 1980).

En la actualidad la necesidad del visado no sólo es corporativa sino por exigencia de la LOE, art. 10.2.b) y de la legislación urbanística, aunque algunas normas autonómicas manifestaran una tendencia a eliminarlo. Si bien continúa con su alcance de control corporativo y constatación de cumplimientos documentales formales, no puede olvidarse su potencial utilidad como verificación de insuficiencias u omisiones y de advertencia de ilegalidad.

### **c) Las entidades homologadas para el control de las normas técnicas**

Recordamos aquí las referencias al complejo y abigarrado conjunto de normas técnicas y la inevitable apertura a su reconocimiento de la *normalización* o *autorregulación* del sector privado, y también a las funciones de asistencia técnica en su control desempeñadas por entidades privadas. Tanto la LOE (art. 14) como el CTE (art. 5.1.5) reconocen a las «*Entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación*» —cuya capacidad y suficiencia deben justificar «*a través de la correspondiente acreditación oficial otorgada por las Comunidades con competencia en la materia*»— y a las «*entidades autorizadas por las Administraciones Públicas competentes*» para verificar la adecuación al CTE, por su idoneidad para el uso previsto, de los productos, equipos y sistemas innovadores, a las que se somete a unas rigurosas exigencias habilitantes.

La línea reforzada de responsabilidades personales solidarias, que la LOE incrementa ahondando la regulación del Código Civil, en la «cascada» de agentes de la edificación, ha impuesto en la práctica exigencias de las entidades aseguradoras para asumir los riesgos de los seguros obligatorios, consistentes en exigir la actuación de numerosas empresas homologadas para el control preventivo de los proyectos. Hemos expuesto ya la tendencia en los DB, y en el Procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética, a favorecer la presencia de estos agentes autorizados, «organismos o entidades de control acreditadas en el campo reglamentario de la edificación», cuya habilitación se confía a las Comunidades Autónomas.

#### **d) Las autorizaciones**

Las intervenciones administrativas tradicionales en la actividad de los administrados, en ejecución de la función de policía, son las autorizaciones, de las que constituyen una manifestación típica la licencia de obras. «*La licencia de edificación* —afirma J. GONZÁLEZ PÉREZ en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2000— es la licencia urbanística por antonomasia». En consecuencia, se trata de un acto administrativo que no crea el derecho a edificar, sino que realiza un control previo de que procede su ejercicio por estar conforme con el Ordenamiento urbanístico, especialmente con los Planes de Ordenación, en cuanto determinan las posibilidades de parcelación, edificación, ocupación, aprovechamiento o usos relativos a un suelo determinado. Asimismo, se subraya en la abundantísima jurisprudencia acumulada, que las licencias de urbanismo son *actos reglados*, no obedecen a la discrecionalidad administrativa sino que están sometidos a la legislación del suelo, a los Planes de Ordenación Urbana y a los principios de actuación urbanística.

Es también vinculante para la licencia que se refiera a las normas para cuyo control se establece y que no invada otras cuya perspectiva ordenadora es diferente. No existe una delimitación rígida entre ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente; como algunos hemos analizado (A. PÉREZ MORENO, «*Nuevas ramas del Derecho: Derecho Urbanístico y Derecho Ambiental*», Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2007) existe un crecimiento de todos los sectores del ordenamiento jurídico en esos tres campos que cristalizan en grupos normativos imantados desde perspectivas diversas. En los últimos tiempos se observa una traslación del tema de la ordenación del territorio al medio ambiente, al dar al suelo un protagonismo como elemento de la naturaleza y escenario de todas las actua-

ciones humanas; y, asimismo, podemos detectar dentro del urbanismo una tendencia a diversificar o extraer el tratamiento de las cuestiones de protección del medio ambiente sobre las exigencias de calidad que son las que aborda el CTE. (Sobre la ordenación del territorio, A.A. PÉREZ ANDRÉS, *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*).

El *principio de congruencia de la licencia* obliga a buscar la seguridad jurídica no mediante una aplicación expansiva de las autorizaciones tradicionales —en este caso de la licencia de obras—, sino a través de una prudente interpretación de la normativa general y sectorial vigente. Esta línea de interpretación prudente se manifiesta en la LOE cuando en su art. 5 se remite a «*las preceptivas licencias y demás autorizaciones procedentes, de conformidad con la normativa aplicable*». En esta remisión se comprende ya el principio de congruencia de la licencia de obras que no puede desfigurarse desde una «*vis expansiva*» para convertirlo en el control único de todas las normas urbanísticas, sectoriales y técnicas, sobre las edificaciones, desestructurando los grupos normativos y las perspectivas desde las que los mismos se vienen fraguando espontáneamente por la propia dinámica con la que se construye un ordenamiento jurídico de un Estado cada vez más complejo como *está siendo* el Estado de las Autonomías.

### **e) Las inspecciones**

Las conclusiones que referimos a las autorizaciones pueden aplicarse a las inspecciones. Las normas que las regulan suelen ser generales, comúnmente vinculadas al ejercicio de la potestad sancionadora como su antecedente, menos desarrolladas en los sectores de actividades privadas alejadas de la publicación. La complejidad creciente de las actuaciones urbanísticas y de construcción de viviendas en su generalidad son controladas en fases iniciales de estricta licencia de obras por los Ayuntamientos.

### **f) Protección de los consumidores y usuarios**

El movimiento defensivo de los consumidores y usuarios se manifestó con fuerza en toda Europa (años 70 y 80) inspiró e impuso la promulgación de leyes como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio). Son consumidores y usuarios también las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes inmuebles, y a ellos va dirigida la protección de calidad que introduce la LOE y el CTE. Contiene aquella Ley mandatos y prohibiciones



que estas normas aplican y amplían, como «*la prohibición de utilizar en la construcción de viviendas y locales de uso público materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas*» [art. 5.2.i)], o la necesaria información al comprador de una «*documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo*» (art. 13.2). Especial interés tiene la previsión de un Sistema arbitral voluntario, que ha sido implantado en muchas Comunidades Autónomas, para resolver las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios «*siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Constitución*».

Precisamente el citado Real Decreto 47/2007 sobre la certificación de eficiencia energética invoca en su preámbulo la Ley 26/1984 por tratarse de información sobre viviendas a fin de facilitarla a los usuarios en términos correctos.

## **B) Competencias administrativas**

Desde cada uno de los instrumentos de intervención administrativa comentados hemos ido intuyendo un panorama legislativo complejo en orden a las competencias administrativas. Si traemos ahora a nuestro recuerdo el extenso listado de normas sectoriales sobre bienes, productos y actividades que contienen ordenaciones sustantivas vinculantes (carreteras, montes, minas, patrimonio histórico, atmósfera, costas, aguas, montes, ordenación del territorio, espacios naturales protegidos, etc., etc.), podemos afirmar que el Ordenamiento jurídico está hilvanado como una maraña de mandatos de los que hay que extraer las soluciones con la técnica de una correcta aplicación de *los principios generales* que presiden y forman la cúpula inspiradora del sistema.

Algo similar a la metodología que en el plano de las normas técnicas han empleado la LOE y el CTE. Han partido de *las prestaciones* que el edificio debe satisfacer y no de un rígido elenco estático de prescripciones.

Desde esta perspectiva, que es en la que se ha de mover la interpretación jurídica, y la jurisprudencia, pasamos a tratar de la última fase, de desenlace, de este dictamen.

### **a) Las normativas concurrentes sobre la edificación**

Concurren en la regulación sobre la actividad de construcción de edificios normas estatales, autonómicas, municipales, comunitarias, internacionales y privadas. Las normas del Estado y de las Comunidades Autónomas estrictas sobre urbanismo y licencias de obras no regularon ni la elaboración técnica del proyecto ni a los agentes de la edificación. La atención a estas cuestiones se ha incrementado como grupo normativo separado en la LOE, el CTE y los numerosos Reales Decretos que se están aprobando a nivel estatal como Derecho básico y al amparo de los títulos constitucionales genéricos y específicos del art. 149.1 de la Constitución que hemos ido detallando en cada norma. Muchos de esos reglamentos son transposición de Directivas de la UE. Tampoco ha modificado el Estado las normas básicas sobre Régimen Local. Está pendiente la elaboración de una Ley que debía recoger las propuestas del Libro Blanco sobre el Régimen Local, pero una vez más la cuestión municipal ha quedado paralizada por la emergencia de los nuevos Estatutos de Autonomía. La imagen que ofrece el Estado Compuesto con tales Estatutos es muy diferente a la anterior: aparece cercado por un recrecimiento de las potestades autonómicas, pendiente de las decisiones finales del Tribunal Constitucional sobre los nuevos textos legales aprobados.

En estas circunstancias hay que operar desde el plano concreto de las disposiciones vigentes en sus campos específicos de aplicación y conforme al principio de congruencia de las técnicas de intervención mediante autorizaciones y licencias en la actividad de los administrados.

Algunas Comunidades Autónomas han dado un testimonio decisivo en la aplicación de dicho principio. Concretamente la Comunidad de Valencia en el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística, aprobado el 12 de mayo de 2006 dispuso en su art. 468.3 que la licencia de edificación:

*«3. Tiene por finalidad comprobar que el proyecto técnico presentado, es conforme a lo dispuesto en el planeamiento, la legislación urbanística y la de ordenación de edificación en cuanto a los requisitos básicos de calidad.»*

Y el art. 5 del Decreto 36/2007, de 13 de abril modificó aquél suprimiendo el último inciso:

*«3. La licencia de edificación tiene por finalidad comprobar que el proyecto técnico presentado es conforme a lo dispuesto en el planeamiento y la legislación urbanística vigente.»*

En otras Comunidades Autónomas, como Andalucía, se avanza en la implantación de un ambicioso Servicio de inspección urbanística y de viviendas. El nuevo Estatuto de la Comunidad Andaluza (Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo) atribuye a la misma la competencia exclusiva sobre urbanismo y en su art. 56.3 describe la materia en estos términos:

*«3. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de urbanismo, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen urbanístico del suelo; la regulación del régimen jurídico de la propiedad del suelo, respetando las condiciones básicas que el Estado establece para garantizar la igualdad del ejercicio del derecho a la propiedad; el establecimiento y la regulación de los instrumentos de planeamiento y de gestión urbanística; la política de suelo y vivienda, la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y el subsuelo; y la protección de la legalidad urbanística, que incluye en todo caso la inspección urbanística, las órdenes de suspensión de obras y licencias, las medidas de restauración de la legalidad física alterada; así como la disciplina urbanística.»*

Estas normas autonómicas, y otras que se dictarán en los desarrollos estatutarios acentúan la tendencia, ya advertida en los reglamentos técnicos comentados, de situar la competencia sobre el control de la calidad de la edificación en las Comunidades Autónomas.

Los conflictos de éstas con el Estado se irán ajustando a lo que, en definitiva, resulte decidido sobre el *bloqueo de la constitucionalidad*. De la jurisprudencia reciente hay que destacar en la materia de prevención de incendios las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de mayo de 2004, 17 de marzo y 1 de abril de 2005 y 6 de junio de 2006.

## **b) Competencias de los Ayuntamientos**

Hay que recordar que, a pesar de la abundante lista de *materias* en las que deben los Municipios tener competencias según el art. 25 de la Ley Básica de Régimen Local, sólo las obtendrán en los tramos o en las fracciones que les asignen la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Estas legislaciones deben inspirarse en el principio de que sean asuntos que afecten directamente *«al círculo de sus intereses»* municipales, que sean competencias en que proceda la acción municipal *«en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local»*, y que se apliquen *«los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos»*. Estos cri-

terios determinantes, establecidos por el famoso art. 2º de dicha Ley de Régimen Local —cuya aplicación práctica ofrece un balance tan deficitario—, imponen también la interpretación restrictiva de las normas de intervención administrativa (en este caso mediante licencias) para ajustarla a los estrictos campos determinantes de su atribución.

Analizado el conjunto del Régimen Local y del grupo normativo de la LOE y el CTE se llega a la conclusión de que estas últimas disposiciones no han atribuido a los Ayuntamientos la competencia para controlar la aplicación del CTE, aunque sí tienen asignada la de controlar la aplicación de la legislación urbanística (Planes, Normas, Ordenanzas y disposiciones sectoriales que asignen competencias a los Municipios).

Cualquiera de las Leyes del Suelo autonómicas que pueda consultarse nos lleva a la misma conclusión. Conforme a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) art. 172:

*«4º. Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido a dichas previsiones.»*

*«Art. 179.4:*

*4º. La inspección tiene como fines prioritarios:*

- a) Velar por el cumplimiento de la ordenación urbanística.*
- b) Vigilar, investigar y controlar la actuación de todos los implicados en la actividad de ejecución y de edificación y uso del suelo, regulada en esta Ley, e informar y asesorar a los mismos sobre los aspectos legales relativos a la actividad inspeccionada.*
- c) Denunciar cuantas anomalías observe en la aplicación o desarrollo de los instrumentos de la ordenación urbanística.*
- d) Informar a las Administraciones y autoridades competentes sobre la adopción de las medidas cautelares y definitivas que juzgue convenientes para el cumplimiento de la ordenación urbanística.*
- e) Colaborar con las Administraciones competentes, así como hace cumplir efectivamente las medidas cautelares y definitivas que, para el cumplimiento de la ordenación urbanística, aquéllas hayan acordado.*
- f) Desempeñar cuantas otras funciones asesoras, inspectoras y de control le sean encomendadas, y aquellas que le sean asignadas reglamentariamente.»*

Las competencias sobre inspección deben ser también congruentes con su objeto, pero, aparte de que avanzan, como hemos indicado, la atribución de las inspecciones de las Comunidades Autónomas, es importante enlazar con el aspecto de las relaciones de los Ayuntamientos con las Administraciones estatal y autonómicas. La colaboración interadministrativa cuenta con un

nutrido elenco de normas, corroídas por la obsolescencia y cuando no por el desuso, que debemos recordar aquí para extraer de ellas alguna consecuencia para este dictamen.

A efectos de *colaboración administrativa entre Estado y municipios*, es importante el art. 9 de la ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que en su calidad de punto de conexión regula la normativa aplicable al efecto:

*«Artículo 9. Relaciones con la Administración Local.*

*Las relaciones entre la Administración General del Estado o la Administración de la Comunidad Autónoma con las Entidades que integran la Administración Local, se regirán por la legislación básica en materia de Régimen Local, aplicándose supletoriamente lo dispuesto en el presente Título.»*

Por tanto, acudimos en primer término a la normativa de Administración local:

Art. 10 de la ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen local:

*«Artículo 10.*

- 1. La Administración local y las demás Administraciones públicas ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos.*
- 2. Procederá la coordinación de las competencias de las entidades locales entre sí y, especialmente, con las de las restantes Administraciones públicas, cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas.*
- 3. Las funciones de coordinación no afectarán en ningún caso a la autonomía de las Entidades locales.»*

Según el art. 55 de la misma Ley:

*«Artículo 55.*

*Para la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las entidades locales, de otro, deberán en sus relaciones recíprocas:*

- a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias.*
- b) Ponderar, en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.*

- c) *Facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos.*
- d) *Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas.»*

Según el art. 66 del RD. Legislativo 781/1986, de 18 de abril, texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local:

«Artículo 66.

*El Estado y las Comunidades Autónomas podrán delegar en las Entidades Locales la realización de obras, ejecución de servicios y, en general, el ejercicio de actividades propias de su competencia. Los municipios podrán recibir delegaciones de las otras Entidades locales.»*

Pasamos ahora a la legislación de aplicación subsidiaria: art. 4.1 de la ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común:

«Artículo 4. Principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas.

1. Las Administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán:

- a) *Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias.*
- b) *Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.*
- c) *Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.*
- d) *Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.*

2. *A efectos de lo dispuesto en las letras c) y d) del apartado anterior, las Administraciones públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirija la solicitud. Podrán también solicitar asistencia para la ejecución de sus competencias.*

3. *La asistencia y cooperación requerida sólo podrá negarse cuando el ente del que se solicita no esté facultado para prestarla, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones. La negativa a prestar la asistencia se comunicará motivadamente a la Administración solicitante.*

4. *La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local deberán colaborar y*

*auxiliarse para aquellas ejecuciones de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencias.*

*5. En las relaciones entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, el contenido del deber de colaboración se desarrollará a través de los instrumentos y procedimientos que de manera común y voluntaria establezcan tales Administraciones.*

*Cuando estas relaciones, en virtud del principio de cooperación, tengan como finalidad la toma de decisiones conjuntas que permitan, en aquellos asuntos que afecten a competencias compartidas o exijan articular una actividad común entre ambas Administraciones, una actividad más eficaz de los mismos, se ajustarán a los instrumentos y procedimientos de cooperación a que se refieren los artículos siguientes.»*

La transcripción de estos preceptos se hace con la intención de derivar de ellos una función de colaboración conveniente de los Ayuntamientos, y especialmente de sus Servicios Técnicos, y es la de advertencia de ilegalidad y cooperación al control de las normas técnicas que recomienda el principio de prevención o cautela, tan esencial en el Derecho Ambiental.

La relación orgánica en la que se encuentra el personal de los Ayuntamientos los incorpora a la Entidad sin otras responsabilidades que las generales en el cumplimiento de la relación de servicio. El Arquitecto municipal sólo será responsable del proyecto cuando sea su autor, lo cual puede ocurrir en el caso de obras municipales, y conforme a lo ya comentado sobre el papel de las administraciones que actúen como agentes del proceso de la edificación, que deben someterse a su Ley de Contratos (art. 127 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

Los mismos preceptos hasta ahora vigentes en las legislaciones urbanísticas son aplicables a las licencias de primera ocupación, si bien habrá que aplicarlos, lo mismo que en las licencias de obras, con las exigencias de comprobación sobre las condiciones técnicas que cada legislación autonómica precise, si bien, en línea con la conveniente colaboración interadministrativa, como control formal o documental, es decir a la vista del art. 7 de la LOE:

*«Artículo 7. Documentación de la obra ejecutada.*

*Una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos.*

*A dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento*

*del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación.*

*Toda la documentación a que hacen referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio.»*

El control formal o documental en cuanto a las normas técnicas deberá incluir el de los documentos que acrediten el cumplimiento de las exigencias establecidas en los Reales Decretos sobre procedimientos básicos para las certificaciones.

