

REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

34

**Junio**

**Año 2009**

## 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. 34 (2009)

	<i>Páginas</i>
<i>Lista de colaboradores</i> .....	7
<b>ESTUDIOS</b>	
J. PEMÁN GAVÍN: <i>El derecho constitucional a la protección de la salud. Una aproximación de conjunto a la vista de la experiencia de tres décadas de vigencia de la Constitución</i> .....	11
R. RIVERO ORTEGA: <i>Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España</i> .....	51
J. CANTERO MARTÍNEZ: <i>El régimen jurídico del personal investigador de las universidades públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público: novedades y nuevas perspectivas para su reconducción hacia el ámbito de lo público</i> .....	81
C. COELLO MARTÍN: <i>Aguafuertes sobre la invocación de los derechos históricos como cuestión política o puramente administrativa</i> .....	127
<b>DEBATES</b>	
R. SÁNCHEZ FERRIZ: <i>Los límites de las libertades informativas</i> .....	227
O. BOUAZZA ARIÑO: <i>Ordenación del litoral y abusos urbanísticos (el caso valenciano)</i> .....	255
V. LÓPEZ-IBOR MAYOR: <i>La problemática jurídica del sector eléctrico</i> .....	285
L. FERNÁNDEZ VILLADANGOS: <i>Una panorámica sobre la estructura del mercado eléctrico en España: resultados y retos</i> .....	305
J.B. LORENZO DE MEMBIELA: <i>Democracia, gobernanza y desarrollo sostenible en la nueva gerencia pública</i> .....	325
L. LATORRE VILA: <i>Análisis jurídico de la nueva Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón</i> .....	343
S. CASTEL GAYÁN: <i>La ordenación jurídico-administrativa de la participación ciudadana: una mirada desde el Estado autonómico</i> .....	399

## SUMARIO

### JURISPRUDENCIA

- M.T. CANTÓ LÓPEZ: *La inaplicación del silencio positivo como vía para la obtención de licencias urbanísticas contra legem (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009)* ..... 449

### DERECHO COMPARADO

- Reforma constitucional, asamblea nacional constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999) (A.R. BREWER-CARÍAS)* ..... 481

### CRÓNICAS

- Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2009 (J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ)*..... 533
- Crónica del Encuentro «El empleo público en el siglo XXI» (N. GUILLÉN NAVARRO)* ..... 555
- Crónica del Curso «Urbanismo y gestión en pequeños municipios. Novedades, legislación urbanística en Aragón. Ley estatal de Contratos en el Sector Público» (N. GUILLÉN NAVARRO y M. MARTÍNEZ PÉREZ)* ..... 569

### BIBLIOGRAFÍA

- VV.AA.: *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín Retortillo, Zaragoza, 2009 (R. SALANOVA ALCALDE)* ..... 587

## LISTA DE COLABORADORES

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

BOUAZZA ARIÑO, Omar:  
Profesor Titular interino de  
Derecho Administrativo,  
Universidad Complutense de  
Madrid.

BREWER-CARIAS, Allan R.:  
Profesor de la Universidad Central  
de Venezuela.

CANTERO MARTÍNEZ; Josefa:  
Profesora Titular de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Castilla-La Mancha.

CANTÓ LÓPEZ, María Teresa:  
Profesora Contratada Doctora de  
Derecho Administrativo,  
Universidad de Alicante.

CASTEL GAYÁN, Sergio:  
Administrador Superior de la  
Diputación General de Aragón.

COELLO MARTÍN, Carlos:  
Profesor Asociado Doctor de  
Derecho Administrativo,  
Universidad de La Rioja.

FERNÁNDEZ VILLADANGOS, Laura:  
Profesora de Política Económica,  
Universidad de Barcelona.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás:  
Becario de Investigación FPI de  
Derecho Administrativo,  
Universidad de Zaragoza.

LATORRE VILA, Luis:  
Administrador Civil del Estado,  
Cortes de Aragón.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente:  
Presidente del Estudio Jurídico  
Internacional y Ex-Consejero de la  
Comisión Nacional de la Energía.