### **c) La función de los Colegios Profesionales en materia de urbanismo**

Al término de nuestras reflexiones resulta oportuno recordar lo que concluíamos en el antiguo estudio sobre el alcance del visado urbanístico, ya citado, sobre el papel que deben prestar los Colegios Profesionales en general:

*«Si la Administración debe tener el control del servicio objetivo al interés general, los Colegios han de ser cualificados colaboradores sociales de aquélla. La participación social en la gestión administrativa, y la textura de una democracia sustantiva, impone a los Colegios el deber de participar. De una parte, ejercitando con rigor las funciones que la legislación les encomienda, entre ellas la de alertar a la Administración mediante el visado urbanístico motivado con objetividad y calidad. Especial consideración deben prestar a las vías de participación en la elaboración de disposiciones reglamentarias, participación actualmente realizada en el artículo 105.a) de la Constitución, y concretada en cuanto a las cuestiones profesionales en el artículo 2. 2 de la Ley de Colegios Profesionales, que exige el preceptivo informe de los Consejos Generales de los Colegios sobre los proyectos de Ley o de reglamentos referentes a las funciones profesionales, títulos, incompatibilidades, honorarios, etc.*

*Es sobre todo, muy importante que se cree un nuevo clima de distensión en la relación entre los Colegios y las Administraciones. Unos y otras tienen que darse cuenta de que en el urbanismo, por mucha que sea la perfección de las normas reguladoras, existe una dosis de discrecionalidad muy alta; desde la misma opción del modelo de ciudad que se quiera implantar —si será abierta y baja, o concentrada y alta—, hasta la inevitable presencia de numerosos conceptos jurídicos indeterminados que la Ley utiliza no como cheques en blanco para que se rellenen discrecionalmente, sino para que se determinen objetiva y técnicamente con criterios de valor general. La legislación urbanística está transida de facticidad, de substratum técnico, y habilita, o se resigna ante el ejercicio de discrecionalidad técnica; y por ello la sociedad y las Administraciones necesitan de conocimientos de expertos, de estudios y criterios de calidad y eficacia; los Colegios Profesionales deben cumplir esta misión llegado a crear un fondo de standards magistra-*



*les, pautas de comportamiento, ideas y estilos que actúen como acreditativos puntos de referencia, coadyuven a la consuetudinización de la legislación urbanística —tan proclive al incumplimiento o al desuso—; es decir, que colaboren a convertir la normas que publica el Boletín Oficial del Estado en Derecho vivo, que vaya penetrando en las coordenadas de obediencia social sin romperlas. Un Derecho condenado al desuso, por ignorancia o ineptitud o por hastío social, es un Derecho inútil; no entra en las costumbres ciudadanas y desacredita la instancia normativa como guía y ordenación de la vida. En buena parte así ha ocurrido con la primera etapa de vigencia de la L. S. Su acentuado tecnicismo y la falta de precedentes doctrinales, no permitió a los juristas (funcionarios, profesionales, jueces, etc.), obtener el fruto de sus innovaciones, abriéndose portillos para la acción de intereses egoístas impulsados por caciquismo y grupos de presión.*

*Esta situación se está remediando en buena parte; cada vez se sabe más de urbanismo, pero queda todavía un espacio lleno de ignorancias, dudas e inquietudes que reclama la colaboración de los Colegios Profesionales, incluidos los de Abogados —poco presentes corporativamente en la «cuestión urbanística»—. Los Colegios tienen que estimular la creatividad, testimoniar la calidad y la estética en la construcción de la ciudad y en la distribución de los usos del suelo; tienen que fijar puntos de referencia claros, dirigiéndose con anticipación a la solución de los problemas en clave de servicio al bien común. Las Administraciones han de abrirse a la colaboración de los Colegios. Hay una necesidad de creatividad en materia de urbanismo y alguien tiene que asumirla. Hay una necesidad de encauzar el progreso técnico y estético; se nos dice, y lo comprobamos, que hay pobreza estética en el urbanismo y en la arquitectura moderna —perdonar los Arquitectos, que yo no pretendo enjuiciar a nadie—; hay también pobreza de sensibilidad social al cambio que ha supuesto la legislación urbanística; hacen falta entidades con auctoritas que realicen con calidad y hondura una labor de concienciación y educación ciudadana, y esta gran tarea, creo yo, le corresponde a los Colegios Profesionales en beneficio de toda la sociedad.»*

#### IV. CONCLUSIONES

Con base en el estudio realizado podemos formular las siguientes conclusiones:

**Primera.**— El Código Técnico de la Edificación y la Ley de Ordenación de la Edificación que lo habilita no han atribuido a los Ayuntamientos nuevas competencias para el control de las normas técnicas que establecen.

**Segunda.**— La Legislación de Régimen Local vigente no ha innovado las competencias de los Ayuntamientos en materia de urbanismo ni de la aplicación de las normas del Código Técnico de la Edificación.

**Tercera.**— Las licencias municipales urbanísticas y de primera ocupación, que son regladas, se someten a las determinaciones de los Planes, Normas y a las disposiciones vigentes en el grupo normativo urbanístico con plena responsabilidad de los Ayuntamientos.

**Cuarta.**— En relación con la aplicación del Código Técnico de la Edificación los Ayuntamientos pueden, en ejercicio de sus competencias directas y en su función de colaboración interadministrativa, realizar un control formal documental tanto en relación con el proyecto para la licencia de obras como en relación con la documentación de la obra ejecutada en la concesión de la licencia de primera ocupación; advirtiendo a la Comunidad Autónoma o al órgano competente de la Administración del Estado de cualquier incidencia.

**Quinta.**— Los Colegios Profesionales están llamados a desempeñar importantes funciones de estudio, control documental de los proyectos, participación en los procedimientos de elaboración de normas y concienciación ciudadana sobre la ordenación urbanística y sobre las normas técnicas de la edificación.

Este es mi dictamen que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho y firmo en Sevilla, a 17 de septiembre de 2007.

# LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2008

JOAQUÍN ÁLVAREZ MARTÍNEZ

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2008: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las ideas cardinales que hemos venido destacando a lo largo de anteriores comentarios de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón ha sido la relativa a la importancia de la institución del Presupuesto en su calidad de elemento vertebrador de toda organización política, en la medida en que el mismo viene a erigirse en uno de los instrumentos esenciales del equilibrio constitucional existente entre los diversos poderes y que resulta característico y propio de todo sistema democrático (1). Este hecho determina, por sí solo, que la aprobación anual de dicha Ley por parte de nuestras Cortes regionales represente una de las manifestaciones de mayor trascendencia en lo que a la esfera legislativa concierne.

La referida trascendencia aparece confirmada, como también nos hemos ocupado de resaltar en comentarios precedentes, por un *doble motivo o razón adicional*: en primer término, porque la Ley en cuestión constituye —según una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional— uno de los principales aspectos en que se refleja el contenido mínimo e inderogable de la autonomía financiera de toda Comunidad Autónoma (2); y en segundo lugar, porque dicha Ley constituye el instrumento básico de ordenación eco-

---

(1) Dicha afirmación aparece expresamente recogida en el texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1994.

(2) Sentencias de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 17 de octubre y 20 de diciembre de 1988.

nómica y la norma que actúa como vehículo de orientación y dirección del conjunto de la actividad financiera de nuestra Comunidad para un periodo anual concreto.

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, debemos precisar, como en ocasiones anteriores, que el objetivo perseguido a lo largo del presente trabajo no es otro que efectuar el examen del contenido que presentan los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2008. A estos efectos, procederemos a mantener un esquema expositivo idéntico al de ejercicios precedentes, llevando a cabo, en consecuencia, un análisis comparativo respecto de los Presupuestos del ejercicio 2007.

No obstante, y antes de iniciar dicho cometido, entendemos que es preciso resaltar una serie de aspectos que, sin lugar a duda, presentan una importancia indiscutible en lo que a la materia presupuestaria concierne, siendo el primero de ellos la aprobación, el pasado año, del actual Estatuto de Autonomía de Aragón a través de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (3). Dicha norma, en la línea del Estatuto primigenio, no introduce —salvo alguna excepción a la que en su momento se aludirá— grandes modificaciones respecto de este último, limitándose a efectuar, en sus artículos 111 y 112, una mención a la distribución de competencias en esta materia, a determinados principios presupuestarios, al mecanismo de la prórroga presupuestaria, a la fecha de presentación del presupuesto ante las Cortes de Aragón, así como a la Cámara de Cuentas de Aragón (4).

En segundo lugar, debe destacarse, asimismo, la modificación operada, a través del Decreto de 6 de julio de 2007, de la Presidencia del Gobierno de Aragón (5), en el ámbito de la organización de la Administración de nuestra Comunidad Autónoma, en virtud de la cual se han redistribuido diferentes competencias entre los diversos Departamentos del referido Gobierno, algunos de los cuales son, incluso, de nueva creación, circunstancia ésta que dificulta el análisis comparativo que se pretende realizar respecto de los Presupuestos del año 2007 y que, como es obvio, obliga a que el mismo sea, en algunos casos, meramente aproximativo.

Por último, y a imagen y semejanza de lo sucedido a lo largo de los últimos ejercicios presupuestarios, debe resaltarse el hecho de que tampoco

---

(3) BOE nº 97, de 23 de abril.

(4) Ello resulta comprensible, dado que el referido Estatuto no es, por razones evidentes, la norma más apropiada para llevar a cabo un desarrollo pormenorizado de la regulación y del régimen jurídico aplicable a la institución del Presupuesto.

(5) BOA nº 81, de 9 de julio.

en el supuesto que ocupa nuestra atención en estas líneas haya sido necesario hacer uso del mecanismo de la prórroga presupuestaria, al haberse aprobado los Presupuestos del año en curso a través de la Ley 7/2007, de 29 de diciembre (6).

## **II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2008**

Como viene siendo tradición desde el año 1983, los Presupuestos de nuestra Comunidad Autónoma para el ejercicio 2008 presentan una estructura prácticamente idéntica a la de otros Entes territoriales, como las Entidades Locales o el Estado, pudiendo diferenciarse, dentro de aquéllos, un *doble contenido*: por un lado, el referente a los *estados financieros* —distinguiéndose, dentro de los mismos, las partidas de gastos (obligaciones a reconocer) y de ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otro, el relativo a la *parte dispositiva o articulado* (7).

Procediendo de manera idéntica a la seguida en años precedentes, el examen de la Ley de Presupuestos de Aragón para el año 2008 se llevará a término realizando, en un primer momento, un análisis pormenorizado de los estados financieros de gastos e ingresos, para abordar, en un instante ulterior, el estudio de las diversas previsiones normativas recogidas en el articulado de aquélla.

### **1. Los estados financieros**

#### **A) El estado de gastos**

El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2008 contempla unos créditos iniciales por importe de 5.567.924 miles de euros, lo que, en comparación con los Presupuestos del año anterior (5.162.808 miles), supone un incremento absoluto de 405.116 miles y porcentual del 7,8% (aumento éste muy similar al ya experimentado en 2007). Dicha cantidad constituye, una vez más, la mayor de todas las presupuesta-

---

(6) BOA nº 154, de 31 de diciembre.

(7) Las normas relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2008 aparecen recogidas en la Orden del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de 25 de julio de 2007 (BOA nº 90, de 30 de julio).

das en la historia de nuestra Comunidad, lo que reafirma de nuevo la incuestionable tendencia expansiva manifestada a nivel presupuestario (8).

Los referidos créditos aparecen agrupados de conformidad con las diferentes clasificaciones mencionadas en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Aragonesa (9), lo cual permite poner de manifiesto, desde la perspectiva presupuestaria, *quién o qué órgano concreto realiza un concreto gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —esto es, cuál es la naturaleza del gasto— (clasificación económica) —y *para qué se gasta* —es decir, la naturaleza de la actividad a la que se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). A este respecto, el análisis del estado de gastos del Presupuesto para el año 2008 quedará limitado a la perspectiva que del mismo nos facilitan las ya referidas clasificaciones orgánica y económica (10).

Iniciando dicho análisis por lo que respecta a la *clasificación orgánica*, la primera idea que debe ser resaltada es el incremento que cabe apreciar en los créditos para gastos destinados a la mayoría de los Departamentos. Dicha pauta presenta, empero, algunas excepciones, pues determinados Departamentos y Órganos Superiores de la Comunidad experimentan un descenso en tales créditos, algunos de los cuales responden, sin duda alguna, a la reestructuración departamental a la que se ha hecho referencia en el epígrafe introductorio.

Este es el caso del Departamento de Presidencia del Gobierno (en 2007, Presidencia de la DGA), el cual ve disminuidos sus créditos en una cuantía de 4.725 miles de euros, lo que representa una minoración de casi un 50% respecto del ejercicio precedente; y lo mismo puede señalarse acerca del Departamento de Presidencia (en 2007, Presidencia y Relaciones Institucionales), el cual ve reducida la cuantía global de sus créditos en 72.436 miles de euros, lo que supone, en términos porcentuales, un descenso del 40% en relación al anterior ejercicio.

Junto a los ya citados, y aunque por motivos distintos a los aludidos dos párrafos más atrás, también se observa una disminución en el monto de los créditos para gastos de las Secciones correspondientes a las Cortes de Ara-

---

(8) Así, conviene recordar nuevamente cómo de los 17.615 miles presupuestados para el ejercicio de 1983, se pasó, en cinco años, a unos créditos presupuestados de 319.738 miles, alcanzando ya dichos créditos, en el ejercicio de 1998, una cuantía de 1.425.799 miles, cantidad esta última que casi constituye la cuarta parte de la prevista para el presente ejercicio.

(9) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

(10) Dichas clasificaciones se encuentran recogidas en el Anexo respectivo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

gón —2.134 miles menos (8,2%)—, Economía, Hacienda y Empleo —5.123 miles menos (2,6%)—, así como la relativa a las Administraciones Comarcales, la cual únicamente experimenta una mínima rebaja de 22 miles de euros, lo cual supone un inapreciable descenso del 0,03% respecto del Presupuesto de 2007.

Por su parte, y en lo que atañe a los Departamentos que ven incrementados los referidos créditos para gastos en términos cuantitativos, destacan, al igual que en el año anterior, el de Salud y Consumo, con 110.604 miles más (lo que supone un aumento del 6,7% en relación con los Presupuestos del año 2007), el de Educación, Cultura y Deporte, con 61.615 miles más (lo que representa un incremento de un 7,20% respecto del ejercicio precedente) y el de Servicios Sociales y Familia, con 45.457 miles más, experimentando con ello un aumento en sus dotaciones de un 20%. A los mencionados se une también el incremento habido en la Sección de «Diversos Departamentos» con 51.223 miles más, lo que supone un ascenso del 10% en sus créditos para gastos.

Asimismo, pero ya con unos aumentos en sus dotaciones de menor importe en términos absolutos, se encuentran, como viene siendo habitual, los Departamentos de Ciencia, Tecnología y Universidad, con 26.376 miles más (13%), Agricultura y Alimentación —13.215 miles más (1,7%)—, Obras Públicas, Urbanismo y Transportes —10.796 miles más (5,5%)—, Industria, Comercio y Turismo —7.598 miles más (6,6%)— y Medio Ambiente —9.069 miles más (5,2%)—.

Por último, entre los Departamentos que experimentan, a nivel cuantitativo, un menor ascenso en sus créditos para gastos, se encuentran los relativos al Consejo Económico y Social —157 miles más (23,3%)— y la Comisión Jurídica Asesora —103 miles más—, lo que supone sendos —e importantes— incrementos porcentuales del 23,3% y del 30%, respectivamente.

Siguiendo con el análisis de la clasificación orgánica, y al igual que en ejercicios precedentes, es el Departamento de Salud y Consumo el que presenta, en el conjunto del Presupuesto de gastos, un mayor volumen, con 1.749.076 miles. Junto a la anterior, y en la misma línea indicada, son también las Secciones relativas a Educación, Cultura y Deporte (917.715 miles), Agricultura y Alimentación (770.315 miles) y «Gastos de Diversos Departamentos» (565.420 miles) las de mayor cuantía desde la mencionada perspectiva, representando todas ellas, en términos aproximados y globalmente consideradas, el 75% del Presupuesto correspondiente al presente ejercicio.

Por su parte, y en lo que atañe a aquellos Departamentos que se ubican en un nivel intermedio de importancia desde el punto de vista del importe total

de sus créditos para gastos, cabe citar a los de Servicios Sociales y Familia (268.749 miles), Ciencia, Tecnología y Universidad (226.551), Obras Públicas, Urbanismo y Transporte (206.696 miles), Medio Ambiente (191.746 miles), Economía, Hacienda y Empleo (191.517 miles), Industria, Comercio y Turismo (121.632 miles) y «Administraciones Comarcales» (62.742 miles); a los anteriores se unen, además, dos Departamentos que no figuraban como tales en los Presupuestos del ejercicio 2007 y que son fruto de la reestructuración departamental ya mencionada en su momento: el de Política Territorial, Justicia e Interior (151.113 miles) (11) y el de Presidencia (108.357 miles). Ambas cantidades, junto a las del resto de los Departamentos mencionados en el presente párrafo, representan, de modo aproximado, un 24,5% del total del Presupuesto.

Por último, y ya entre las Secciones de menor peso cuantitativo desde el punto de vista presupuestario, se encuentran las relativas a las Cortes de Aragón (23.777 miles), Presidencia del Gobierno (4.947 miles), Consejo Económico y Social de Aragón (829 miles) y Comisión Jurídica Asesora (447 miles). A las anteriores se suma, con carácter novedoso desde el presente ejercicio, la correspondiente a Vicepresidencia del Gobierno, con unos créditos totales para gastos que ascienden a 6.286 miles de euros.

Del modo expuesto a lo largo de las líneas precedentes se desglosan, desde la perspectiva de la clasificación orgánica, los 5.567.924 miles de euros previstos en el estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad de Aragón para el ejercicio 2008, los cuales, como es de sobra conocido, se destinan al cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por cada uno de los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad a los que se acaba de hacer alusión. Efectuado lo anterior, procederemos a continuación a la exposición del estado de gastos de los referidos Presupuestos atendiendo a la *clasificación económica*.

De acuerdo con dicha clasificación, los créditos recogidos en los Presupuestos del presente ejercicio se agrupan, siguiendo el esquema de años precedentes, en dos grandes apartados o secciones: la relativa a las Operaciones Corrientes (Capítulos I a IV) y la referente a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos VI a IX). A este respecto, y como viene siendo habi-

---

(11) En relación a dicho Departamento, debe recordarse que el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia aparece regulado en el Real Decreto 1702/2007, de 14 de diciembre (B.O.E. nº 313, de 31 de diciembre).



tual, resulta destacable el hecho de que los créditos atribuidos al primer tipo de Operaciones (4.210.272 miles) supere, en más del triple, al monto total de los créditos destinados a las segundas (1.357.652 miles) (12).

Comenzando nuestro examen de acuerdo con la clasificación mencionada, el primer dato que ha de ponerse de manifiesto es el incremento experimentado por la mayoría de los Capítulos que integran aquélla. En concreto, y entre los Capítulos de mayor crecimiento en términos globales, destacan, de modo especial, los relativos a Gastos de Personal, Transferencias Corrientes y Bienes Corrientes y Servicios, los cuales han visto aumentadas sus dotaciones en relación al Presupuesto precedente en 220.597, 94.339 y 79.898 miles, respectivamente, lo que implica, en términos porcentuales, sendos incrementos del 12,7%, 6,6% y 13,1%.

Junto a los anteriores, también reflejan un aumento en el monto total de sus partidas —aunque ya de cuantía muy inferior— los Capítulos de Transferencias de Capital (38.276 miles más) e Inversiones Reales (7.642 miles más), cifras éstas que, en comparación con las previstas en los Presupuestos del año 2007, suponen sendos aumentos relativos del 4% y 1,25%, respectivamente.

Por lo demás, y ya entre los Capítulos de la clasificación económica de gastos que ven minorado el importe de sus créditos, se sitúan los relativos a Activos Financieros (8.776 miles menos), Gastos Financieros (1.692 miles menos) y Pasivos Financieros (710 miles menos), descensos éstos que, cuantificados en términos relativos, suponen, respectivamente, sendas disminuciones porcentuales del 4%, 1,25% y 0,4%.

Por otra parte, el análisis del estado de gastos del Presupuesto para el ejercicio 2008 desde la óptica de la clasificación ahora examinada revela que continúan siendo los Capítulos de Gastos de Personal (1.949.735 miles) y Transferencias Corrientes (1.509.309 miles) los que mayor peso presentan en términos globales. A los dos Capítulos citados les siguen, como viene siendo pauta habitual, los relativos a Bienes Corrientes y Servicios (658.723 miles), Transferencias de Capital (633.950 miles) e Inversiones Reales (596.682 miles), integrando todos los mencionados hasta este instante el núcleo central del Presupuesto de gastos, al representar, de modo aproximado, el 95% del mismo.

Por último, a los Capítulos anteriormente aludidos se unen, si bien con un importe económico muy inferior al establecido para aquéllos, los referen-

---

(12) En este mismo sentido, basta señalar, como ejemplo, el hecho de que los Presupuestos para el ejercicio 2003 destinaban a las Operaciones Corrientes unos créditos totales de 2.868.013 miles, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras a 831.609 miles.

tes a Pasivos Financieros (82.043 miles), Gastos Financieros (65.504 miles), así como el atinente a Activos Financieros (44.975 miles).

Con la mención precedente finaliza el desglose de los créditos recogidos en el estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2008 desde la perspectiva de la clasificación económica, dando así por concluido el estudio de los estados financieros en lo que concierne, en exclusiva, a su vertiente de gastos. Una vez realizado dicho examen, procederemos, en las líneas sucesivas, al análisis del estado de ingresos de dichos Presupuestos, concretando de este modo las diversas fuentes de financiación de los gastos examinados hasta el instante.

## **B) El estado de ingresos**

El estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el presente ejercicio asciende, con carácter meramente aproximativo, a la cantidad de 5.567.924 miles de euros, de los cuales 5.148.437 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el mencionado ejercicio mientras que los restantes 122.110 miles representan el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que, en su caso, se contraigan por la referida Comunidad. La primera de tales cantidades coincide con la prevista en el estado de gastos del susodicho Presupuesto, presentándose de este modo unos Presupuestos formalmente equilibrados (13).

Si nos adentramos en el análisis de los mencionados ingresos desde la perspectiva de la *clasificación económica*, se observa que los mismos aparecen estructurados en una *doble categoría*: la referente a los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y la relativa a los Ingresos de Capital y Financieros (Capítulos VI a IX). En los Presupuestos para el año 2008, el monto total de los Ingresos citados en primer lugar es de 5.052.955 de euros, cuantía ésta que, como viene siendo habitual, supera con gran holgura (casi diez veces más) el importe global de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales se elevan a 514.968 miles.

En lo que concierne a la categoría de los Ingresos Corrientes, el primer dato que debe ponerse de relieve es el aumento generalizado que tiene lugar en todos sus Capítulos en relación a los Presupuestos del año 2007, resul-

---

(13) La necesidad de que el Presupuesto de nuestra Comunidad aparezca equilibrado se encuentra expresamente recogida en el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, sin que el actual Estatuto de Autonomía Aragonés recoja entre sus preceptos una previsión de idéntico tenor.

tando a estos efectos especialmente destacables los incrementos que tienen lugar en los Capítulos de Transferencias Corrientes (244.616 miles más), Impuestos Directos (122.719 miles más) e Impuestos Indirectos (48.517 miles más), lo que supone sendos aumentos porcentuales del 13,1%, 13,5% y 3%, respectivamente. Junto a los anteriores, y aunque en un importe considerablemente inferior en términos absolutos, también incrementan su cuantía los Capítulos de Tasas y Otros Ingresos (3.409 miles más) y de Ingresos Patrimoniales (2.026 miles más), lo que, en términos relativos, implica un ascenso del 2% en el primer caso y del 0,7% en el segundo.

Por otra parte, y ya en lo que atañe a la categoría de los Ingresos de Capital y Financieros, el dato más significativo es que ninguno de los Capítulos que la integran ve incrementada su cuantía en comparación con el año precedente, siendo el Capítulo de Enajenación de Inversiones Reales el único que iguala su monto económico, al no experimentar variación alguna respecto del año 2007. Junto a ello, descienden, en términos cuantitativos, los Capítulos de Pasivos Financieros (8.895 miles menos), Transferencias de Capital (6.685 miles menos) y Activos Financieros (591 miles menos), lo que representa, respectivamente y en términos de porcentaje, una disminución del 6,8%, 2% y 10,7% en relación al anterior ejercicio presupuestario.

Una vez llevado a cabo el análisis comparativo plasmado en los párrafos precedentes, y procediendo ya al examen individualizado del estado de ingresos Presupuesto de nuestra Comunidad, se advierte de inmediato cómo los diversos gastos en los que la misma incurre se encuentran financiados, en un porcentaje aproximado al 95%, a través de las *cuatro siguientes fuentes*: Transferencias Corrientes efectuadas por otros Entes públicos y ciertos Organismos Autónomos (2.106.711 miles), Impuestos Indirectos (1.709.357 miles), Impuestos Directos (1.035.886 miles) y Transferencias de Capital (355.949 miles).

Junto a los mencionados en el párrafo precedente, y manteniendo la pauta seguida en el conjunto de los anteriores Presupuestos, en un nivel intermedio atendiendo a la cuantía de los ingresos consignados en los mismos se ubican los Capítulos de Tasas y otros Ingresos (174.644 miles) y de Pasivos Financieros —operaciones crediticias y de endeudamiento— (122.110 miles).

Por último, y ya entre aquellos Capítulos del estado de ingresos de los Presupuestos que reflejan una menor dotación económica en términos absolutos, se encuentran los relativos a Enajenación de Inversiones Reales (32.000 miles), Ingresos Patrimoniales (6.355 miles) y el de Activos Financieros (4.908 miles), cantidades todas ellas que, en su conjunto, representan poco más del 0,8% de los ingresos previstos para el presente ejercicio.

Con la mención al origen y cuantía de los diferentes ingresos que conforman el estado respectivo de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2008 finaliza el examen de estos últimos en lo que hace referencia a sus estados financieros. No obstante, sabido es, ello no agota el estudio de aquéllos, en la medida en que nos encontramos, asimismo, en presencia de una Ley, de una norma jurídica plena, por la que resulta de todo punto imprescindible, para lograr un adecuado entendimiento de su significado y efectos, detenerse en el análisis de las distintas previsiones recogidas en su articulado, las cuales se ocupan de disciplinar el destino y límites de los créditos recogidos en el estado de gastos, a la par que regulan y legitiman la obtención de determinados ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento).

## **2. La parte dispositiva o articulado**

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2008 aparece integrada por 35 artículos —distribuidos a lo largo de siete Títulos—, 23 Disposiciones Adicionales, 8 Disposiciones Transitorias y una Disposición Final. A este respecto, es importante señalar que, dejando a un lado alguna novedad puntual digna de mención (a la que de inmediato se aludirá), dicha parte dispositiva mantiene, en términos generales, idéntico contenido al de ejercicio precedentes, no presentando, en consecuencia, grandes modificaciones respecto de anteriores Leyes de Presupuestos.

En este sentido, el Título primero de la Ley de Presupuestos «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 y 2), tras señalar —y aprobar—, en su artículo 1, el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de nuestra Comunidad Autónoma, recoge como novedad, en su artículo 2, el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondiente a los tributos cedidos, cifra ésta que tiene un carácter meramente informativo y que se eleva, en el presente ejercicio, a la cantidad de 149 millones de euros (14). De este modo, se da cumplimiento a lo dispuesto en este punto en los artículos 21.1 de la L.O.F.C.A. (15) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (16).

---

(14) De los cuales 82 millones corresponden al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y 67 al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

(15) A cuyo tenor: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(16) De conformidad con el cual: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de

Una vez efectuado lo anterior, el Título segundo de la referida Ley —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 3 a 11)— establece el régimen aplicable a los créditos presupuestarios recogidos en el estado financiero de gastos, así como también las posibles alteraciones que, en relación a los mismos, pueden llegar a producirse durante el ejercicio.

En concreto, el artículo 3.1 de dicho Texto legal se ocupa de recordar el carácter *limitativo y vinculante* de los créditos autorizados en los respectivos programas de gasto en lo que concierne a las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Esta previsión se ve complementada de inmediato en lo atinente a la clasificación económica, indicando el artículo 3.2 de aquél la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a cada uno de los diversos Capítulos que conforman la referida clasificación.

No obstante lo anterior, dicho carácter limitativo resulta excepcionado por el artículo 5.1 de la Ley de Presupuestos del presente ejercicio, el cual, partiendo de la autorización contenida en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, relaciona un conjunto de créditos del estado de gastos a los que se confiere la condición de ampliables (17). A este respecto, y de acuerdo con el artículo 5.2 de la referida Ley de Presupuestos, la financiación de tales créditos se efectuará mediante el recurso a alguno de los tres siguientes mecanismos: como norma general, a través de la baja en otros créditos para gastos y, ya de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de crédito que tengan la adecuada cobertura.

Además de los supuestos a los que se acaba de hacer mención, el carácter vinculante de los créditos para gastos se ve asimismo excepcionado por la previsión establecida en el artículo 6 de la Ley de Presupuestos, en virtud de la cual se otorga al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la facultad de acordar la realización de las transferencias de créditos previstas en el mismo a los solos efectos de ajustar tales créditos a la verdadera naturaleza

---

los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(17) Entre tales créditos se incluyen, a título de ejemplo y de forma similar a anteriores Leyes de Presupuestos, aquéllos cuya cuantía se module por la recaudación proveniente de tributos, exacciones parafiscales o precios, los destinados a retribuciones del personal en determinadas circunstancias (p.e., liquidación de atrasos), los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento o los destinados al pago de obligaciones derivadas de insolvencias por operaciones avaladas por el Gobierno de Aragón o los destinados a la financiación de la Exposición Internacional Zaragoza 2008.

del gasto a realizar (18). En cualquier caso, dicho precepto advierte —de modo plenamente lógico— que la autorización de las referidas modificaciones presupuestarias se encuentra supeditada tanto a la evolución de los recursos que financian el presupuesto, como al adecuado cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria (19).

Junto a las precisiones indicadas en los párrafos precedentes en torno al carácter limitativo y vinculante de los créditos del estado de gastos, el artículo 4 de la Ley de Presupuestos para el 2008 se ocupa de fijar los criterios de imputación temporal de los gastos, indicando, en un primer instante, que con cargo a los respectivos créditos sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general realizados en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario, previsión ésta que, no obstante, se ve excepcionada en determinados supuestos tasados.

En este sentido, el apartado segundo del precepto arriba mencionado permite, al igual que en ejercicios precedentes, imputar los créditos del Presupuesto vigente al pago de las obligaciones derivadas de cualquiera de las tres siguientes causas: a) reconocimiento y liquidación de atrasos por retribuciones o indemnizaciones a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma; b) compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, previa autorización del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo; o c) gastos derivados de compromisos adquiridos en ejercicios precedentes en los que se ha omitido el trámite de fiscalización cuando éste sea preceptivo, previa convalidación de los mismos por el Gobierno de Aragón.

Junto a las hipótesis anteriores, el apartado tercero del referido precepto prevé asimismo la posibilidad de imputar a los Presupuestos del ejercicio 2008 aquellas obligaciones derivadas de la amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, el pago anticipado de las subvenciones otorgadas

---

(18) Entre dichas transferencias se encuentran aquéllas que se estimen precisas para lograr un mejor cumplimiento de los objetivos fijados en los programas «Fomento del empleo», «Fomento industrial» y «Ordenación y promoción comercial».

(19) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en la Ley Orgánica complementaria a la misma, así como también en el artículo 21.1 de la LOFCA. En concreto, y de conformidad con el artículo 3.2 y la Exposición de Motivos de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, se entiende por tal estabilidad «la situación de equilibrio o superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones públicas».

para subsidiar puntos de interés o las correspondientes a adquisiciones por precio aplazado de bienes inmuebles y bienes muebles de naturaleza artística cuyo importe sea superior a 620.000 euros.

Por su parte, es el artículo 7 de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario el que, partiendo de la autorización contenida en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, regula la posibilidad de que se incorporen al ejercicio actual los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, la cual deberá efectuarse de forma excepcional y, en todo caso, condicionada a la existencia de la pertinente cobertura financiera debidamente acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

Por lo demás, el artículo 10 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2008 prevé la posibilidad de que, a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, puedan efectuarse, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, los correspondientes ajustes en los estados financieros cuando la previsión de los recursos destinados a la financiación y cobertura de ciertos créditos para gastos sea inferior a la prevista en un instante inicial o bien cuando proceda legalmente. Asimismo, se autoriza al citado Consejero, de una parte, para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación y, de otra, para adoptar cualquier medida que considere apropiada para asegurar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria (20).

Como de inmediato se deduce de las anteriores previsiones, diversos preceptos contenidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos hoy un vigor confieren, bien al Gobierno autonómico, bien al Consejero competente en materia de Hacienda, importantes facultades en lo que hace referencia a la gestión de ciertos créditos presupuestarios. Tales facultades que, como ya ha sido puesto de relieve con anterioridad, aparecen expresamente previstas en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, implican que serán el órgano de Gobierno de la misma o, incluso, el referido Consejero quienes, en un buen número de situaciones, determinen cuál va a ser la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos.

Atendiendo a lo anterior, resulta de todo punto coherente que la Ley de Presupuestos para 2008 —siguiendo la pauta habitual— concluya el Título

---

(20) Véase la nota número 19.

relativo a «LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» recogiendo, en su artículo 11, una importante cautela a este respecto, al exigir que toda modificación de dichos créditos deberá recogerse en un expediente en el que se expresen las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que como consecuencia de aquélla puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

Junto a la exigencia precedente, y con carácter adicional, el apartado tercero de dicho artículo obliga a remitir a las Cortes de Aragón, con periodicidad mensual, las resoluciones referentes a las modificaciones presupuestarias antes indicadas que tengan lugar en dicho periodo temporal, indicando expresamente, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el proyecto de gasto, la cuantía de la modificación, la autoridad que los aprueba y normativa en la cual se apoya y su fecha de aprobación. De este modo, se mantienen inalterables, un año más, los diferentes requisitos de información que deben cumplimentarse en relación al órgano legislativo con ocasión de las operaciones anteriormente citadas.

El Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2008, bajo la denominación «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 12 a 14), da cabida a un conjunto de previsiones cuyo fin último se centra en evitar, en la medida de lo posible, la aparición de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas aquellas que conllevan repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

En este sentido, el artículo 12 de dicha Ley, siguiendo la línea de anteriores ejercicios, establece que todo Proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento de gasto en el ejercicio 2008, así como en cualquier otro posterior, debe incluir una memoria económica en la que se pongan de relieve las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (21). Dicha exigencia afecta igualmente a toda propuesta de acuerdo o

---

(21) A este respecto, es importante recordar que el artículo 6.2 de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria —precepto que tiene la condición de *básico*— establece que «Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de los sujetos a los que se refiere el artículo 2 de la presente Ley (entre los que se incluyen las Comunidades Autónomas y los entes y organismos públicos dependientes de aquéllas), deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria».



resolución, quedando condicionada la efectividad de los mismos a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada de acuerdo con los programas de gasto cuya gestión le corresponde.

Por su parte, y en lo que hace referencia a los gastos de carácter plurianual, el artículo 14 de la Ley de Presupuestos otorga al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la competencia para acordar la autorización de este tipo de gastos en los supuestos a los que se refiere el artículo 41.2, letras b) y e), del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (22), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades y salvo que afecten a gastos por operaciones de capital, correspondiendo dicha competencia al Gobierno de Aragón en los restantes supuestos contemplados en el último precepto citado.

Junto a dichas medidas, y persiguiendo también la finalidad puesta de relieve tres párrafos más atrás, el artículo 13 de la Ley de Presupuestos atribuye al referido Consejero la facultad de acordar las oportunas retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados hasta el momento en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad, situación ésta que únicamente se exceptiona —con toda lógica— en aquellos supuestos en que tales retenciones puedan llegar a afectar a intereses sociales relevantes.

Como de inmediato se comprueba, las previsiones contenidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio proceden a otorgar a diversos entes de la Administración autonómica (bien el Gobierno, bien el Consejero competente en materia de Hacienda) importantes facultades en sede presupuestaria, circunstancia ésta que, nuevamente, resulta reflejada en lo que concierne a aquellos créditos que amparan proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista, dado que en estas situaciones el artículo 13 de la referida Ley otorga al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la facultad de autorizar aquellas modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para permitir la adecuada justificación y gestión de tales fondos.

El Título cuarto de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2008 aparece dedicado a la regulación de la materia referente a «LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 15 a 28).

---

(22) Dichos supuestos son aquéllos en que los referidos gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año o que este plazo resulte más gravoso o bien operaciones de endeudamiento.

Como viene siendo habitual, el referido Título se ocupa de disciplinar el régimen retributivo aplicable, de una parte, a los diversos miembros del Gobierno regional, así como otros cargos públicos de similar naturaleza y, de otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2008, sin que el contenido de las previsiones recogidas en dicho Título vaya a ser examinado con detalle en este comentario al tratarse de una cuestión que sobrepasa los límites del mismo.

De ahí que por ello únicamente nos limitaremos a destacar, una vez más, el dato de que las retribuciones previstas para el presente ejercicio experimentan, en relación a las del año 2007, idéntica variación a la establecida, a este respecto, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, previsión que, como se encarga de reconocer de modo expreso el artículo 15.1 de la Ley de Presupuestos Autonómica, viene a enmarcarse en las bases de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

El Título quinto de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2008 lleva como título «DE LA PROMOCION Y DESARROLLO ECONOMICO» (artículo 29), ocupándose de regular, como es habitual, el Programa presupuestario de idéntico nombre (programa 612.2), el cual tiene como objetivo promover el desarrollo económico y paliar los desequilibrios económicos existentes en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma mediante la realización de actuaciones inversoras y de fomento en áreas infradotadas (23).

Persiguiendo la finalidad indicada se destinan a dicho Programa créditos por importe de 97.267.441 euros, cuantía que podrá ser incrementada mediante las modificaciones presupuestarias que procedan. Más en concreto, de la referida cuantía 60.000.000 de euros son asignados, de modo específico, al Plan especial para la provincia de Teruel, debiendo destinarse los mismos a la financiación de proyectos de inversión que promuevan directa o indirectamente la generación de renta y riqueza en la citada provincia; en cuanto a la cantidad restante, la misma debe dirigirse a la promoción de otras actuaciones relacionadas con el referido programa y que se desarrollen en el territorio de la Comunidad. En cualquier caso, y de acuerdo con el artículo 27.4

---

(23) Dicha previsión entronca, de modo directo, con la prevista en el Artículo 20, letra c), del Estatuto de Autonomía de Aragón, en cuya virtud: «Corresponde a los poderes públicos aragoneses, sin perjuicio de la acción estatal y dentro del ámbito de sus respectivas competencias: (...) c) Promover la corrección de los desequilibrios económicos, sociales y culturales entre los diferentes territorios de Aragón, fomentando su mutua solidaridad».

de la Ley de Presupuestos, el Gobierno de Aragón deberá tratar que la realización de las actuaciones mencionadas en el párrafo precedente sean ejecutadas con cofinanciación de otras Administraciones.