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

MARTÍNEZ PÉREZ, Marta:  
Licenciada en derecho,  
Universidad de Zaragoza.

PEMÁN GAVÍN, Juan:  
Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad  
de Lérida.

RIVERO ORTEGA, Ricardo:  
Catedrático acreditado de  
Derecho Administrativo,  
Universidad de Salamanca.

SALANOVA ALCALDE, Ramón  
Secretario General Técnico  
de la Vicepresidencia,  
Gobierno de Aragón

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio:  
Catedrática de Derecho  
Constitucional, Universidad  
de Valencia.



# **ESTUDIOS**



# **EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD**

## **Una aproximación de conjunto a la vista de la experiencia de tres décadas de vigencia de la Constitución(\*)**

JUAN PEMÁN GAVÍN

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL.— II. LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL. EN PARTICULAR, EL ARTÍCULO 12 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.— III. LA FALTA DE UNA DOCTRINA REFERIDA ESPECÍFICAMENTE AL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.— IV. LOS AVANCES EN EL TERRENO LEGISLATIVO (A): LA ASISTENCIA SANITARIA.— V. LOS AVANCES EN EL TERRENO LEGISLATIVO (B): LA SALUD PÚBLICA.— VI. CONSIDERACIONES FINALES.*

*RESUMEN:* El trabajo acomete una aproximación de conjunto sobre el derecho a la protección de la salud a la vista de la experiencia de tres décadas de vigencia del texto constitucional. En particular, subraya las novedades y desarrollos producidos en los últimos años que inciden sobre el disfrute efectivo del derecho a la salud y que implican avances en el cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 43 de la Constitución. Novedades y desarrollos producidas más

---

(\*) El presente trabajo se inserta en el Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación DER2008-05227/JURI: «Hacia un nuevo modelo de protección social». El trabajo se cierra en mayo de 2009.

Las abreviaturas que utilizo en el texto son las siguientes: ATC (Auto del Tribunal Constitucional), BOE (Boletín Oficial del Estado), CE (Constitución Española de 1978), FJ (Fundamento Jurídico), CODESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), LO (Ley Orgánica), OIT (Organización Internacional del Trabajo), OMS (Organización Mundial de la Salud), PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), RD (Real Decreto), RDS (Revista «Derecho y Salud»), RArAP (Revista Aragonesa de Administración Pública), RVAP (Revista Vasca de Administración Pública), SNS (Sistema Nacional de Salud), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional) y TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

en el ámbito legislativo que en el de la jurisprudencia constitucional, escasamente activa en relación con el tema.

*Palabras clave:* derecho a la salud; derechos sociales; Pacto Internacional de Derechos Económicos; Sociales y Culturales; asistencia sanitaria; salud pública.

*ABSTRACT:* The work carries out an approximation of set on the right to health protection in view of the experience of three decades of force of the constitutional text. Especially, it underlines the innovations and developments produced in the last years that affect on the effective enjoyment of the right to health and that involve advances in the fulfilment of the requirements derived from the article 43 of the Constitution. Innovations and developments produced more in the legislative area than in that of the constitutional jurisprudence, scantily active in relation with the topic.

*Key words:* right to health; social rights; International Covenant on Economic; Social and Cultural Rights; sanitary assistance; public health.

## **I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL**

La Constitución de 1978 consagró el derecho a la protección de la salud mediante una fórmula concisa y sin duda abierta a una interpretación gradual o progresiva y adaptable a las cambiantes circunstancias de cada momento histórico. «Se reconoce el derecho a la protección de la salud», dice lacónicamente el artículo 43 CE en su apartado 1, que se ubica en el marco sistemático del Capítulo III del Título I («De los principios rectores de la política social y económica») y se complementa con algunos mandatos adicionales de contenido igualmente muy abierto (apartados 2 y 3) (1).