Por lo demás, y ya en lo que atañe a la gestión del presente Programa, el artículo 29.5 de la referida Ley impone al Gobierno de Aragón la obligación de informar cada trimestre a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón acerca del grado de ejecución y el destino específico de los créditos incluidos en el mismo, con indicación del destinatario e importe de las cantidades que se asignan y el objeto del proyecto financiado.

El Título sexto de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio, bajo la rúbrica de «TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES» (artículos 30 y 31), constituye una de las manifestaciones de la coordinación financiera que tiene lugar entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones de otros entes territoriales de nuestra Comunidad.

A este respecto, el artículo 30 de la citada Ley viene a recoger los criterios a través de los cuales se gestiona el Fondo Local de Aragón, el cual, como es bien sabido, se encuentra constituido por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón que se incluyen en los Presupuestos de dicha Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquéllas. Dicho Fondo —que aparece desglosado en el Anexo I de la Ley de Presupuestos— aparece compuesto por programas específicos referentes a tales Entidades, así como por determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida).

En lo que concierne a la gestión del Fondo Local, y al igual que sucedía con los créditos para gastos contemplados en el Programa de Promoción y Desarrollo económico, también en relación a aquél se establece la obligación que incumbe al Gobierno de Aragón de informar, con una periodicidad trimestral, a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón acerca del grado de ejecución y destino específico de los créditos incluidos en el referido Fondo, debiendo indicarse su importe y destinatario, así como la actividad concreta que se apoya y la operación que se financia (artículo 30.5 de la Ley de Presupuestos).

Por su parte, el artículo 31 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2008 hace referencia a los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen asimismo desglosados en el Anexo I de dicho Texto Legal. Más en concreto, el Programa de Política Territorial —concebido como instrumento multisectorial de ordenación del territorio— incluye un conjunto de dotaciones cuyo fin u objetivo esencial es conseguir la

adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas bien mediante actuaciones de la propia Administración autonómica, bien mediante medidas de fomento a través de entidades públicas o privadas.

El Título séptimo de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2008, bajo la mención «DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 32 a 35), establece el régimen al que se encuentran sujetas las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga la Comunidad Autónoma, así como el de los avales que ésta conceda a lo largo de aquél.

En lo que atañe al presente ejercicio, el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias autorizadas al Gobierno de Aragón es de 119.623.410 euros. A estos efectos, y como viene siendo tradicional, la contracción del endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. En cualquier caso, y con independencia de su modalidad, las referidas operaciones de endeudamiento deberán ajustarse en todo momento, en lo que a sus características y requisitos se refiere, a lo previsto en la normativa vigente en la materia (24).

Junto a las operaciones a las que se acaba de aludir, el Gobierno de Aragón —a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo— se encuentra autorizado asimismo en un *dobles sentido*: en primer lugar, para proceder a la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el exclusivo objeto de lograr una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros; y, en segundo término, para la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad siempre que no comporten un incremento de la deuda viva autorizada.

---

(24) En relación a esta cuestión, recuérdese que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la LOFCA. A este respecto, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero del mencionado precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el precitado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Dicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constata que esta última ha incumplido el susodicho principio de estabilidad presupuestaria.

Por lo demás, el artículo 33 de la Ley de Presupuestos contempla también la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. Así, en el caso de que las mismas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, requisito que también se exige respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año cuando su importe, individual o en conjunto, sea superior a un millón de euros a lo largo del ejercicio. En todo caso, y cualquiera que sea la modalidad de endeudamiento adoptada, el Gobierno de Aragón deberá comunicar trimestralmente la realización de las referidas operaciones a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón.

Junto a lo anterior, y ya en lo que hace referencia al otorgamiento de avales públicos (artículo 34), es también el Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, quien ostenta la competencia para su concesión, pudiendo prestarse a empresas radicadas en Aragón, con prioridad para las PYMES, respecto de las operaciones concertadas por las mismas con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. El importe total de los citados avales no puede rebasar, al igual que en el ejercicio precedente, la cantidad de 30.000.000 euros, exigiendo su otorgamiento la previa autorización de la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón en aquellos casos en que cada uno de los avales propuestos supere la cantidad 600.000 euros.

La concesión del aval aparece supeditada, como viene siendo habitual, al cumplimiento de determinados requisitos: en este sentido, si aquél es otorgado a particulares o empresas privadas, deberá acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la propia Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social. Igualmente, deberá también acreditarse que no han sido sancionadas, mediante sanción firme, por la autoridad laboral competente por infracciones graves o muy graves y que se ha cumplido la normativa vigente en materia de residuos, debiendo presentar aquéllas, asimismo, sus estados económicos-financieros con el fin de poder estimar su viabilidad.

Con la mención a los avales, damos por finalizado el análisis del contenido que presentan los diversos Títulos que integran la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2008. Una vez efectuado lo anterior, únicamente resta efectuar un breve apunte en torno a *tres cuestiones específicas* que presentan, sin duda, una especial trascendencia y cuya regulación aparece reco-

gida en sede de las Disposiciones Adicionales: 1) las tarifas y componentes fijos del Canon de Saneamiento; 2) el establecimiento y determinación de la normativa a la que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad; y 3) el establecimiento de diversos criterios de gestión de ciertos créditos presupuestarios.

En lo que concierne a la primera de las cuestiones arriba indicadas, es la Disposición Adicional 20ª de la Ley de Presupuestos la que, con base en lo previsto en la Ley de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (25), procede a establecer los componentes fijos de la tarifa y el tipo aplicable del Canon de Saneamiento. A este respecto, es importante destacar que dicha Disposición distingue entre la tarifa general del mismo y la tarifa específica aplicable al Municipio de Zaragoza, resultando esta última inferior a la general en atención al esfuerzo inversor realizado por dicho Ayuntamiento en la construcción de infraestructuras de saneamiento y depuración, estableciéndose, además, una bonificación del 100% del citado canon durante el ejercicio de 2008 para los usos domésticos e industriales que tengan lugar en dicho Municipio (26).

Por su parte, y en lo atinente al régimen de las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 6ª), se recoge nuevamente la exigencia de que el solicitante de aquéllas deberá acreditar la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social [salvo cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas (27)], así como el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos y el no haber sido objeto de sanción por la autoridad laboral competente.

Junto a lo anterior, se prevé asimismo que la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la previa autorización del Gobierno de Aragón, proceder que también se aplica en el supuesto contrario, es decir, cuando tras

---

(25) Ley 6/2001, de 17 de mayo (art. 58.1).

(26) El referido «esfuerzo inversor» aparece también reconocido en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, cuya redacción actual indica que el mismo «será compensado por la diferencia entre el tipo general del canon aplicable y la tasa de saneamiento y depuración aplicables en dicho municipio hasta que finalice la total compensación». Dicha redacción es fruto de la reforma operada en la Ley antes citada por la Ley 9/2008, de 29 de diciembre (BOA nº 154, de 31 de diciembre).

(27) Como, por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

haber obtenido una subvención se solicite un aval con posterioridad. En cualquier caso, y salvo en casos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, respecto de un mismo proyecto, de aval y subvención.

Por lo demás, debe recordarse que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus Organismos Autónomos y Empresas deberán publicar en el BOA, con carácter trimestral, un listado resumen de todas las subvenciones y ayudas concedidas, indicando el programa y línea de subvención, nombre y domicilio del beneficiario, finalidad y cuantía. Junto a ello, y una vez finalizado el ejercicio presupuestario, deberá remitirse a la Comisión de Economía y presupuestos de las Cortes de Aragón un listado resumen de las subvenciones concedidas a lo largo de todo el año, ordenado por programas y líneas de subvención.

Por último, y ya para concluir, únicamente resta indicar que en lo que respecta a la gestión de ciertos créditos presupuestarios, la Disposición Adicional 1ª se ocupa del relativo al presupuesto de las Cortes de Aragón, siendo las Disposiciones Adicionales 8ª y 18ª, respectivamente, las que recogen diversas previsiones específicas referentes a la gestión de los créditos correspondientes a las Secciones orgánicas de «Diversos Departamentos» y «Administraciones Comarcales», ocupándose la Disposición transitoria 6ª de fijar determinadas reglas en materia de gestión de los créditos del Programa «Servicios de la Administración de justicia».

**CRÓNICA DEL XVII CONGRESO ITALO-ESPAÑOL DE  
PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
(Zaragoza, Facultad de Derecho,  
23 al 25 de octubre de 2008)**

M<sup>º</sup> DEL CARMEN DE GUERRERO MANSO

I. Durante los días 23, 24 y 25 de octubre de 2008 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el XVII Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo, iniciativa que surgió en Sevilla en 1966. Desde entonces, y con carácter bienal se han ido desarrollando las diversas reuniones, alternándose las universidades españolas y las italianas en la organización de tal evento.

En esta ocasión la Universidad de Zaragoza fue la encargada de organizar el Congreso, responsabilidad que recayó especialmente sobre los tres catedráticos de Derecho Administrativo de la misma: José BERMEJO VERA, Fernando LÓPEZ RAMÓN y Antonio EMBID IRUJO; así como en el Presidente de la sección española de la Asociación, Rafael ENTRENA CUESTA, y el Secretario de la misma, Joaquín TORNOS MAS, función que, tal y como expresaron gran parte de los asistentes, desempeñaron de manera impecable.

Como ya viene siendo tradicional en los congresos de la Asociación italo-española de profesores de Derecho Administrativo, las sesiones de esta décimo-séptima edición se articularon en torno a dos bloques. El primero de ellos, que abarcó las dos primeras jornadas, versó sobre un aspecto específico de la disciplina: el derecho de las aguas, enfocado desde una doble perspectiva: su relación con el territorio y la incidencia del cambio climático sobre dicho recurso natural. La elección de esta materia, ya de por sí sugerente y de gran actualidad, resultó especialmente interesante en el contexto de la ciudad de Zaragoza, la cual ha albergado durante tres meses una Exposición Internacional bajo el lema «Agua y desarrollo sostenible». El segundo bloque temático del Congreso se dedicó a la exposición y debate de los problemas actuales del Derecho Administrativo.

La importancia e interés de este Congreso se materializó en la calidad y cantidad de las comunicaciones presentadas en torno a los aspectos pro-



puestos por la organización, las cuales serán recogidas, de manera conjunta con las ponencias oficiales, en las Actas del mismo. Por este motivo, el objetivo de la presente crónica no es abordar de manera acabada el contenido jurídico de las intervenciones de los profesores que participaron en el congreso, sino más bien dar noticia de la celebración del mismo, así como esbozar en líneas generales las cuestiones tratadas, remitiendo al lector a las mencionadas Actas para poder disfrutar en toda su profundidad de las sugerentes propuestas y los cuidados trabajos elaborados tanto por los ponentes como por los comunicantes.

**II.** En el plano institucional, la inauguración del Congreso estuvo presidida por el Rector de la Universidad de Zaragoza, Manuel LÓPEZ PÉREZ, y el Decano de la Facultad de Derecho, Profesor Titular de Derecho Administrativo, José María GIMENO FELIÚ. En las palabras de acogida que dedicaron a los asistentes, expresaron su satisfacción por la celebración de estas jornadas en la Facultad de Derecho, y pusieron de manifiesto la fructífera relación científica y académica existente entre ambos países que se plasma en reuniones como la que ahora se relata. Junto a las autoridades académicas presidieron la sesión inaugural los profesores ENTRENA CUESTA, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, en su calidad de Presidente de la sección española de la Asociación; Fabio MERUSI, Ordinario de Derecho Administrativo de la Universidad de Pisa, en representación de Fabio-Alberto ROVERSI MÓNACO, presidente de la sección italiana de la Asociación, y José BERMEJO VERA, Catedrático de Derecho Administrativo, en representación de la comisión organizadora.

**III.** Tras el acto de apertura tuvo lugar la primera de las sesiones del Congreso, bajo el título «Agua y territorio». El esquema seguido en todas ellas respondía a la articulación de los temas tratados en torno a dos ponencias oficiales, que eran presentadas por miembros de las respectivas secciones de la Asociación. De esta manera, el representante de la sección española presentaba al ponente italiano y centraba la importancia o el marco en el que se iba a desarrollar su exposición. Al finalizar la intervención, se recapitulaba lo dicho por el ponente, incidiendo en los aspectos más interesantes o polémicos tratados. Este mismo sistema se seguía, de forma inversa, con el ponente de la otra sección, potenciando la comprensión y profundización en las materias tratadas, así como la comparación de la teoría y la práctica jurídica tanto española como italiana.

Según el esquema mencionado, la primera de las sesiones estuvo presidida por los profesores ENTRENA CUESTA y MERUSI; y se articuló en torno a las

ponencias de Paolo STELLA RICHTER, Ordinario de Derecho Administrativo de la Universidad de Roma, y Antonio EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. En ambas intervenciones se destacó la problemática de la gestión o el gobierno del agua.

En el turno de los comentarios y la presentación de las comunicaciones se alternaron profesores de ambas secciones, como la profesora Maria Alessandra SANDULLI, Ordinario de la Universidad Roma Tre, que disertó sobre los usos del agua, especialmente en relación a la producción de energía (1), o el profesor Sandro AMOROSINO, Ordinario de la Universidad de Roma-La Sapienza, el cual explicó el régimen administrativo de las aguas minerales y termales (2), ambos pertenecientes a la sección italiana. De la sección española intervinieron los profesores Alfonso PÉREZ MORENO, Catedrático de la Universidad de Sevilla, y Antonio FANLO LORAS, Catedrático de la Universidad de La Rioja, los cuales comentaron diversos aspectos que habían sido previamente tratados por el profesor EMBID IRUJO en su ponencia.

**IV.** La sesión del viernes 24 de octubre versó sobre «Agua, derecho y cambio climático», haciendo referencia a la perspectiva horizontal de la materia de aguas y la incidencia que sobre la misma tienen otras políticas sectoriales como el medio ambiente. Esta segunda sesión estuvo presidida por Giuseppe PERICU, Ordinario de la Universidad de Génova, en representación de la sección italiana, y Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, que representaba a la sección española. Los catedráticos encargados de las ponencias de esta segunda sesión fueron Mario CHITI, Ordinario de la Universidad de Florencia, y María Jesús MONTORO CHINER, de la Universidad de Barcelona, quien no pudo estar presente, de tal manera que su ponencia fue expuesta por la Profesora Titular de la Universidad de Barcelona Belén NOGUERA DE LA MUELA.

De la misma manera que había ocurrido en la primera jornada de este Congreso, tras las intervenciones de los ponentes principales se abrió el turno de las comunicaciones e intervenciones de los asistentes, algunas de las cuales retomaron el debate suscitado el día anterior en torno a las competencias estatales en materia de aguas. Entre los miembros de la sección española de la Asociación que participaron en esta ocasión conviene destacar las inter-

---

(1) La intervención de la profesora SANDULLI consistió en un resumen de la comunicación «Le grande derivazioni a scopo idroelettrico: uso di una risorsa strategica fra problemi di competenza legislativa e tutela comunitaria del diritto di stabilimento e della concorrenza» que había realizado de manera conjunta con Giovanni Battista CONTE.

(2) Esta intervención tenía como base la comunicación presentada por el mismo profesor bajo el título de «Le acque più «pregiate»: i regimi amministrativi delle acque minerali e termali».

venciones de los profesores José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, Catedrático de la Universidad de Valladolid; Francisco DELGADO PIQUERAS, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha (3) y Santiago ROSADO PACHECO, Profesor Titular de la Universidad Rey Juan Carlos, quien glosó la comunicación presentada al Congreso sobre la «Incidencia del Plan Nacional del Cambio Climático sobre las políticas de gestión y uso del agua». De la sección italiana de la Asociación intervinieron, entre otros, Alberto AZZENA, Ordinario de la Universidad de Pisa y Paola PIRAS, Associato de la Universidad de Cagliari, los cuales presentaron una comunicación conjunta sobre las aguas como recurso paisajístico-ambiental (*L'acqua come risorsa paesaggistico-ambientale*).

**V.** La tercera y última jornada del Congreso tenía como título «Problemas actuales del derecho administrativo». Esta sesión estuvo presidida por los profesores Giuseppe PERICU y Joaquín TORNOS MAS, Catedrático de la Universidad de Barcelona. Las ponencias de esta última jornada estuvieron a cargo de los profesores Giuseppe MORBIDELLI, Ordinario de la Universidad de La Sapienza, de Roma; y Luciano PAREJO ALFONSO, Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid. Entre las sugerentes ideas de los ponentes, destacó la necesidad de repensar el Derecho Administrativo, tomando como punto de partida del mismo el objeto de esta disciplina, es decir, la Administración, sin olvidar el objetivo que debe guiar los avances y estudios de esta doctrina: la consecución del interés general.

Tras las ponencias se abrió un turno de intervenciones, en el que participaron, de la sección española, los profesores Luis MARTÍN REBOLLO, Catedrático de la Universidad de Cantabria y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, quienes manifestaron la conveniencia de reservar una de las jornadas de los congresos de la Asociación para profundizar sobre los aspectos dogmáticos del Derecho Administrativo. En el mismo sentido tomaron la palabra algunos miembros de la sección italiana, como el profesor AZZENA.

**VI.** Tras la última de las intervenciones tuvo lugar la reunión de las dos secciones que componen la Asociación. La de la sección española estuvo presidida por el profesor ENTRENA CUESTA, acompañado por el profesor TORNOS MAS, en su calidad de secretario. Tras unas palabras de agradecimiento por la confianza y el apoyo que había recibido durante los seis años que había

---

(3) Además de la intervención del profesor DELGADO PIQUERAS como contestación a las ponencias que habían sido presentadas, en las Actas del Congreso podrá disponerse de su comunicación que llevaba por título «La irrupción del cambio climático en el Derecho Europeo de Aguas».

presidido la sección española, el profesor ENTRENA CUESTA anunció su decisión de renunciar al cargo que hasta el momento ostentaba, de tal manera que se instó a los miembros de la asociación para que eligieran a un nuevo Presidente. A propuesta del profesor MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, y con el asentimiento del resto de los asistentes, se eligió para tal cargo al profesor LÓPEZ RAMÓN. Tras dicha elección diversos miembros de la asociación tomaron la palabra para felicitar y agradecer a los profesores ENTRENA y TORNOS la labor realizada al frente de la Asociación. De manera conjunta se felicitó a los organizadores de esta edición del Congreso, por el buen desarrollo del mismo, y se tuvo un especial recuerdo para Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Huesca, 1939 – Madrid, 2002) especialista en Derecho de Aguas licenciado en la Universidad de Zaragoza, donde inició su carrera docente como Ayudante de clases prácticas, y que presidió la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo durante casi veinte años.

Por otro lado, en la reunión de la sección italiana de la Asociación también se nombró un nuevo presidente, de tal manera que Luciano VANDELLI, profesor Ordinario de la Universidad de Bolonia, sustituyó al también Ordinario de la misma universidad, Fabio ROVERSI MÓNACO. Tras dicha elección se designó a la Universidad de Bolonia como sede de la que será la décimo octava edición del Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo, proponiéndose al mismo tiempo como tema de estudio para tal ocasión el régimen jurídico de las fundaciones.