Mediante este precepto constitucional quedó plasmado en la norma que encabeza nuestro ordenamiento jurídico el compromiso político y jurídico de los poderes públicos con la protección de la salud de la pobla-

---

(1) El contenido de los apartados 2 y 3 es el siguiente:

«2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

ción, tanto en su vertiente colectiva como en la individual. Un compromiso que se había ido materializando en nuestro país de manera paulatina a lo largo de las décadas anteriores a la promulgación de la Constitución y que había tenido plasmación ya entonces en el ámbito internacional y en el del Derecho comparado; ámbitos ambos en los que podía considerarse consolidada la tendencia al reconocimiento del derecho a la protección de la salud así como de los demás derechos vinculados a la idea del *Estado social* y calificados como «sociales» o «económico-sociales».

La ya amplia andadura recorrida por nuestro texto constitucional, que acaba de cumplir tres décadas de vigencia —creo que felizmente—, proporciona una perspectiva suficiente para volver la atención sobre este derecho e intentar una aproximación de conjunto en torno al mismo (2). Un derecho de contenido marcadamente *prestacional* que, al igual que otros derechos formulados en el Capítulo III (del Título I CE) como el derecho al medio ambiente, el derecho a la vivienda o el derecho de acceso a la cultura, implica sobre todo un *mandato de actuación* para los poderes públicos y, en primer lugar, al poder legislativo. Lo cual sitúa a estos derechos en el polo opuesto de las normas constitucionales completas y de efectos inmediatos (como la fijación de la mayoría de edad en los dieciocho años por el art. 12 CE o la prohibición de sanciones administrativas privativas de libertad por el art. 25.3 CE) y aconseja que su análisis se realice desde la perspectiva que proporcionan los ciclos temporales de cierta duración; ciclos temporales que permiten valorar en qué medida el mandato implícito en estos derechos se cumple de manera efectiva y

---

(2) El tema fue objeto de diversas aproximaciones durante los años ochenta, entre las que cabe destacar el estudio de E. BORRAJO DACRUZ, *Artículo 43. Protección de la salud*, en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, T. IV, Edersa, Madrid, 1984. Yo mismo abordé la cuestión en la primera parte de mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1989. En los últimos años no abundan los estudios doctrinales sobre la materia; no obstante, cabe citar las aportaciones de J. RIVERO LAMAS, *Protección De la salud y Estado social de Derecho*, Real Academia de Medicina de Zaragoza, 2000; M. JIMÉNEZ DE PARGA, *El derecho a la salud en la Constitución española*, en el vol. col. *IX Congreso Nacional de Derecho sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, MAPFRE, Madrid, 2003; I. DE LA CUEVA ALEU, *El derecho constitucional a la protección de la salud: jurisprudencia constitucional*, en el volumen colectivo *Salud pública y Derecho Administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004; I. TAJADURA TEJADA, *La protección de la salud (art. 43 CE)*, en el vol. col. dirigido por J. TAJADURA TEJADA, *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, y J. CANTERO MARTÍNEZ, *La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud*, RVAP 80 (2008).

en qué medida la legislación positiva los ha transformado en derechos subjetivos plenamente exigibles.

En efecto, si bien es cierto que la mayoría de los derechos constitucionales, incluyendo los que aseguran a la persona una determinada esfera de libertad, tienen en alguna medida un componente prestacional y requieren una acción positiva por parte del Estado —por lo que incorporan también de manera implícita un mandato de actuación para los poderes públicos—(3), es claro que esta faceta prestacional resulta especialmente intensa en los derechos sociales, cuyo fundamento se sitúa, como es bien sabido, en el principio de Estado social (art. 1.1 CE) y en el mandato general de igualdad real o sustancial que formula el art. 9.2 de la Constitución (4).

Los derechos sociales (derechos «económicos, sociales y culturales», según la terminología consolidada en el ámbito internacional) tienen que ver con el aseguramiento a toda la población de las condiciones y medios indispensables para una vida digna (ingresos mínimos, empleo, atención

---

(3) Piénsese así en la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE), en relación con la cual la propia Constitución prevé unas relaciones de colaboración del Estado con la Iglesia católica y demás confesiones religiosas (art. 16.4), en las libertades de expresión y de información (art. 20), a propósito de las cuales se contempla la existencia de unos medios de comunicación social dependientes del Estado (art. 20.3), en la libertad de asociación (art. 22), en relación con la cual existe una amplia acción de fomento por parte de las Administraciones públicas, o en el derecho a la tutela judicial (art. 24), de contenido muy complejo pero que exige necesariamente la existencia y operatividad de una organización judicial que pueda satisfacerlo y que conlleva, en determinados casos, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sobre la dimensión prestacional presente en no pocos derechos fundamentales ha llamado la atención Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo *Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones*, que recoge la lección pronunciada con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Zaragoza (publicado inicialmente en esta REVISTA 15, 1999, se incluye también en el libro recopilativo del prof. MARTÍN-RETORTILLO, *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009).