**VII.** Finalmente se procedió a clausurar el Congreso en una sesión presidida por los profesores MERUSI y VANDELLI, como representantes de la sección italiana de la Asociación; los catedráticos ENTRENA CUESTA y LÓPEZ RAMÓN, en su calidad de antiguo y nuevo presidente de la sección española, respectivamente, y el profesor GIMENO FELIÚ, en calidad de Decano de la Facultad de Derecho. En las palabras de despedida de todos ellos estuvo presente el agradecimiento a la comisión organizadora del Congreso, así como el deseo de continuar con esta relación científica y de amistad entre los miembros de la Asociación, la cual se materializará en la realización el XVIII Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo, que se celebrará en la Universidad de Bolonia dentro de dos años.

M<sup>º</sup> DEL CARMEN DE GUERRERO MANSO

BIELZA DE ORY, Vicente: *Introducción a la ordenación del territorio. Un enfoque geográfico*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2008, 280 pp.

El autor, catedrático de geografía humana en la Universidad de Zaragoza, publica un sólido estudio sobre la ordenación del territorio que comprende el tratamiento de los correspondientes aspectos conceptuales, históricos, políticos, jurídicos y organizativos. Los sectores del saber manejados se corresponden con el carácter de ciencia de síntesis de la geografía humana, que tan útil resulta para la comprensión y diseño de las políticas públicas relativas al territorio.

En la introducción conceptual el autor expone las diversas denominaciones de la ordenación del territorio en experiencias comparadas razonando sobre los fundamentos de las variadas versiones de la misma. Explica los elementos del territorio a ordenar deteniéndose en las cuestiones relativas al territorio como sistema, razona sobre los grandes objetivos perseguidos (el desarrollo territorial equilibrado y la ordenación sostenible del suelo) y presenta la triple vertiente de la intervención sobre el territorio (científica, técnica y política), hasta configurar las características del enfoque interdisciplinario propio de la geografía humana.

El tratamiento del territorio en la historia es materia en la que el autor se desenvuelve con soltura. Proporciona interesantes visiones sobre la organización territorial en la antigüedad (Egipto, Mesopotamia, Grecia, Roma), en la edad media y en la edad moderna hasta llegar a la revolución industrial. Las relaciones entre la ordenación del territorio y otras políticas espaciales se concretan en las exposiciones relativas al urbanismo, la política regional, la protección del medio ambiente y diversas políticas sectoriales. Especialmente analiza la evolución de las políticas y técnicas directamente relacionadas con la función pública de ordenación del territorio: las pioneras propuestas doctrinales norteamericanas, los modelos europeos que terminan cuajando en la carta europea de 1982 y los planteamientos latinoamericanos.

Desde los anteriores puntos de partida contruidos por el autor con oficio y criterio, se ofrece ya el estudio de la ordenación del territorio en España. Primero, las vertientes que presenta dicha función pública (política regional y planificación territorial). Segundo, los actores de la ordenación del territorio (administraciones, agentes sociales y participación ciudadana). Tercero, los diversos instrumentos establecidos para planificar y programar esta función pública con especial atención en los aspectos técnicos (estructura y método).

#### BIBLIOGRAFÍA

El estudio termina con un capítulo donde se exponen los planteamientos desarrollados en la materia por las comunidades autónomas y se hace balance tanto de la evolución de los objetivos como de los retos que se presentan para la ordenación del territorio español dentro de la Unión Europea.

Fernando LÓPEZ RAMÓN

DEL OLMO ALONSO, J. (coord.): *El derecho urbanístico del siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Martín Bassols Coma (3 vols.: Ordenación del Territorio y Urbanismo, Urbanismo y Vivienda, Urbanismo y Estado de las Autonomías)*, ed. Reus, Barcelona, 2008, 688 págs.

La obra colectiva que aquí se reseña recoge una sesentena de contribuciones individuales de reputados especialistas —académicos y prácticos— en Derecho urbanístico en homenaje a Martín BASSOLS COMA, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares, Presidente de la Asociación Española de Derecho Urbanístico y consumado estudioso de la historia normativa del urbanismo español, entre otras muchas cuestiones propias de este ámbito del Derecho público.

El libro se presenta en tres volúmenes, que tratan de agrupar los escritos en torno a sendas temáticas colaterales a la materia urbanística: la ordenación del territorio, la vivienda y el fenómeno autonómico. No obstante, una cierta atención a los temas tratados por los autores permite advertir la existencia de claves comunes en los trabajos que integran la obra colectiva.

Así, por ejemplo, hay algunas contribuciones de carácter generalista: una valoración de los principios y derechos constitucionales inspiradores de la nueva ley de suelo (VAQUER CABALLERÍA) y una sugestiva lectura urbana de la constitución española (FERNÁNDEZ CARNICERO), una nota crítica a la creciente inseguridad jurídica motivada por los frecuentes cambios normativos que viene padeciendo nuestro actual Derecho urbanístico (MARTÍN REBOLLO), la buena fe como concepto jurídico del Derecho administrativo positivo (SÁINZ MORENO), breves reflexiones sobre la ley del suelo (JORDANO FRAGA) y sobre la ordenación urbanística sustantiva (LÓPEZ RAMÓN).

A estos trabajos se unen otros centrados en problemas concretos de la acción urbanística, como por ejemplo el papel de la autonomía local (LÓPEZ PELLICER y NAVARRO CABALLERO), la influencia del Derecho comunitario —fundamentalmente el de la contratación pública— en el Derecho urbanístico español (MESTRE DELGADO y CÓRDOBA CASTROVERDE), la posición de los operadores del sector —ciudadanos, propietarios y administraciones— en el marco descrito por la nueva ley del suelo (SÁNCHEZ BLANCO), el control de la aplicación del nuevo Código Técnico de la Edificación (PÉREZ MORENO), el régimen jurídico y económico de la transmisión de licencias urbanísticas (CANALS I AMETLLER), las actividades de promoción y urbanización en la nueva ley de suelo (DÍAZ LEMA), la vertiente urbanística de la atención a la discapacidad



(TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA) o la actualidad jurisprudencial en la reducción y control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico (DESDENTADO DAROCA).

Otro gran bloque temático identificable en la obra corresponde al actual tratamiento legal del derecho de propiedad urbanística. Al efecto se ofrecen sendos estudios sobre el estatuto del propietario en la nueva ley de suelo (BAÑO LEÓN; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ), un análisis —al alimón— sobre la nueva figura de las situaciones básicas de suelo (LEGUINA VILLA y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA) y, en conexión con estas cuestiones, una atención al problema de las valoraciones, a través de sendas aportaciones en torno al sistema diseñado por la nueva ley de suelo (ALLI ARANGUREN; MARTÍN VALDIVIA), y un examen de las relaciones entre las valoraciones urbanísticas y las valoraciones fiscales (GARCÍA-MONCÓ). Paralelamente, no podía faltar una revisión de los instrumentos de intervención en el mercado del suelo, ofreciéndose al efecto sendas reflexiones sobre el régimen de los patrimonios públicos del suelo en la nueva ley de suelo (QUINTANA LÓPEZ; DELGADO PIQUERAS) y un análisis de la figura de resultas de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (BAENA DEL ALCÁZAR).

También encuentran su sitio los estudios dedicados a analizar los puntos de tangencia entre el urbanismo y el medio ambiente. Además de una serie de consideraciones generales sobre la inseparabilidad de ambos fenómenos (DEL OLMO ALONSO), el libro contiene sendos análisis de la evaluación ambiental estratégica del planteamiento territorial y urbanístico en la legislación autonómica (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ) y, en particular, en la de la Comunidad Autónoma catalana (TRAYTER JIMÉNEZ). En torno a este mismo bloque ambiental se ubica un conjunto de estudios sobre la incidencia recíproca de la normativa reguladora de los recursos hídricos y la urbanística: así, se valora la creciente interconexión de los ordenamientos jurídicos del suelo y del agua (ÁLVAREZ CARREÑO), se analizan las implicaciones urbanísticas de la restauración de los espacios fluviales (ESTEVE PARDO), y se trata el actual tema de la satisfacción de las demandas de agua derivadas del crecimiento urbanístico (MARINA JALVO). En el contexto de las relaciones entre el medio ambiente y el urbanismo, se ofrecen también algunas aportaciones en torno al concepto emergente de «urbanismo sostenible»: en efecto, se exponen los elementos jurídicos dedicados a la sostenibilidad urbana (SÁNCHEZ SÁEZ) y, en particular, a la edificación sostenible (ARENAS CABELLO), se examinan las conexiones entre el «urbanismo sostenible» y el principio de buena administración materializado en la actividad de planificación urbanística (PONCE SOLÉ), y se realiza un análisis de la carta de Leipzig (MOLINA DEL POZO) y una valoración de la proyección de dicha carta en el urbanismo español a la luz del

nuevo código técnico de la edificación y la vigente ley de suelo (FERNÁNDEZ DE GATTA). Cerraría este bloque temático la contribución en aras del desarrollo territorial sostenible del turismo (BOUAZZA ARIÑO).

Varios autores han coincidido en la elaboración de estudios centrados en la incidencia de las infraestructuras en el urbanismo. Se analiza críticamente la cuestión de las dotaciones públicas y los sistemas generales (LASAGABASTER HERRARTE), sendos estudios exponen algunos problemas suscitados por la convergencia de la disciplina urbanística con la del transporte y distribución de energía eléctrica (GALERA RODRIGO; RODRÍGUEZ AYALA), se estudian las relaciones entre las infraestructuras de telecomunicaciones, el urbanismo y dominio público local (LAGUNA DE PAZ), y se presta atención al encaje urbanístico de los aeropuertos en sendos trabajos (GÓMEZ PUENTE; DARNACULETA I GARDELLA).

La vivienda como cuestión urbanística también merece puntual atención en la obra: hay un estudio sobre el derecho de realojo por razones urbanísticas (GIFREU FONT y FERNÁNDEZ BAUTISTA), un repaso a los problemas de Derecho transitorio relacionados con la autorización gubernativa para la demolición de fincas urbanas en la vieja legislación arrendaticia (MOLTÓ DARNER), y un análisis jurídico de la reserva de suelo para vivienda protegida (VILLAR ROJAS).

Dada la entidad que en la última década ha cobrado el Derecho urbanístico propio de las Comunidades Autónomas, no podía faltar una mirada al mismo. En este ámbito, se estudia la figura del plan de ordenación del territorio de Andalucía (ESCRIBANO COLLADO), se reflexiona sobre el urbanismo actual en Galicia (FERNÁNDEZ CARBALLAL), se discurre acerca del deber de edificar tal y como se contempla en la normativa urbanística asturiana (DE LA VALLINA VELARDE), se analiza la regulación de la planificación de los conjuntos históricos en Canarias (GONZÁLEZ SANFIEL), o la revisión de oficio de planes urbanísticos aprobados por los ayuntamientos en Andalucía (DEL GUAYO CASTIELLA). Asimismo, el libro recoge una valoración de la afección al planteamiento urbanístico de la altura máxima de las edificaciones en la legislación madrileña (PORTO REY), un estudio de la potencialidad de la comarca como ámbito de ejercicio de competencias urbanísticas en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (GARCÍA RUBIO) y un *desideratum* en pos de la articulación de las previsiones urbanísticas y territoriales en el Derecho urbanístico andaluz (MELLADO RUIZ).

Otro de los aspectos que ha llamado la atención de los autores son las medidas de lucha contra la corrupción en el ámbito urbanístico, como lo

#### BIBLIOGRAFÍA

demuestran el trabajo sobre la creciente aplicación de las reglas de abstención y recusación, incompatibilidades y declaraciones de bienes en el urbanismo (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ) y el estudio del fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva ley de suelo (MENÉNDEZ REXACH).

Tampoco falta un repaso de las conexiones entre el urbanismo y los problemas derivados de la garantía de la libertad religiosa, que se manifiestan en el planeamiento urbanístico, la expropiación forzosa de los lugares de culto y el régimen de los cementerios (ALEGRE ÁVILA), problemas que afectan también a la construcción de templos (como lo demuestra el comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Vergos c. Grecia*, de 24 de junio de 2004, firmado por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO).

Finalmente, se contemplan algunos aspectos periféricos del Derecho urbanístico, y se examinan las conexiones de éste con otras categorías jurídico-administrativas, analizándose al efecto la influencia del urbanismo en la reversión expropiatoria (ESCUÍN PALOP), la responsabilidad patrimonial proyectada sobre el urbanismo (JIMÉNEZ-BLANCO), los aspectos tributarios de la actividad urbanizadora (MARTÍNEZ LAFUENTE) y el control judicial de las medidas de protección monumental de edificios o conjuntos urbanos (BOQUERA OLIVER).

En suma, se trata de un valioso estudio, no centrado exclusivamente en el análisis de la nueva ley de suelo, ni tampoco demasiado heterogéneo en los temas abordados. El número y el prestigio de los autores, así como la calidad e interés de sus aportaciones está, sin duda, a la altura del homenajeado.

José Luis BERMEJO LATRE

PÉREZ-SOBA DIEZ DEL CORRAL, Ignacio: *En busca de los montes ocultos. Investigación y catalogación de los montes públicos en la provincia de Zaragoza (1855-1905)*, Zaragoza, Diputación Provincial de Zaragoza, Colección «Benjamín Jarnés» n.º 9, 2008, 152 pp.

El día 16 de octubre de 2008 se procedió a la presentación pública, en la sala del Trono del Palacio de Sástago de Zaragoza, del libro «En busca de los montes ocultos. Investigación y catalogación de los montes públicos en la provincia de Zaragoza (1855-1905)», obra del Doctor Ingeniero de Montes Don IGNACIO PÉREZ-SOBA DIEZ DEL CORRAL, que fue galardonado en diciembre de 2007 con el VIII Premio de Ensayo «Benjamín Jarnés» concedido por la Diputación Provincial de Zaragoza.

La primera aproximación a la obra avisa ya, en su título, «En busca de los montes ocultos...», a una clara referencia cinematográfica, advierte la proximidad de su historia (de la intrahistoria que cuenta, en el sentido de MIGUEL DE UNAMUNO, retazos de vida y de quehaceres que sustentan la gestión real de lo público) al campo de lo épico y de lo heroico, y nos ilumina ya sobre el noble, por claro y confeso, propósito del autor de explicar esa intrahistoria, en la inteligente cita con la que se abre el libro.

La cita que introduce la obra apela a un sentimiento y a unas ideas que pueden parecer ajenas y extrañas a la lógica del mundo de la imagen y de la corrección política actual, al tomar como carta de presentación la alabanza que un director general del ramo de montes, en Circular interna de 15 de junio de 1910, dirige a la «*cantidad enorme de trabajo y de estudio (...) fruto fecundo del esfuerzo y la cultura de nuestros funcionarios*», en la que vincula un trabajo bien hecho, paciente, concienzudo, resultado «del saber y de la experiencia», a las bases del progreso económico y social del país, uniendo mérito profesional, individual pero necesariamente colectivo, con la idea del avance social.

La cita define, pues, con precisión la idea que preside la gestación del libro y que, sin duda, trasmite su lectura: la reivindicación del trabajo silente en las Administraciones públicas, más allá del foco político, ni siempre fácil, ni recompensado, ni socialmente valorado, como un trabajo bien hecho y útil para el conjunto de la sociedad y, en suma, de la Nación.

La idea central del libro es, pues, respetuosa y connatural a las dos características que moldean y definen de manera notable la personalidad de su autor:

a) Primero, su condición de hijo del Cuerpo de Ingeniero de Montes, pues IGNACIO PÉREZ-SOBA DIEZ DEL CORRAL (Lérida, 1972) nació hijo de Ingeniero de Montes y ha vivido desde su infancia guiado por el ejemplo de su padre, el prestigioso Doctor Ingeniero de Montes Don ANTONIO PÉREZ-SOBA BARÓ (1931-1985), cuya vocación ha continuado como propia.

b) Y segundo, su carácter, en el cual priman esfuerzo y apasionamiento, como bien refleja en su sobresaliente currículum, valores de carácter hoy quizá no muy bien comprendidos y que, en ocasiones, conforme a un criterio de prudencia, parece que conviene bien desdibujar, bien directamente ocultar.

A estos dos valores se le añade, sin duda, un tercero, el la integridad, condición fundamental del liderazgo, según JOHN C. MAXWELL.

Son, pues, la vocación y los valores que engarzan y explican la trayectoria profesional del autor los que justifican la razón íntima del libro, pues si —como afirmó ya ORTEGA Y GASSET en sus lecciones del año 1929, que luego darían lugar a su obra «¿Qué es filosofía?»— vivir es encontrarse en el mundo, el mundo es vital, y es precisamente nuestra condición vital la que nos permite decidir en cada momento entre una serie de posibilidades de hacer (o, lo que es igual, de no hacer) una cosa u otra (esto explica el sentido de la ya por manida casi tópica afirmación del silogismo que ha quedado como resumen de la filosofía alumbrada por ORTEGA: «yo soy yo y mi circunstancia»), IGNACIO PÉREZ-SOBA DIEZ DEL CORRAL, llevado por su vocación, opta por hacer lo que tiene que hacer y escribe un libro que, sobre su trabajo científico, nos habla de una intrahistoria concreta de nuestro mundo administrativo de la que han participado y han sido actores personas que han compartido con el autor (comparten aún, en su sustancia espiritual viva) un idéntico empeño, hijo de semejante vocación y cuyo empuje está, sin duda, necesitado de valores coincidentes —cuando menos— con los que se le atribuyen como propios.

La obra, pues, se sustenta sobre los expedientes, legajos, trabajos de campo y de los constantes vaivenes del marco normativo que delimita el ejercicio de su función, en el sudor y esfuerzo de un grupo de funcionarios y técnicos ilustrados, quienes, huérfanos de cualquier comprensión las más de las veces en la propia organización de la Administración a la que servían y actuando con medios limitados, guiados de su vocación, prestan un servicio al interés general cuyo resultado sólo se alcanza a ver desde la perspectiva histórica del tiempo y deja una herencia material de progreso futuro.

Trasmite el libro una idea de sabiduría profunda, ya que si, como ya afirmó HERÁCLITO, la voluntad de un hombre es su destino, la voluntad de unos hombres, orientada por una vocación profesional de servicio al bien común,

que les lleva a hacer en cada momento lo que se debe hacer (con la satisfacción personal, íntima, que ello proporciona), deja huellas perdurables y permite la ejecución de proyectos que sobreviven al normalmente muy escaso valor de lo inmediato, pues la vida —y de nuevo esta filosofía de actuación margina lo políticamente correcto— no puede ser sacrificada en aras de una malentendida eficacia por la urgencia sobrevenida de un instante: casi siempre esa urgencia, como el instante, responden a la necesidad de satisfacer un criterio ajeno, egoísta y particular.

De este modo da cuenta la obra, por referencia a ilustres Ingenieros de Montes, de las penurias del personal forestal de la época, de las dificultades de su transporte y de su alojamiento, lo que nos habla, entre notas y apuntes, de la pobreza y de la escasez de medios materiales de una Administración pública incipiente y, sobre todo, de una vocación de servicio público que va más allá, bastante más allá, de la imagen común y típica del funcionario que ha acompañado a la Administración moderna desde su nacimiento hasta nuestros días (injustamente en gran parte de los casos), y que se crea ya en la literatura costumbrista de nuestro siglo XIX, contrapunto brusco a la frase ya tópica del «vuelva usted mañana», que ha hecho fortuna en el imaginario colectivo tras la caricatura de Don MARIANO JOSÉ DE LARRA y que sirvió para resumir la totalidad de los vicios que agotaron, hasta extenuarlo, un sistema político-administrativo.