(4) La calificación de un Estado como social implica, como es bien sabido, que el mismo asume el aseguramiento a toda la población de unas condiciones existenciales mínimas a través de la cobertura de sus necesidades básicas o vitales (la procura existencial o *Daseinsvorsorge*, según la conocida fórmula alemana). Sobre el concepto de Estado social y sus implicaciones, véanse los estudios de M. GARCÍA PELAYO, *El Estado social y sus implicaciones*, incluido en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977 y A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984. Como exposiciones monográficas más recientes sobre el estado de la cuestión al respecto cabe citar las de B. GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002 y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007. Una aproximación sintética sobre el tema puede encontrarse en M. ARAGÓN REYES, *Artículo 1*, en el vol. col. dirigido por M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 33-36.

sanitaria, educación, vivienda, etc.) y requieren a tal efecto, de manera ineludible, la creación y funcionamiento de unas estructuras organizativas al servicio de los ciudadanos que absorben necesariamente un cuantioso volumen de recursos públicos. Lo cual exige obviamente un previo desarrollo legislativo en el que se vertebran las estructuras administrativas *ad hoc* y se precisen las prestaciones y servicios que se ofrecen, el contenido de los derechos que se reconocen a los ciudadanos así como las vías para su protección. Con independencia de que tales derechos sociales constitucionalmente reconocidos jueguen también un papel de límite a la acción legislativa —su vulneración puede dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas por parte del Tribunal Constitucional—, no cabe duda de que los correspondientes preceptos de la Constitución constituyen normas incompletas necesitadas en primer lugar de la *interpositio legislatoris* para que pueda llegar a garantizarse el disfrute efectivo de tales derechos, pero también del diseño y aplicación de una *política pública* (empleo, Seguridad Social, educación, sanidad, vivienda, etc.) de cuya eficacia y continuidad va a depender ineludiblemente la efectividad del disfrute de los derechos sociales, en un escenario que necesariamente ha de contemplar la progresividad de los objetivos a lograr —con mejoras progresivas y metas sucesivamente más ambiciosas— y una continua adaptación a las circunstancias socioeconómicas del momento. Ello contrasta ciertamente con los derechos clásicos de libertad consagrados desde el primer constitucionalismo liberal (protección frente a las detenciones arbitrarias, legalidad de los delitos y las penas, libertad ideológica y religiosa, inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión, libertad de asociación, etc.), cuyo contenido primario se traduce en una exigencia de abstención o de no intromisión por parte del Estado en una esfera de autodeterminación de cada persona; exigencia que despliega por sí misma sus efectos prohibitivos (respecto de la acción estatal), sin perjuicio de que exista en ellos también un desarrollo legal, más o menos intenso según los casos, con una función delimitadora de los contenidos y de los cauces de protección del derecho.

Ahora bien, ello no significa en modo alguno que los preceptos constitucionales que reconocen derechos sociales carezcan de efectos normativos (como mandatos de acción positiva y como límites para la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador) o que, a la vista del ordenamiento positivo en su conjunto, los derechos sociales no constituyan derechos subjetivos plenamente exigibles. Aunque es obvio que en

el plano constitucional la mayor parte de los derechos sociales tienen una protección débil (como consecuencia de su exclusión del recurso de amparo y de su ubicación en el Capítulo III del Título I, entre los «principios rectores») (5), si tomamos en consideración el conjunto del ordenamiento jurídico en vigor en el momento presente (Constitución + legislación ordinaria) puede decirse que el grado de protección y efectividad que tienen algunos derechos sociales (como el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social o el derecho a la salud), resulta perfectamente comparable al que tienen los derechos configurados directamente por la Constitución como derechos subjetivos, incluso con rango de fundamentales (6).