Vocación, empeño, carácter..., palabras y valores que se expanden más allá de los conceptos técnicos y jurídicos expuestos en su libro por PÉREZ-SOBA DIEZ DEL CORRAL con conocimiento —propio del que ha leído—, agilidad —propia de quien es buen conversador— y precisión —propia de quien está acostumbrado a escribir—, que permiten comprender las líneas maestras de su arquitectura y la llamada en la que nos vemos reflejados, definiendo, a mi juicio, el valor esencial y la razón que justifica el merecido premio recibido por la obra.

Referida su justificación última, la crítica de la obra de PÉREZ-SOBA DIEZ DEL CORRAL exige, pues, de la aproximación al contexto que lo explica sobre un doble parámetro: el del momento histórico que constituye su punto de partida, y el del apunte —necesariamente breve a los fines de este comentario bibliográfico— del régimen jurídico actual de los montes de utilidad pública, en el que desembocará, como resultado del esfuerzo constante de los ingenieros de montes al servicio de la Administración.

Y es que en realidad, en el libro, haciendo honor a su título, se narra una aventura que, desde una perspectiva temporal de siglo y medio, permite

afirmar que ha llegado a buen puerto, o que, al menos, ha supuesto la realización de un sin fin de estudios y trabajos que se han mantenido en la dirección adecuada gracias a un esfuerzo silente —heroico en numerosas ocasiones— de quienes se enfrentaron, como agudamente observa el autor, a la condición de «*terra ignota*», desconocida, en la que se encontraban los montes públicos españoles a mediados del siglo XIX. «*Terra ignota*» que, además, constituía en su mayor parte «*res nullius*» sujeta al albur de cualquier usurpación o privatización ante la falta, en el instante de partida, de un censo forestal serio y científico.

Los resultados de ese empeño se exponen por el propio autor: el proceso de inventario y catálogo de montes públicos (la búsqueda de los «montes ocultos») condujo, primero, a configurar la categoría de los montes de utilidad pública como bienes sujetos a un régimen jurídico específico y exorbitante, protector de la propiedad pública, que irá evolucionando lentamente en su definición y acomodo a lo largo del siglo XX a los rasgos jurídicos propios del dominio público; y segundo, sobre el instrumento registral constituido por el Catálogo de Montes de Utilidad Pública [CMUP], a permitir la gestión coherente y uniforme por parte de la Administración de todo un conjunto de bienes y, más concretamente, de todo un sector material de intervención cuyo resultado ha dado lugar a una base expansiva que posibilita la ejecución actual de políticas públicas en muy variados campos de la intervención administrativa.

Es, pues, evidente, sobre el régimen jurídico actual, el destino de aquella «aventura» emprendida por el Cuerpo de Ingenieros de Montes desde su creación, allá por el año 1853, que ha contribuido de manera sobresaliente a que, finalmente, los poderes públicos hayan asumido, como consecuencia de sucesivas leyes y desarrollos legislativos, la extraordinaria importancia del monte como recurso natural al proporcionar una forma de vida y riqueza a las poblaciones de su entorno, permitiendo, por tanto, su vertebración y el desarrollo socioeconómico del territorio.

El monte, que es frágil por naturaleza, soporta el ecosistema —es el elemento que pone en relación agua, suelo, aire y los seres que determinan su biodiversidad genética y riqueza—, y, a la vez, permite el desenvolvimiento de una actividad económica inmediata referida a usos tradicionales y sirve de soporte de otros usos turísticos y deportivos, generando un innegable beneficio indirecto, lo que vincula necesaria e íntimamente a lo forestal con el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado reconocido como principio rector e informador de cualquier política pública en los artículos 45 de la Constitución y 18 del vigente Estatuto de Autonomía de Aragón, conforme al

texto aprobado por Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril, y de ahí, asimismo, sobre un conjunto de principios y mandatos constitucionales y estatutarios, a la justificación de la defensa y protección de la propiedad pública del monte, elevada hoy al régimen del dominio público reforzado —que alcanza su máxima expresión en el régimen de intervención que permite el CMUP—, y a la reglamentación de su uso ordenado.

El CMUP es el instrumento que, sobre la base de un registro público de carácter administrativo, vincula la condición cierta de la catalogación del monte a una presunción de posesión, —sin prejuzgar su propiedad—, a favor de la entidad a la que se asigna su pertenencia en dicho Catálogo, lo que determina su sometimiento al ejercicio de las potestades propias de las que está revestida la Administración pública para la defensa de su propiedad (investigación, deslinde, amojonamiento, recuperación posesoria, régimen de sanción), y la aplicación de un régimen concreto de gestión sujeto al mayor grado de planificación e intervención administrativa (*vid.* artículo 14 de la Ley aragonesa 15/2006, de 28 de diciembre, de montes).

Y son montes de utilidad pública, previa declaración adoptada conforme al correspondiente procedimiento administrativo, aquéllos que gozan de especiales características o condiciones que ponen de manifiesto bien su relevancia medioambiental, bien la necesidad de proteger un territorio por razones ambientales y socioeconómicas en tanto en cuanto el monte es fuente de múltiples beneficios indirectos. Y así se recogen como condiciones de catalogación, para nuestro subordenamiento autonómico, en el artículo 13 de la Ley aragonesa 15/2006: la de cabecera de cuencas hidrográficas y su función de regulación hidrológica en evitación de aludes, riadas e inundaciones; la de protección del suelo frente a procesos erosivos; la de protección de poblaciones, cultivos e infraestructuras; la de las características propias de humedales, sotos y masas arboladas de riberas de los ríos que hayan sido objeto de deslinde; la de ubicar zonas sujetas a régimen de especial protección por determinarse así en los instrumentos de planificación medioambiental, ya sean específicamente de recursos forestales, ya sean recursos naturales, o bien la de formar parte de las distintas categorías de espacios naturales protegidos; la de su contribución a la conservación de la biodiversidad; la de su calificación por valores ambientales, usos o aprovechamientos forestales que permitan la mejora de las condiciones socioeconómicas de la zona o al uso cultural y recreativo de los ciudadanos; etc.

Pues bien, el vínculo causal entre la evolución y el desarrollo del régimen jurídico descrito y el resultado material que ha proporcionado, como efecto último de la ejecución de una determinada política pública basada en



una previa definición legislativa, se pone de manifiesto por el autor cuando apunta tanto el contraste actual entre la drástica disminución de la superficie de los montes no declarados de utilidad pública («de libre disposición» de las entidades propietarias) y la conservación de una amplia superficie de montes de utilidad pública (7,1 millones de hectáreas en el territorio nacional, de los cuales 1,02 millones corresponden a nuestra Comunidad Autónoma), como la importancia de los montes de utilidad pública, base física y ecológica de la mayor parte de los sistemas de espacios naturales protegidos nacionales, autonómicos y asociados a las figuras provenientes del Derecho comunitario europeo (lugares de importancia comunitaria y zonas de especial protección para las aves) que conforman la Red Natura 2000.

Sin perder, pues, el hilo del análisis de la obra, y anticipando ya cómo ésta se explica por su resultado, éste da fe de los logros conseguidos por quienes tuvieron que pugnar (en dura lucha contra la incompreensión general dimanante de la filosofía entonces imperante) por la defensa de unos principios y valores esencialmente unidos a la idea de la vocación profesional (a la de su integridad personal puede decirse, pues el hombre, o lo es en radical unidad consigo mismo o no lo es) llevados frente a la presión política de un economismo de escasas miras, lo que conduce —ciertamente, en un orden lógico e histórico inverso— al segundo parámetro que contextualiza la obra de una manera precisa, sobre el punto de partida de esa aventura, el de un difícil momento histórico, de cambio ideológico y social, en el que la debilidad del «monte» y de lo forestal tenía origen en el padecimiento de una «mala política» y en proyectos históricos fallidos que, además, acuciaban las necesidades económicas de un Estado en plena y continua transformación económica, constitucional y política, y que muy a menudo adquiría un sesgo violento como consecuencia de las Guerras Carlistas, de las revoluciones y de los pronunciamientos militares de distinto signo.

La leyenda romana había configurado Iberia como «un país cubierto de bosques», de modo que el geógrafo Estrabón ya la había definido en el siglo I antes de Cristo, en el libro III de su «Geografía», *«en su mayor extensión, es poco habitable, pues casi toda se halla cubierta de montes, bosques y llanuras de suelo pobre y desigualmente regado»*.

Pero la potencia ganadera del Honrado Concejo de la Mesta en el siglo XV y las obligaciones materiales derivadas del mantenimiento de nuestra potencia naval hasta el siglo XVIII, hecho a expensas de los montes y de sus bosques, quebraron, poco a poco y entre otras causas, la riqueza forestal peninsular, lo que se trató de paliar mediante concretas políticas legislativas que culminaron, huérfanas de un instrumento estadístico cierto, en la Real

Ordenanza para el aumento y conservación de montes y plantíos, aprobada por Ley de 7 de diciembre de 1748, si bien la falta de un instrumento estadístico fiable hacía —como indica el autor en su libro— «*res ignota*» del monte español.

Esa situación, sobre la base de la política forestal acientífica y por tanto carente de instrumentos técnicos precisos, determinó que el Decreto de 14 de enero de 1812 de las Cortes de Cádiz, al derogar la Real Ordenanza de 7 de diciembre de 1748, abriera el camino hacia la Desamortización, que, como producto del pensamiento ilustrado, implicaba la transformación del sistema de propiedad de la tierra, de tal forma que se pretendía, a través de las correspondientes medidas legislativas, poner en valor la propiedad que se hallaba en «*manos muertas*» —esto es, al margen del libre comercio—, vinculada a dominios monásticos, eclesiales o de los municipios, y que estaba, por su condición, exenta de tributos y que, por tanto, no podía ser capitalizada, para crear con ello una clase de propietarios que constituyera fuente de apoyo al régimen liberal que le permitiera al Estado obtener recursos financieros suficientes para sanear su deuda, todo ello mediante un sencillo procedimiento: se incautaban los bienes por el Estado, se sacaban a subasta una vez incautados y, confirmada su venta, se amortizaba la deuda de la Hacienda.

De los cuatro impulsos desamortizadores —el de MANUEL GODOY en 1798, que afectó fundamentalmente a bienes de la Compañía de Jesús; el del Trienio Liberal de 1820-1823; el de MENDIZÁBAL de 1836-1851, y el de MADOZ de 1855-1924—, fue este último, el de MADOZ, el que afectó a los bienes de los pueblos, que consistían en montes en su mayor parte.

Es en este momento —y en este contexto— del que parte la historia que el libro desgrana, la de los avatares político-administrativos seguidos para la conservación y defensa de los montes de propiedad pública que finalmente permitió obtener a BAUER su conclusión, citada por PÉREZ-SOBA en su libro: «*hoy se sabe que los Ingenieros de Montes salvaron los montes públicos en España existentes actualmente*».

Son, pues, los pormenores de esa lucha, expuestos con precisión y detalle, los que determinan el contenido del libro, ofreciendo un panorama de cincuenta años de conflicto administrativo constante cuyo origen se encuentra (de nuevo) en una mala política y en una mala organización administrativa que es consecuencia evidente de aquella, pues, es cierto en efecto que al Ministerio de Hacienda le guiaba en ese momento histórico el parámetro exclusivo de la búsqueda de la liquidez financiera del Estado, lo que tuvo por consecuencia evidente, en el ámbito material en que se centra el autor, la distorsión y pérdida de numerosos esfuerzos individuales directamente atribuible a

una equívoca definición de objetivos políticos que se fijaron sobre la necesidad acuciante de obtener la rentabilidad inmediata de los bienes públicos aun a costa de su pérdida definitiva.

PÉREZ-SOBA disecciona todo ese proceso, como digo, de forma precisa y estricta, con un importante despliegue de gráficos, desde el conocimiento técnico que le proporciona su brillante carrera profesional, sus numerosas publicaciones y la paternidad (de la que me consta, en mi anterior ejercicio profesional como Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón adscrito a la Dirección General de Servicios Jurídicos) del actual Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia de Zaragoza, aprobado por Decreto 58/2004, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, de forma que los datos que ofrece permiten valorar, siguiendo criterios objetivos, las consecuencias que tuvo para los distintos municipios de la provincia de Zaragoza la ejecución de las distintas directrices de política forestal dadas en orden a la indagación y elaboración del inventario del patrimonio forestal.

El libro desgana el cumplido *iter* legislativo de las tensiones a que dio lugar la «Ley MADOZ» de 1 de mayo de 1855 —calificada de «época dramática para la suerte de los montes»— la cual declaró, en su artículo 1.1, en estado de venta los bienes de propios y comunes de los pueblos, exceptuándose únicamente, bajo un criterio ciertamente discrecional (lo discrecional constituye fácilmente la puerta hacia lo arbitrario), «los montes y bosques cuya venta no crea oportuna el Gobierno», las exigencias de inventario y catalogación, así como los resultados, ciertos y objetivos, que la aplicación de la política legislativa (y sus vaivenes) tuvo para la provincia de Zaragoza.

Frente a esta ley, que no ponía límite a la posibilidad de destrucción del monte, y a iniciativa del Ministro de Fomento, la Junta del Cuerpo de Ingenieros de Montes (formada por los miembros más destacados de ese Cuerpo, entonces de muy reciente creación) emitió un importantísimo Informe, de fecha 8 de octubre de 1855, que fijaba claros criterios técnicos para limitar esa discrecionalidad y que, sobre todo, estableció un criterio de división de montes atendiendo a su especie dominante conforme al cual:

1ª) Los montes poblados de especies de monte alto climáticas o cercanas al «climax» vegetal, no debían ser enajenados.

2ª) Los montes poblados de otras especies que no fueran de monte alto, pero que fueran climáticas, sólo podrían ser enajenados mediante su reconocimiento previo, caso por caso.

3ª) Los montes poblados de especies de crecimiento rápido y de matorrales, podían ser enajenados.

Este Informe, elaborado en condiciones de urgencia, fue asumido por el Real Decreto de 26 de octubre de 1855 y supuso una primera línea de defensa frente al impacto de la legislación desamortizadora y a las pretensiones del Ministerio que la promovía, el Ministerio de Hacienda, y sirvió para crear las categorías de los montes enajenables, no enajenables y de dudosa enajenación.

La última categoría, la de los montes de «dudosa enajenación o venta», obligaba, pues, para su determinación y concreción permitiendo la aplicación ponderada de la ley, a realizar un inventario exacto de cuáles eran tales montes, todo ello mientras en paralelo se sufrían las consecuencias del conflicto de competencias latente, en un sentido amplio, entre Fomento y Hacienda.

Por Real Decreto de 27 de febrero de 1856, desarrollado inmediatamente por Real Orden de 6 de marzo de 1856, se originó un importante cambio en la orientación de la clasificación, promovida, de nuevo, por Hacienda, pues ya no se trataba, como indica PÉREZ-SOBA, de adscribir montes de enajenación dudosa a uno de los otros dos grupos, sino de «hacer una relación de montes que debían exceptuarse de la Desamortización», considerándose, por el contrario, enajenables tanto los montes de «dudosa venta» como los montes «en estado de venta», siguiendo las categorías introducidas por el Informe de 1855 de la Junta del Cuerpo de Ingenieros de Montes.

Destaca el libro las urgencias del trabajo desarrollado por los Ingenieros de Montes para «descubrir», inventariándolos, los montes municipales, dando curiosas y significativas anécdotas concretas, como la encomienda por Orden de 3 de abril de 1856 del Gobernador Civil de la provincia de Zaragoza al Ingeniero de Montes ANTONIO LAÍNEZ (el primer Ingeniero de Montes que hubo en esa provincia y recién incorporado a su lugar de destino) para que reconociera ciento treinta y dos montes del partido judicial de Ejea, así como el informe enviado por LAÍNEZ el 12 de julio siguiente al Gobernador Civil en el que daba cuanta del reconocimiento de ochenta y cuatro montes, emitiéndose individualmente (según se conserva) por cada uno de los montes reconocidos.

Tras diversos avatares, se dictó el Real Decreto de 16 de febrero de 1859 que restablecía los criterios del Real Decreto de 26 de octubre de 1855 (que había seguido, a su vez, los criterios del Informe de la Junta de Cuerpo de Ingenieros de Montes), y que facultaba para suspender la enajenación de aquellos montes que fueran susceptibles de ser repoblados, bajo común acuerdo de los Ministerios de Fomento y de Hacienda.

No obstante, como manifestación de lo agudizado y profundo del conflicto, la disposición de rango inferior que la desarrollaba, la Real Orden de

17 de febrero de 1859, daba un plazo de ejecución a los trabajos de clasificación que finalizaba el 15 de junio de 1859 (es decir, un plazo de menos de cuatro meses para completar un inventario que no se había podido realizar en tres siglos), bajo severo apercibimiento, además, de sanción disciplinaria en el caso de demora, como se advirtió por Real Orden de 7 de mayo de 1859.

Consecuencia del cumplimiento de tales mandatos fue la elaboración de Clasificación General de los Montes Públicos de 1859 que, no obstante las dificultades habidas en su elaboración, supuso un primer inventario serio en materia de montes, de los que recoge ampliamente el autor sus resultados en la provincia de Zaragoza y las conclusiones objetivas que de ellos se extraen.

Esa tensión cierta entre Hacienda y Fomento tuvo un nuevo hito con ocasión de la promulgación y aprobación del Real Decreto de 22 de enero de 1862, en cuyo procedimiento de elaboración se omitió la solicitud de informe preceptivo de la Junta Facultativa del Cuerpo de Ingenieros de Montes, y por el que el Gobierno abandonaba los criterios científicos establecidos por la Junta Facultativa y el complementario de repoblación forestal, como límites a la enajenación de los montes municipales, y los sustituían por la aplicación de un criterio económico, estrictamente monetario, basado no en los beneficios indirectos del monte ni en sus características naturales, sino en sus rendimientos líquidos, de forma que únicamente se iban a exceptuar entonces de enajenación los montes de extensión mínima de cien hectáreas cuyas especies dominantes fueran pino, roble o haya.

La intensidad del conflicto interadministrativo (o mejor, entre la Hacienda y el Cuerpo de Ingenieros de Montes) había alcanzado tal grado que en la Real Orden de 22 de enero de 1862 (que desarrollaba el Real Decreto de fecha en el mismo día) se advertía severamente a los Ingenieros de Montes que se limitaran a aplicar el nuevo criterio de modo estricto, «prescindiendo de toda otra consideración y circunstancia», para intentar que se ampliasen con ello los montes enajenables en beneficio de la Hacienda pública y al margen de la Clasificación de 1859.

No obstante, —en un primer avance que apuntaba ya, siquiera remotamente, al régimen legal vigente del CMUP—, los montes excluidos de la Desamortización se vinculaban en la normativa aprobada en 1862 a la obligación de mejora y fomento como deber propio del Estado y de su Administración (vigilancia, ordenación y control de los aprovechamientos, repoblación y mejora, y fundamentalmente, defensa de la propiedad) y de su cumplimiento

y ejecución surgió el «Catálogo de Montes Públicos exceptuados de la Desamortización» de 1862, cuyos resultados para la provincia de Zaragoza se exponen y comparan por PÉREZ-SOBA en su relación con la Clasificación de 1859 y con el conjunto de la superficie nacional protegida.