---

(5) No obstante, hay determinados derechos sociales reconocidos en el Capítulo II del Título I. Es el caso del derecho a la educación (art. 27.1) y del derecho al trabajo con una remuneración suficiente (art. 35), o también de determinados derechos que se reconocen a los internos en establecimientos penitenciarios por el art. 25.3 (entre otros, el derecho a un trabajo remunerado y a las prestaciones de Seguridad Social).

(6) La separación entre los derechos «civiles y políticos» y los calificados como «económicos, sociales y culturales» está muy marcada en el Derecho Internacional, tanto en el ámbito universal (a través de los dos Pactos de Nueva York de 1966 que desarrollaron la Declaración Universal de Derechos Humanos en dos bloques de derechos: los civiles y políticos por un lado y los económicos, sociales y culturales por otro) como en el ámbito regional (así sucede en el Consejo de Europa, a través de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Social Europea de 1961, y también en la Organización de Estados Americanos, a través de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y de su Protocolo Adicional de San Salvador de 1988). Separación que se traduce en diferencias importantes en cuanto a la eficacia vinculante de las correspondientes normas y a los mecanismos de protección de los derechos que se establecen.

En nuestra Constitución esta diferenciación no está tan marcada, pero es también perceptible dado que la mayor parte de los derechos sociales se incluyen en el Capítulo III del Título I y, en consecuencia, entran dentro de las coordenadas generales sobre eficacia y protección que el art. 53.3 CE establece en relación con los preceptos de dicho Capítulo. Ahora bien, debe notarse que hay también derechos sociales en el Capítulo II del Título I de la Constitución (véase lo indicado en la nota anterior) y que no todos los derechos reconocidos en el Capítulo III son encuadrables dentro de la categoría de los derechos sociales.

Sobre la eficacia normativa de los «principios rectores de la política social y económica» (Capítulo III del Título I CE) me permito remitir a mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, cit., pp. 71-79, así como a la exposición de José María RODRÍGUEZ SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, cit., pp. 43-52. Una detenida exposición sobre los muy numerosos posicionamientos doctrinales en torno a los derechos sociales, puede verse en la monografía citada de Beatriz GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza y estructura de los derechos sociales*, cit., en la que se subrayan las dificultades para formular una construcción unitaria sobre el fundamento, la naturaleza jurídica y la estructura de los derechos sociales. Una crítica a los criterios habitualmente sostenidos en la doctrina para la diferenciación de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos puede verse en la monografía de Gerardo PISARELO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007. Sobre la plena configuración de no pocos derechos sociales como derechos subjetivos en nuestra legislación positiva ha llamado la atención recientemente Francisco LÓPEZ MENUJO en su interesante y minuciosa ponencia presentada al IV Congreso de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo sobre

En concreto, me propongo subrayar algunas de las novedades y desarrollos producidos en los últimos años que inciden sobre el disfrute efectivo del derecho a la salud en nuestro país y que implican avances significativos en el cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 43 de la Constitución. Novedades y desarrollos que se han producido más en el ámbito legislativo (al que nos referiremos en los epígrafes IV y V) que en el de la jurisprudencia constitucional (que consideraremos en el epígrafe III), escasamente activa en relación con el tema, como tendremos ocasión de constatar. Ello nos permitirá obtener una aproximación cabal sobre el grado de efectividad del derecho constitucional a la salud, tanto desde la perspectiva de los logros conseguidos, como desde la de los retos pendientes. Pero antes de ocuparnos de tales novedades y desarrollos, resulta oportuno hacer una referencia a la esfera internacional para subrayar algunos datos especialmente relevantes en relación con el derecho a la salud desde la perspectiva del Derecho Internacional de los derechos humanos (epígrafe II).