La Ley de Montes de 24 de mayo de 1863 asumió los criterios del Real Decreto de 22 de enero de 1862, nuevamente reiterados por el Reglamento de desarrollo de la ley, de 17 de mayo de 1865, en lo que supuso el comienzo de un período oscuro para las tesis conservacionistas que defendían los Ingenieros de Montes, quienes, como señala el autor, sufrieron presiones tales como la petición de la desaparición del Cuerpo efectuada por algún diputado ante las Cortes Generales.

Fue por Real Orden de 8 de noviembre de 1877 (muy vinculada con la primera ley verdaderamente forestal de nuestra Nación, la Ley de 11 de julio de 1877, de repoblación, fomento y mejora de los montes públicos), por la que se dispuso la revisión del Catálogo de 1862 sobre la base de la formación de cinco relaciones de montes que suponían, en verdad, nuevo estudio general de montes públicos:

- 1ª) Los montes que cumplieran el requisito de cien hectáreas mínimas y pino, roble o haya como especies dominantes;
- 2ª) Los yermos, arenales y terrenos no cultivados susceptibles de repoblación forestal;
- 3ª) Los montes declarados de aprovechamiento común;
- 4ª) Los destinados a dehesas boyales;
- 5ª) Los enajenables conforme a las anteriores excepciones.

Esta Real Orden vino a agudizar, de nuevo, la tensión entre el Ministerio de Fomento y el Ministerio de Hacienda, pues si bien la formación de las cinco relaciones se encomendó exclusivamente a Ingenieros de Montes del Ministerio de Fomento, el Ministerio de Hacienda presionaba normativamente urgiendo la realización de los trabajos con la finalidad de obtener la enajenación de la mayor parte de montes públicos que permitiera la obtención de un mayor volumen de ingresos, en un momento en el que, como describe el autor, los Ingenieros de Montes, auxiliados sólo de su buena voluntad y de su espíritu de sacrificio, se encontraban en situación precaria en cuanto a número, retribución y medios; se veían obligados a enfrentarse a los poderes locales fácticos para intentar la recopilación y toma de datos de límites, existencias y cabidas de los montes; y estaban amenazados por proyectos legislativos que preveían la venta, sin distinción, de la totalidad de los montes públicos.

Expone el autor con detalle ese proceso de revisión del Catálogo de 1862 en la provincia de Zaragoza: la formación de las «Memorias de reconocimiento de montes» en el período 1862-1880; la propuesta de nueva Clasificación de los montes públicos de la provincia de 15 de marzo de 1880 formulada por el Ingeniero-Jefe del Distrito provincial JOSÉ BRAGAT Y VIÑALS; las «Memorias de clasificación de montes» elaboradas durante el período 1881 a 1896; y la formación del «Catálogo oficioso de montes públicos de la provincia de Zaragoza» en 1886, el cual sirvió de referencia, antecedente y base para la formación última posterior del Catálogo de Montes de Utilidad Pública.

Se da cuenta también en el libro de la lucha del Cuerpo de Ingenieros de Montes contra las ventas ilegales de montes que realizaba el Ministerio de Hacienda mediante la enajenación de montes que, aun cumpliendo condición de protectores, —o incluso pese a estar incluidos en el Catálogo—, eran fraudulentamente vendidos mediante torticeros cambios de denominación o alteraciones de linderos, y que tiene su jalón final —y victorioso para las tesis de los Ingenieros de Montes— en el dictamen del Consejo de Estado de 20 de marzo de 1892, que da el golpe de gracia a las ventas ilegales.

Permítame el lector, llegado a este punto, de un breve receso, pues para comprender en su adecuada situación e intensidad lo que se advierte al comienzo de esta reseña sobre las citas de HERÁCLITO y ORTEGA Y GASSET acerca de la voluntad y del destino del hombre, la pugna que tenía lugar entre Fomento y Hacienda era de tal magnitud que traspasaba los límites de lo estrictamente administrativo, según lo acreditan, como señala PÉREZ-SOBA, los riesgos personales afrontados por algunos Ingenieros de Montes en su lucha contra los excesos de Hacienda, quienes fueron procesados penalmente sólo por cumplir con su deber de impedir las destrucciones causadas por los compradores ilegales de los montes catalogados: en concreto, se cita el procesamiento del Ingeniero-Jefe del Distrito Forestal de Cádiz, SALVADOR CERÓN MARTÍNEZ, quien resultó finalmente absuelto por el Tribunal Supremo de todos los cargos que se le imputaban.

En el cumplimiento de la anterior normativa, y por Real Orden de 11 de febrero de 1893, el Ministerio de Fomento aprobó finalmente una «Relación de Montes enajenables», que remitió al de Hacienda, como avance de la suma de las relaciones de montes enajenables que se iban formando con arreglo a la Real Orden de 8 de noviembre de 1877, lo que lleva hasta el siguiente hito legal de la pugna entre ambos Ministerios: la Ley de 20 de septiembre de 1896, de adopción de determinadas medidas fiscales, que ordenó la urgente formación del nuevo Catálogo (ya denominado de montes «de utilidad pública»), derogó la Real Orden de 8 de noviembre de 1877 e impuso

un cambio conceptual, que partía ya de proporcionar una definición de montes de utilidad pública conforme con las aspiraciones y criterios conservacionistas de los Ingenieros de Montes y a la cual se vinculaba el objeto y definición del Catálogo.

A raíz del cambio de paradigma propiciado por la última modificación legislativa de 1896 a la que se acaba de hacer referencia, recoge el libro (en su página 87) una interesante y valiosísima cita de la glosa que, ya en 1896, hizo el prestigioso Ingeniero de Montes Don PRIMITIVO ARTIGAS TEIXIDOR sobre el concepto de «monte de utilidad pública» y su funcionalidad, que merece reproducirse atendiendo a lo que anticipaba, igualmente, en esta reseña a la hora de atribuir al empeño y al sacrificio personal de nuestros Ingenieros de Montes un papel destacado y sobresaliente en la generación de un régimen jurídico de protección de los montes públicos vinculado al Derecho medioambiental y a la necesidad de dar satisfacción al interés general en orden al aprovechamiento racional de los recursos naturales.

Decía Don PRIMITIVO ARTIGAS TEIXIDOR, ya hace más de ciento diez años, que *«todo ciudadano tiene derecho, y por consecuencia deber en el Gobierno hasta donde alcancen sus medios según cada Nación, al aire puro, al agua potable, a no ver inundados sus campos y perdidas las cosechas por la violencia de las aguas...y de aquí la necesidad de crear y conservar los montes que pueden llamarse de utilidad pública»*, lo que da la razón última de la catalogación: la utilización racional de los recursos naturales; y que cobra especial significación dada la identificación cierta entre la glosa que ARTIGAS hace en 1896 y el texto del artículo 45, en sus apartados 1 y 2, de la Constitución vigente, que proclama que *«todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo...»* y que *«los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente»*.

Se ve, pues, según se explica en la obra, cómo se quiebra finalmente el criterio meramente economicista que había impuesto Hacienda en 1862 (cien hectáreas y tres especies), tratando de limitar sobremanera los montes a excluir de la enajenación, para llegar a incluir como protegidos a montes cuyas características forestales y ecológicas los hacían merecedores de protección, en la lógica, ya expuesta, de las condiciones catalogación recogidas en el citado artículo 13 de la Ley aragonesa 15/2006, hoy vigente en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma.



La Real Orden del Ministerio de Fomento de 21 de noviembre de 1896 aún fue más allá en la fijación de criterios para catalogar un monte como de utilidad pública, mediante el establecimiento de una regla con función de cierre del sistema y determinante de un ámbito de discrecionalidad material técnica, que, atendiendo a la finalidad y a los datos concretos de cada monte, permitía a los Ingenieros de Montes, justificadamente, incluir montes en el Catálogo aun cuando no se adecuaban a los criterios generales de catalogación fijados en dicha normativa.

Sobre este cambio de paradigma, que suponía la inversión del sentido del avance en el combate mantenido entre el Ministerio de Hacienda y el Cuerpo de Ingenieros de Montes, el Real Decreto de 27 de febrero de 1897 atemperaba ya el conflicto interministerial mediante la creación de una comisión mixta Hacienda-Fomento, formada únicamente por Ingenieros de Montes (habiéndose creado una sección de Montes en el Ministerio de Hacienda en el año 1895 gracias a la condición de Ingeniero de Montes del Ministro de ese ramo, Don JUAN NAVARRO REVERTER), y que realizó finalmente una clasificación ordenada que distinguía entre la relación de montes de utilidad pública (cuya gestión se encomendó al Ministerio de Fomento) y la de montes que no revistieran interés general (cuya gestión se atribuyó al Ministerio de Hacienda), y que determinó el origen del «Catálogo de Montes de Hacienda» de 1897 cuyo estudio en el ámbito provincial se lleva a cabo, minuciosamente, por PÉREZ-SOBA en las páginas de su libro.

Y en el otro extremo, siguiendo ya un procedimiento que incorpora el reconocimiento del derecho de audiencia y a formular reclamaciones por los interesados, en 1901 se publican los Catálogos de Montes de Utilidad Pública de las provincias españolas, mediante el Real Decreto de 1 de febrero de 1901, por el que, además, junto con otra disposición reglamentaria de idéntica fecha, se atribuía al Ministerio de Fomento la custodia, ordenación e inscripción y registro de los montes de utilidad pública, reforzándose la garantía jurídica de la propiedad, estableciéndose asimismo la presunción legal de posesión —limitada al ámbito de los montes catalogados— como elemento y medio para su defensa a favor de las entidades titulares, y atribuyendo el ejercicio de las potestades públicas de defensa de la propiedad (sanción, deslinde, etc.) al Cuerpo de Ingenieros de Montes.

Había llegado el momento del triunfo de las tesis defendidas por el Cuerpo de Ingenieros de Montes, cuya trascendencia legal y material ha sido ya puesta anteriormente de manifiesto.

El libro, tras su epílogo, dispone de una cuidada bibliografía y de un pequeño anexo de ilustraciones que lo enriquece, estando sobria pero atrac-

tivamente encuadernado, bajo el Escudo del Cuerpo de Ingeniero de Montes, que lo preside.

Por ello, pues, cabe concluir esta reseña indicando que la obra comentada hace honor a su título, y nos cuenta, entresacada de las entretelas de la intrahistoria administrativa, una historia épica con protagonistas ciertos, que nos permite atisbar, desde la perspectiva del tiempo histórico transcurrido, los beneficios sociales, no menos ciertos, que su aptitud y actitud procuró y ha procurado para el conjunto de la sociedad.

Y, como se insinuaba ya al principio y ahora resumo, el libro de PÉREZ-SOBA contiene y nos transmite dos ideas básicas que hemos de atender con sumo cuidado en esta época nuestra caracterizada por la huida del Derecho Administrativo, por el olvido frecuente de la potestad de control, y por la pretendida entronización de una eficacia, con fines de control social, que se diluye en el reino de la imagen y de los medios de comunicación, cuyo trasfondo psicológico (hoy se está viviendo) reside en la codicia y en la vanidad que envilecen la conducta humana —y, por tanto, en el servicio al interés privado con olvido manifiesto del interés general—, y frente a lo que hay que oponer, como más eficaz para el desarrollo de un proyecto empresarial o para la ejecución de una política pública, no lo más rápido, sino lo mejor hecho.

Y lo mejor hecho es únicamente aquello que perdura, lo que es fruto de una voluntad de esfuerzo, constante e inteligente. Así lo hicieron los Ingenieros de Montes hace más de ciento cincuenta años y así nos lo recuerda PÉREZ-SOBA en su inteligente libro.

Luis Francisco BIENDICHO GRACIA

REGO BLANCO, María Dolores: *La acción popular en el Derecho administrativo y, en especial, en el urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, 533 pp.

La reciente evolución de la regulación de la legitimación en los procesos civil y contencioso-administrativo hacia el reconocimiento de los intereses colectivos, difusos, de grupo, etc., como situaciones jurídicas que dan acceso a los Tribunales de Justicia, evidencia la voluntad de hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza nuestra Constitución. El sector del urbanismo es la verdadera cuna de la acción popular, junto con el del patrimonio histórico-artístico y cultural, así como el emergente del medio ambiente. Así aparece en este contexto el libro de María Dolores REGO BLANCO, es un trabajo bien estructurado, bien titulado y cuyo índice refleja de forma clara su contenido.

1) En el ámbito del derecho administrativo, la acción pública o acción popular ha venido vinculada especialmente al sector del derecho urbanístico español, cuya vertebración técnica en nuestro ordenamiento tuvo lugar por primera vez en la Ley de 12 de mayo de 1.956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Más recientemente, encontramos alusiones a la acción pública en la Constitución Española de 1.978 (art. 125 «*los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...*») y en sendos art. 19 de la LOPJ y LJCA al reconocer la legitimación de su ejercicio a cualquier ciudadano en los casos expresamente previstos en las leyes; así como en la legislación sectorial que la instaura en un ámbito determinado mediante fórmulas parecidas entre sí, como por ejemplo la Ley de Costas de 1.988 que establece que «*será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación*».

Sin embargo, ninguna de estas normas aporta una definición de acción pública, quedando dicha labor a cargo de la jurisprudencia y la doctrina, que han mantenido la idea de que constituye una excepción al sistema de fiscalización judicial de la Administración, en el sentido de que habilita para interponer un recurso sustanciado en defensa de la legalidad y por tanto, distinguido por su carácter objetivo y por un *petitum* reducido a la anulación de actuaciones administrativas.

La legislación sectorial que con más arraigo ha admitido la acción popular contencioso-administrativa ha sido la urbanística. Su incorporación data

de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, que en su Exposición de Motivos destaca como uno de sus fines últimos la consecución del bienestar social, y en su art. 223 recogía la acción pública con el siguiente tenor: «Será pública la acción para exigir ante los Tribunales Contencioso-administrativos la observancia de la presente Ley y de los Planes de ordenación urbana».

Con este precepto nace la fórmula que ha devenido clásica en nuestro ordenamiento para reconocer la acción popular como legitimación especial para acudir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. A partir de esta norma, todo el urbanismo de la segunda mitad del siglo XX y el actual ha sido constante en su reconocimiento. Así, la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 2 de mayo de 1975 mantuvo la figura, añadiendo como novedad la especificación del plazo para su ejercicio. También se recogía en el artículo 304 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y actualmente se recoge en el artículo 4 letra f) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

La acción pública es un mecanismo de acceso al proceso contencioso-administrativo de carácter excepcional, pues sólo cabe ejercerla en los supuestos en que expresamente se prevé por la ley, tal y como indican la LOPJ y la LJCA. Es una acción desligada de la defensa de situación jurídicamente subjetiva alguna, ejercida en pro de la mera legalidad.

A la acción popular contencioso-administrativa le corresponde la naturaleza jurídica de derecho subjetivo procesal equivalente al de tutela judicial efectiva en sentido formal.

La calificación de «pública» o «popular» alude a que se atribuye la posibilidad de su ejercicio al ciudadano, sin embargo, y tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional (STC 154/1997), no puede tomarse como un derecho absoluto, sino como un derecho de «configuración legal» que el legislador debe regular y condicionar en su ejercicio.

En cuanto al régimen jurídico-legal, la acción pública contencioso-administrativa carece de una verdadera regulación general. El art. 19 LOPJ parece reenviar esta tarea a la LJCA, al decir que «los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley», y el art. 19.h) de la LJCA se circunscribe a establecer que está legitimado ante el orden contencioso-administrativo «Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes», remitiendo la selección de los mismos, a su vez, al legislador sectorial.

La acción pública, ha experimentado una notable expansión a raíz de la Constitución. En el año 1979 sólo se contemplaba, en sentido estricto, en el ámbito urbanístico y el la Ley 9/1978, de 28 de diciembre, del Parque Nacional de Doñana; mientras que en la actualidad cubre otros muchos.

Por otro lado, es llamativa la uniformidad de criterios entre los legisladores. Cabría hablar de una plena cristalización de la acción pública en los sectores del urbanismo y del patrimonio histórico-artístico, así como una generalización en el campo del medioambiente y de la ordenación del territorio.

La acción pública se reconoce a cualquier ciudadano, sin distinción o requisito alguno, en el art. 19 LOPJ y el art.69.b en relación con el art. 19 LJCA, por lo que se podría considerar una forma especial de legitimación creada ope legis y que se extiende a cualquier persona (STS 14/10/2001, STSJ Cantabria 19/02/2001), al considerar que toda persona tiene, cuanto menos, un interés digno de tutela jurisdiccional en que el ordenamiento sea observado en la materia de que se trate, es decir, que a nadie es indiferente que en esa material el ordenamiento se cumpla o no, puesto que nadie quedaría al margen de los efectos derivados de tal observancia o inobservancia. Cabría decir que la acción pública crea una presunción *iuris et de iure* de legitimación (Huerto Lora).

Los ámbitos que reconocen la acción pública se reducen a medio ambiente, patrimonio histórico, urbanismo y ordenación del territorio, coincidiendo con los valores y bienes jurídicos incorporados en el Capítulo II Título I CE (especialmente art. 44, 45, 46 y 47) entre los denominados como «tercera generación de los derechos constitucionalmente recogidos, cuya alegabilidad ante la jurisdicción se hace depender en el art. 53.3 CE de «lo que dispongan las leyes que los desarrollen». En opinión de M<sup>ra</sup> Dolores REGO BLANCO el que la acción pública se reconozca en estos sectores debe hacer que se replantee la idea de que esta figura jurídica no es más que un nuevo derecho autónomo y objetivo a ejercitar una acción. Habrá que reconocerle la consideración de un instrumento de la alegabilidad de dichos principios ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las nociones de derecho subjetivo y de interés legítimo que el art. 24 CE eleva a títulos de acceso a los tribunales no podría mantenerse limitadas a un entendimiento de corte individual, por lo que era necesario dar cabida igualmente a situaciones de carácter supraindividual o colectivo. En el ámbito de lo contencioso-administrativo encontramos el reflejo de lo supraindividual en arts. 7.3 LOPJ y 18 y 19 LJCA de 1998.

Sin embargo, nuestro ordenamiento no define normativamente qué hay que considerar como «interés legítimo colectivo», por lo que habrá que dife-

renciar el sentido con que se van a usar los adjetivos individual y supraindividual.

Un situación subjetiva (derecho o interés legítimo) es individual cuando el disfrute del bien jurídico a que la misma se refiere pueda desarrollarse en términos excluyentes por una persona (física o jurídica), a la cual, a su vez, corresponde la titularidad de tal derecho o interés. La situación es supraindividual cuando todos son titulares del derecho y todos están, consiguientemente, habilitados para exigir su respeto en juicio. Al instaurar la acción pública para la defensa de una situación jurídico-subjetiva, el legislador asume la universalidad con que la Constitución reconoce la titularidad de los llamados «principios rectores» en relación con los bienes jurídicos tutelados. Se podría decir que los derechos protegidos mediante la acción pública en nuestro ordenamiento son «derechos sin fronteras», es decir, derechos subjetivos supraindividuales.

La acción pública en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa es la facultad de exigencia frente a un tercero (la Administración) del contenido de determinadas situaciones jurídicas: derechos subjetivos de acción popular. Da cobertura a un tipo de situaciones jurídicas que aunque no puedan construirse desde los esquemas del individualismo, redundan de forma efectiva en las posibilidades de desarrollo íntegro de la persona humana, a las que aporta un relevante elemento de calidad.

Así considerada, la acción popular contencioso-administrativa es un elemento de perfeccionamiento de nuestra Jurisdicción contencioso-administrativa y de profundización en la interdicción constitucional de situaciones de indefensión judicial.

2) En un Estado de Derecho la figura de la acción pública contencioso-administrativa no puede dejar de tener implicación constitucional, en la medida que conecta con uno de los pilares esenciales de nuestro modelo de Estado: la fiscalización del poder.

En cuanto al control de la Administración Pública puede decirse que el objetivo de estos esfuerzos es hacer realidad el contenido del art. 103.1 CE (su sometimiento pleno a la ley y al Derecho) contando para ello con el control que los Tribunales tienen encomendando sobre «la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (art. 106 CE).

El control contencioso-administrativo que se pone en marcha cuando se ejercita la acción pública es un control de legalidad practicado por los mismos órganos jurisdiccionales, que recae sobre la Administración sujeta a Derecho administrativo, en garantía de situaciones jurídicas de los ciudadanos.

El art. 125 CE al afirmar que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquéllos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales» está refiriéndose a la acción pública en material penal, si bien el Tribunal Constitucional en ningún pronunciamiento ha afirmado que la acción pública contencioso-administrativa quede al margen de este artículo. Así, en STC 154/1997, 29 de septiembre, afirmó que el art. 125 recoge la acción popular pero también señala que «...en la forma... que la Ley determine...».

Otra cuestión es la polémica relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la acción popular, y su repercusión sobre la viabilidad del recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional reconoce la conexión entre los art. 125 y 24 CE, al considerar que cuando un proceso se inicia por ejercicio de la acción pública se tiene derecho a que aquél termine mediante una resolución judicial que no sea arbitraria ni manifiestamente errónea; derecho que, de ser vulnerado, sería susceptible de ser amparado por el Alto Tribunal, bajo el manto del art. 24 CE.

En conclusión, procederá el recurso de amparo constitucional tanto frente a la resolución arbitraria de los procesos contencioso-administrativos iniciados por un actor público; como contra la indebida obstaculación del acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en ejercicio de la acción popular.

Respecto a la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas a propósito de la acción popular, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.6 CE es el legislador estatal el que, según el reparto de competencias, debe desarrollar la Constitución para regular la acción pública, en cuanto que elemento del sistema de legitimación procesal, Tal es la tarea que a estos efectos desempeñan los art. 19 LOPJ y 19 LJCA. Ello no obsta, sin embargo, para que las Comunidades Autónomas puedan incorporar la acción pública en su regulación sustantiva, para permitir que, al margen de la titularidad de derechos subjetivos o de intereses legítimos de corte clásico (individual), pueda exigirse el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

3) Por lo que hace al elemento subjetivo activo de la acción popular contencioso-administrativa, el art. 125 CE se refiere a «los ciudadanos», expresión con la que coinciden los respectivos arts. 19 LJCA y LOPJ, que colocan como sujeto que puede ejercer la acción pública a «cualquier ciudadano», aludiéndose en la LOPJ a la condición de nacionalidad española del actor público.

En cuanto a la legislación sectorial, las fórmulas legales no coinciden en su literalidad, siendo bastante variada la gama de dicciones normativas., como «será pública la acción de exigir», «cualquier persona» o «cualquier persona, física o jurídica», o bien «los ciudadanos», incluso puede darse cuenta de un supuesto que atribuye la legitimación del ejercicio de la acción pública a «los ciudadanos y a las entidades públicas y privadas».

Una cuestión que hasta la fecha no cuenta con una solución cerrada es si el extranjero puede constituirse procesalmente como actor público contencioso-administrativo. El art. 125 CE se refiere a «los ciudadanos», expresión de la que no hay que concluir la prohibición a los no nacionales, máxime cuando el art. 13 CE recoge el principio de igualdad jurídica con los nacionales.

La LOPJ no añade nada, a diferencia del art. 19 LOPJ que sí podría interpretarse que contiene un requisito de nacionalidad pues determina que «*los ciudadanos españoles podrán ejercer la acción pública*».

Acudiendo a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social, destaca la falta de pronunciamiento expreso sobre la admisión del ejercicio de la acción pública contencioso-administrativa por parte de extranjeros, si bien su art. 3.1 establece, sin restricciones adicionales que «*los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I CE en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos*».

Por lo tanto este principio de igualdad habrá de utilizarse para dar respuesta a la pregunta de si los extranjeros han de considerarse titulares de los derechos subjetivos de acción popular que gozan de reconocimiento constitucional, aunque son de configuración legal. Y dado que ninguna ley sectorial que acoja la acción pública contencioso-administrativa niega su ejercicio a los extranjeros, la aplicación del principio de igualdad con los nacionales habrá de guiarnos hacia la contestación afirmativa de la cuestión.

El art. 125.1 CE y los art. 19 de la LOPJ y LJCA en cuanto al actor público se refieren a «los ciudadanos», expresión que podría hacer pensar en que la acción pública sólo se pudiera ejercer por personas físicas. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantienen que el término «ciudadanos» del art. 125 CE se refiere a personas privadas, sean éstas físicas o jurídicas.

En cuanto a la posibilidad del ejercicio de la acción pública por las Administraciones Públicas, nunca podrán ser tenidos como titulares de derechos público-subjetivos de carácter supraindividual, ya que justamente son sus suje-



tos pasivos. Además, Estado y Comunidades Autónomas, según la LBRL disponen de un recurso frente a los actos y acuerdos de las Entidades Locales que infrinjan el ordenamiento jurídico.

Respecto a la legitimación del Ministerio Fiscal como actor público ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el art. 19.1.f) LJCA le reconoce legitimación al «Ministerio Fiscal para *intervenir* en los procesos que determine la Ley». Aunque el precepto habla de intervención, la doctrina postula por la conveniencia de que el Ministerio Fiscal pudiera ejercer la acción pública ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo.

Los sujetos pasivos de la acción pública contencioso-administrativa por antonomasia son las Administraciones Públicas, así el art. 21 LJCA establece como parte demandada:

*a) Las Administraciones Públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el art. 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.*

*b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.»*

4) El ámbito del orden contencioso-administrativo cuando se ejercita la acción pública coincide con el ordinario descrito por el Título I LJCA, así cabrá interponer un recurso contencioso-administrativo a través de la acción pública en relación con «la actuación de la Administración sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación».

Dos son los ejes expositivos en los que se estructura el ejercicio de la acción popular:

\*el tipo de actividad administrativa impugnada a través de la acción pública.

\*las diferentes pretensiones que bajo el ejercicio de la acción popular se admite formular.

En términos generales, de acuerdo con la LJCA, el *petitum* de un recurso contencioso-administrativo, puede concretarse en:

— La declaración de disconformidad con el ordenamiento del acto o disposición impugnada, y en su caso, su anulación (art. 31.1.LJCA):

Esta pretensión integra el *petitum* de las demandas interpuestas en ejercicio de la acción pública, pues es el primer paso hacia la exigibilidad de la observancia y cumplimiento de lo previsto en una determinada Ley en los casos de trasgresión positiva de la misma.

— El reconocimiento de una situación jurídica individualizada, así como la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas, daños y perjuicios, cuando proceda (art. 31.2 LJCA).

Por lo que es obvio que bajo la acción pública, por la misma naturaleza de las cosas, no podría prosperar una pretensión de reconocimiento de una situación individualizada, el pronunciamiento de la Sentencia «no deviene individualizable».

El art. 31.2 LJCA al referirse a las posibles medidas de restauración de la situación jurídica lesionada por la vulneración del ordenamiento jurídico, alude expresamente a la indemnización. Sin embargo, en los ámbitos donde rige la acción pública no es jurídicamente posible construir un concepto de indemnización particularizada del actor público derivada de una responsabilidad patrimonial de la Administración pública. De lo que sí podría hablarse es de una indemnización que viniera a responder de la obligación de reponer las cosas a su estado original, que se haga recaer sobre quien atentara directamente contra los bienes jurídicos protegidos con acción pública. Se trataría de una indemnización no individualizada, sino supraindividual. Tales indemnizaciones habrían de gestionarse por la Administración competente en la materia.

— La condena a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas (art. 32.1 LJCA).

La LJCA de 1998 admite los recursos por acción pública con pretensiones de condena. El problema jurídico que representa el incumplimiento de la obligación formal que impone la Ley 30/1992 de resolver un procedimiento administrativo, sigue solucionándose a través del silencio administrativo.

Se pone de manifiesto lo artificioso de las condiciones a que se somete el recurso del art. 29.1 LJCA, dado que el verdadero escollo en el control de la inactividad administrativa está en la discrecionalidad administrativa que, impregna estos deberes de hacer.

— La declaración de ser contraria a derecho una actuación material constitutiva de vía de hecho, y que se adopten medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica (art. 32.2 LJCA)

Desde la perspectiva de la acción pública, lo interesante del art. 30 LJCA y concordantes, es que permite consolidar la evolución histórico-jurídica que subraya que lo característico de la vía de hecho administrativa no es el ámbito objetivo en que incida la actuación ilegítima de la Administración, sino que la actuación administrativa se produzca ignorando los requisitos de procedimiento y competencia impuestos por el ordenamiento.

En relación a este punto la autora pone en cuestión la tesis tradicional basada en una concepción objetiva de la acción pública, de que los recursos en virtud de la misma se deben circunscribir a pretensiones de anulación. Se defiende por María Dolores REGÓ la posibilidad de que el actor popular consiga fallos de condena ante la pasividad ilícita de la Administración. También se estudia la posibilidad de instar las medidas cautelares solicitadas en ejercicio de la acción popular, aspecto éste muy poco tratado entre la doctrina.

5) Algunas normas sectoriales que, en material medioambiental, reconocen la acción pública, condicionan su tramitación a que se aporte suficiente fundamentación de su ejercicio. Sin embargo, cualquiera que sea el sector donde se reconozca la acción pública, la falta de fundamentación en su ejercicio en vía administrativa podría frustrar los objetivos del actor público.

En la vía jurisdiccional, a tenor del art. 56 LJCA faltando la relación de los hechos, o exponiendo unos que ninguna relación guarden con el hecho impugnado; careciendo de fundamentos de Derecho o de *petitum*, el órgano jurisdiccional tendrá que poner fin al proceso en una sentencia desestimatoria.

En cuanto a las causas de inadmisión del recurso contencioso-administrativo previstas en el art. 69LJCA se aplican a los recursos interpuestos por acción pública de forma idéntica a como se hace en los recursos deducidos al amparo de cualquier otro tipo de legitimación, a excepción de los siguientes apartados:

— Art. 69.b) LJCA: la falta de legitimación: en ningún caso procedería aplicarlo para resolver la inadmisión de un recurso interpuesto en ejercicio de la acción pública, dado el reconocimiento universal de la titularidad de los derechos subjetivos de la acción popular.

— Art. 69.d) LJCA: la cosa juzgada: los efectos de la cosa juzgada de las Sentencias dictadas en recursos interpuestos por acción pública, no se apartan de la regla general de los efectos de las Sentencias contencioso-administrativas. Todas las Sentencias gozan de eficacia jurídico procesal de cosa juzgada formal, y las que versan sobre el fondo del asunto litigioso, además provocan efectos de la cosa juzgada material para las partes en el proceso. Otra cosa es que la eficacia jurídico-material que pueda nacer de dichas sentencias se extienda *erga omnes*.

— Art. 69.e) LJCA: el plazo de interposición: para la defensa ante la Jurisdicción contencioso-administrativa de los derechos de acción pública rigen, en principio, los plazos de interposición del recurso establecidos con carác-

ter general en el art. 46 LJCA, según las pretensiones se deduzcan en relación con una disposición de carácter general, un acto administrativo, un supuesto de inactividad administrativa, o un caso de vía de hecho, etc.

Otra cuestión que se suscita es el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos de acción popular.

Uno de los Principios Generales de nuestro sistema jurídico es el de «desamparo del abuso del derecho», que plasman positivamente los arts. 11 LOPJ y 7 CC.

Teniendo en cuenta que ninguno de estos dos preceptos hace mención expresa de exclusión alguna, se diría que deben entenderse aplicables a cualquier tipo de derecho. En principio, pues, también a los derechos subjetivos de acción popular es exigible un ejercicio no abusivo de cualquiera de las facultades que lo integran.

El ordenamiento jurídico-positivo no ofrece una definición de lo que sea abuso del derecho, correspondiendo a la jurisprudencia facilitar criterios para poder determinar cuándo se sobrepasan manifiestamente los límites normales de su ejercicio. Un criterio que ha gozado de predicamento entre la jurisprudencia es el de estimar que hay abuso en la interposición del recurso a través de la acción pública cuando el fin perseguido realmente sea causar un perjuicio a tercero que no sea exigido para el bien de la comunidad, utilizado por primera vez en STS de 22 de enero de 1980.

Según el Código Civil es necesario que el ejercicio abusivo del derecho ocasione a otra persona un daño. En el caso de la acción pública el tercero sería el titular de la actividad jurídica cuya legalidad, directa o indirectamente, se enjuicia.

Otro factor que ha de tenerse en consideración, según la jurisprudencia, es el de que de la acción se derive un beneficio para la colectividad.

La conclusión a la que se puede llegar es que no es trasladable el concepto de abuso del derecho al ejercicio de los derechos subjetivos de acción popular consistente en accionar en vía administrativa o judicial, o que dicha facultad no es susceptible de abuso en sentido estricto, no tiene sentido considerar que puede provocar abuso la pretensión de que una actividad se reconduzca a lo previsto por el ordenamiento jurídico.

6) Finalmente la cuestión que se analiza es si la presencia de derechos subjetivos de acción popular puede o debe imponer alguna peculiaridad a la tramitación de los procedimientos administrativos que hayan de sustanciarse en el correspondiente ámbito.

Teniendo en cuenta la universalidad de la titularidad de los derechos subjetivos de acción popular, en los correspondientes sectores, la publicidad y transparencia deben tenerse, por definición, como un imperativo en su grado máximo.

Si bien la Constitución no hace mención expresa del «principio de transparencia», éste puede considerarse implícito en la instauración de un Estado democrático de Derecho. Así ha quedado reflejado en la Ley 30/1992, cuyo art. 3.5 de carácter básico, establece «En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación».

Muchas son las manifestaciones del principio de transparencia en nuestro derecho, si bien nos interesa particularmente la de la información administrativa, el acceso a la información que puede solicitar el ciudadano, como un instrumento para el ejercicio de otros derechos.

Con base en el art. 105.b) CE, que prevé la regulación por Ley del derecho de los ciudadanos a acceder «a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas», en nuestro ordenamiento jurídico existen distintas normas legales que desarrollan y configuran el derecho a la información administrativa, entroncando con la Ley 30/1992, de carácter básico, que reconoce este derecho en sus art. 35.a), g) y h) y art. 37, añadiendo éste último precepto especiales condiciones para el acceso a documentos que contengan datos referentes a la intimidad (aptdo. 2), que tengan carácter nominativo (aptdo. 3), regulando las causas de denegación de acceso (aptdo. 4) y los expedientes que se excluyen del objeto del derecho (aptdo. 5).

Tratándose de derechos subjetivos de acción popular, de sus características propias se desprende, la reivindicación de un régimen propio para el ejercicio de la correspondiente facultad de acceso a la información. El efectivo ejercicio de estos derechos exige que la información acerca de la situación concreta de los bienes jurídicos protegidos se facilite a través de un régimen de acceso especialmente abierto.

En el mundo del urbanismo, el art. 4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo alude a los derechos del ciudadano, y concretamente en su apartado f), nos habla de que todos los ciudadanos tienen derecho a ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de eva-

luación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

Mención aparte merecen, por su singularidad, dos leyes urbanísticas que contemplan con mayor extensión el derecho al acceso informativo. Se trata de la Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y de la Ley de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo.

En cuanto al objeto de la información que la Administración debe proporcionar, en el sector urbanístico, las leyes omiten la referencia a la disciplina urbanística, aludiendo exclusivamente a la planificación y gestión urbanísticas. Todas estas normas urbanísticas vienen a referirse a las normas de planeamiento y a los instrumentos de gestión. Se deja sentir la influencia de lo previsto en el art. 105.2 CE que incluye entre las excepciones de acceso a los archivos y registros administrativos, lo relativo a «la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas»; y también lo dispuesto en el art. 37.3 Ley 30/1992, que niega a los terceros el acceso a los documentos de carácter nominativo que, aunque no contengan otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas, sean de carácter sancionador o disciplinario, estén o no terminados.

Es el apartado 3 del art. 86 Ley 30/1992 el que regula las consecuencias jurídicas de la participación y no participación en cualesquiera trámites de información pública. La aplicación de este precepto al supuesto de la comparecencia en el trámite de información pública en los ámbitos donde se reconocen los derechos de acción pública no presenta dificultad jurídica. La no participación en la información pública en modo alguno condiciona el título de legitimación para interponer un ulterior recurso, con lo que la primera regla del art. 86.3 Ley 30/1992 («*La incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento*») resulta sin más trasladable al actor popular no compareciente, a quien, en consecuencia, no se le privará de poder recurrir la resolución definitiva por la que se ponga fin al procedimiento.

Tras el análisis anterior, se puede apuntar que la tramitación de los expedientes de licencias urbanísticas se regula a espaldas del principio de publicidad formal y participación. Los trámites de inicio y resolución del procedimiento administrativo no se someten a publicación en los diarios oficiales ni tampoco se diseña en él un trámite de información pública. Ello determina, de facto, la negación de la participación en dicho procedimiento de los titulares de derechos de acción pública, lo que como afirma CIERCO SEIRA, viene

a suponer un detrimento de la garantía y control de los mismos, a la vez que los propios derechos de carácter patrimonial implicados. Con este panorama se impide que pueda llegar a entrar en juego la defensa preventiva de los bienes jurídicos tutelados mediante la técnica de la acción pública, difiriendo la salvaguarda de los mismos al momento del recurso administrativo o contencioso-administrativo.

Para asegurar la vigencia del principio de publicidad formal y material, en relación con la tramitación de licencias urbanísticas, M<sup>ra</sup>. Dolores REGO BLANCO propone de *lege ferenda* las siguientes modificaciones normativas:

— establecer la obligatoria publicidad formal sobre su tramitación, a través de la inserción de un trámite de información pública, publicando debidamente la iniciación del correspondiente expediente. El desarrollo y difusión de las publicaciones de los diarios oficiales y de los tablones de anuncios municipales a través de internet potenciarán la difusión real y efectiva de esta información.

— recurrir simultáneamente a la publicidad material que proporcionaría la colocación de un cartel informativo in situ, dando cuenta de la solicitud de licencia de obra.

Esta opinión la comparto con la autora de la obra ya que ello aumentaría la información de los ciudadanos de las actuaciones que se están llevando a cabo amparadas en licencia urbanística, lo que redundaría en un beneficio para la colectividad, cumpliendo derechos consagrados constitucionalmente.

El libro resulta ciertamente interesante, tanto por el tema como por la novedad de los planteamientos seguidos por su autora, huye de la pura descripción y del mero acopio de datos, y acoge el difícil papel de hacer propuestas.

María Jesús LATORRE MARTÍN