## **II. LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL. EN PARTICULAR, EL ARTÍCULO 12 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

A. El reconocimiento del derecho a la salud estaba ya plenamente consagrado a nivel internacional en el momento de promulgarse nuestra Constitución. Baste recordar al efecto que la Carta Social Europea de 1961 —en el ámbito por tanto del Consejo de Europa— había reconocido a toda persona el derecho a «beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar» (parte I, apartado 11), o que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 había proclamado «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» concretando

---

*Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía* (Valladolid, febrero de 2009); en particular subraya LÓPEZ MENDUO que no cabe analizar hoy los principios rectores del Cap. III Tít. I como si no hubieran pasado 30 años desde que se promulgó la Constitución y que ninguna valoración rigurosa sobre el peso real que los derechos sociales tienen en el ordenamiento jurídico español puede hacerse sin tener en cuenta cómo los trata hoy el conjunto del Derecho positivo que puebla los diarios oficiales; Derecho positivo que en no pocos casos ha transformado los principios rectores en derechos exigibles, de modo que no cabe ya lamentarse por un estado de indefensión ante la jurisdicción que en gran medida no es real en la actualidad.

a continuación una serie de compromisos que los Estados asumían para hacer efectivo dicho derecho (7).

Con posterioridad, ha habido otros Tratados internacionales sobre derechos humanos que han incorporado también este derecho, si bien con un ámbito de proyección más limitado. Así cabe citar, por lo que se refiere a los instrumentos de carácter regional, la *Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos* de 1981 (art. 16) y el *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador en 1988 (art. 10). Y por lo que se refiere a los Tratados de proyección universal pero referidos a grupos determinados de población son de destacar la *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979 (art. 11.1.f y art. 12), la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989 (art. 24) y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de 2006 (art. 25) (8).

B. De todas estas formulaciones del derecho a la protección de la salud —en las que puede identificarse un núcleo común pero también matices específicos en cada caso—, interesa reparar en la contenida en el

---

(7) Debe advertirse que preocupación por la salud, como bien fundamental de la persona humana, aparece reflejada ya en el artículo 25.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, en el que se contemplan —a través de una formulación conjunta y condensada— diversos derechos humanos referidos a la esfera económico-social: «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]». Un poco antes (año 1946) la Constitución de la Organización Mundial de la Salud había proclamado en su Preámbulo que el «goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social», mediante una proclamación que, unida al generoso concepto de salud que incorpora dicho texto («un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»), buscaba obviamente no tanto desplegar efectos jurídicos concretos como fijar un objetivo político ambicioso para la Organización que incorporaba además una indudable carga de utopismo.

(8) Tanto la Carta Social Europea como el PIDESC y las tres Convenciones de Naciones Unidas citadas en último lugar (la de 1979 contra la discriminación de la mujer, la de 1989 sobre los derechos del niño y la de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad) han sido ratificadas por España, de modo que vinculan al Estado español y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico conforme a lo dispuesto por el art. 96 CE. Por lo que se refiere a la Convención contra la discriminación de la mujer y la relativa a los derechos de las personas con discapacidad, España ha ratificado también sendos Protocolos facultativos que contemplan la posibilidad de presentar denuncias individuales («comunicaciones» presentadas por personas o grupos de personas) ante Comités *ad hoc* (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad respectivamente).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) habida cuenta del ámbito universal de su proyección y de la ya dilatada experiencia habida en su interpretación y aplicación (9).

Es concretamente el artículo 12 del Pacto el que se refiere al derecho a la salud y lo hace en los siguientes términos:

«1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas.

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.»

En concreto, procede preguntarse por los instrumentos que se contemplan para garantizar la efectividad de este derecho así como por el contenido concreto que el mismo ha alcanzado en la praxis aplicativa que ha tenido durante los años de vigencia del Pacto. Un Tratado éste que, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) —hermano gemelo o quizás mejor «mellizo» del PIDESC—, continúa ocupando sin duda una posición de especial relevancia dentro de la ya ingente obra de Naciones Unidas en favor del reconocimiento y protección de los derechos humanos (10).

---

(9) Téngase en cuenta que los Tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por España, además de incorporar compromisos jurídicamente vinculantes para el Estado que forman parte de nuestro ordenamiento —de acuerdo con lo dispuesto por el art. 96.1 CE—, tienen también unos efectos normativos indirectos derivados de lo establecido por el art. 10.2 CE, en virtud del cual los derechos que nuestra Constitución reconoce deben interpretarse «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

(10) Recuérdese que la codificación general de los derechos humanos acometida por Naciones Unidas se llevó a cabo a través de dos Tratados internacionales independientes, sin perjuicio de que se elaboraran y aprobaran de forma paralela: uno referido a los denominados «derechos civiles y políticos» y otro referido a los «derechos económicos, sociales y culturales». Con la entrada en vigor de estos textos, que no se produciría hasta 1976, quedó cerrado un largo proceso diri-

1. Por lo que se refiere a los mecanismos que se contemplan para garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 12 del PIDESC, son los que genéricamente se establecen para los derechos reconocidos en dicho Tratado que, como es sabido, no son particularmente contundentes o enérgicos en la medida en que están vinculados a los procedimientos propios del Derecho Internacional clásico o tradicional, escrupulosos con el respeto a la soberanía de los Estados.

Al respecto interesa subrayar en primer lugar la formulación general que se contiene en el art. 2 del PIDESC sobre las obligaciones derivadas del mismo para los Estados Parte; formulación que presenta matices claramente diferenciados respecto a la que realiza el precepto correspondiente del otro Pacto, el de Derechos Civiles y Políticos (también en su art. 2). En el art. 2 del PIDESC queda clara, por un lado, la obligación de los Estados de «adoptar medidas [...] para lograr [...] por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos» reconocidos en el Pacto, pero no deja de admitirse la existencia de condicionamientos fácticos con efectos limitativos de tales medidas (las obligaciones asumidas alcanzan «hasta el máximo de los recursos de que disponga» cada Estado parte) ni se elude tampoco admitir que el avance hacia la plena efectividad de los derechos ha de producirse en términos de gradualidad (el adverbio *progresivamente* matiza la referencia al logro de la plena efectividad de los derechos) (11).

---

gido a dar eficacia jurídica a los derechos humanos contemplados en la Declaración Universal de 1948 —que tuvo como es bien sabido un extraordinario valor político y moral pero que carece de efectos jurídicos directos—, y a concretar su contenido. En virtud de los dos Pactos Internacionales de 1966 los derechos humanos proclamados en 1948 quedaron incorporados a Tratados internacionales que vinculan a todos los Estados parte en los mismos. El número de ratificaciones obtenida por estos Tratados es hoy ciertamente elevado: por lo que se refiere al PIDESC son 159 los Estados que lo han ratificado (según datos actualizados a julio de 2008), lo que supone un porcentaje muy alto de los miembros de Naciones Unidas. España ratificó ambos Pactos mediante sendos instrumentos de ratificación de 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril de 1977).

(11) La redacción del apartado 1 de este art. 2, no es particularmente feliz, como puede comprobarse:

«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

Por su parte, el apartado 2 formula con mayor claridad la regla de la no discriminación en el disfrute de los derechos al decir que «los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a

Y por otro lado debemos dejar constancia de que, en relación con los derechos reconocidos en el PIDESC, no sólo no existe un órgano de naturaleza jurisdiccional que garantice su efectividad —lo que es ajeno por completo al sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas—, sino que tampoco es posible interponer denuncias individuales ante órganos *ad hoc* frente a las vulneraciones que los Estados realicen de los derechos que se han comprometido a respetar. Lo cual contrasta con lo que acontece en el ámbito de los derechos reconocidos en el PIDCP, donde es factible dicha posibilidad frente a todos los Estados que han ratificado el Protocolo facultativo del PIDCP sobre el Comité de Derechos Humanos. Protocolo facultativo que regula la presentación de tales denuncias individuales ante el mencionado Comité, que es un órgano integrado por 18 expertos independientes al que se encomiendan las funciones de control del cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones (12). Al no existir esta posibilidad en relación con los derechos económicos y sociales —por el momento no han cuajado los intentos de elaborar en relación con los mismos un Protocolo facultativo al PIDESC sobre presentación de denuncias individuales (13)—, las fórmulas de control del cumplimiento

---

garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color [...]».

En contraste evidente con el art. 2.1 del PIDESC y en coherencia con la diferente naturaleza de los derechos reconocidos en ambos Pactos, el art. 2.1 del PIDCP establece que «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color [...]».

(12) El Comité de Derechos Humanos fue creado y regulado por el propio PIDCP (arts. 28 y ss.), en el que se le atribuye la competencia para conocer de los informes que han de presentar los Estados sobre el cumplimiento de sus obligaciones (art. 40) así como, con carácter voluntario para los Estados Partes que lo acepten, la competencia para conocer de las comunicaciones que presente un Estado Parte presente frente a otro Estado Parte (art. 41). Junto a estos dos mecanismos, la posibilidad de presentación de denuncias individuales («comunicaciones de individuos») se contempla de forma separada en el Protocolo facultativo primero al PIDCP, aprobado por la Asamblea General de manera simultánea al Pacto, el 16 de diciembre de 1966. Dicho Protocolo Facultativo regula la posibilidad del Comité de «recibir y considerar comunicaciones de individuos» que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte (en el Protocolo facultativo) y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de uno de los derechos reconocidos en el PIDCP (art. 1). España se adhirió a este Protocolo facultativo mediante instrumento de 17 de enero de 1985.

(13) Téngase en cuenta no obstante que el derecho a la protección de la salud aparece recogido también, respecto de las mujeres, en el art. 12 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979 y respecto de las personas con discapacidad, en el art. 25 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, con los contenidos que en ambos casos se establecen. Y en relación con ambos Convenios sí que existen sendos Protocolos facultativos sobre presentación de denuncias individuales ante los respectivos

por parte de los Estados de las obligaciones asumidas en virtud del PIDESC quedan limitadas al compromiso que asumen los Estados de presentar *informes periódicos* sobre el grado de cumplimiento de tales obligaciones. Informes que deben reflejar «las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos» (art. 16.1 PIDESC) y que se presentan ante el Secretario General de Naciones Unidas para que los transmita al Consejo Económico y Social y, en su caso, a los organismos especializados interesados (art. 16.2) (14). Un sistema que es por lo demás análogo al establecido en su momento por la Carta Social Europea (15).

No obstante, debe señalarse que un cierto impulso en las fórmulas de control del cumplimiento por los Estados de las obligaciones dimanantes del PIDESC se produjo a raíz de la creación en 1987 de un órgano *ad hoc*, especializado en vigilar la aplicación de dicho Pacto y, de modo particular, en conocer los informes periódicos que presentan los Estados: el denominado «Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» (CODESC), que está configurado con características análogas al Comité de Derechos Humanos (16). Dicho órgano, formado también por 18 expertos independientes y con sede en Ginebra, ha desarrollado una importante labor en la orientación del cumplimiento por los Estados de su obligación de presentar informes y en el control de los informes presentados y, con ello, del cumplimiento de los contenidos del Pacto mismo.

---

Comités, Protocolos que han sido ratificados por España (vid. BOE de 9 de agosto de 2001 y BOE de 22 de abril de 2008 respectivamente).

(14) El primero de estos informes debe presentarse a los dos años de la ratificación del Pacto por el correspondiente Estado y, con posterioridad, cada cinco años. Sobre los objetivos y el contenido que deben tener los informes presentados por los Estados Partes, véase *la Observación General nº 1* del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 24 de febrero de 1989. El mismo Comité ha elaborado unas instrucciones de alcance más concreto a través del documento *Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties* de fecha 17 de junio de 1991.

(15) Sobre el mecanismo establecido en la Carta Social Europea para el control del cumplimiento por los Estados de las obligaciones derivadas de la misma véase J. P. COSTA, *La Carta Social Europea revisada*, en el vol. col. dirigido por S. MUÑOZ MACHADO y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial, Civitas, Madrid, 2000, pp. 435 y ss.

(16) Creado formalmente por Resolución del Comité Económico y Social de 28 de mayo de 1985, dicho órgano no entró en funcionamiento de modo efectivo hasta 1987. A diferencia del Comité de Derechos Humanos, el CODESC no es por tanto un órgano creado en virtud de un Tratado, sino por decisión del Consejo Económico y Social, para desempeñar las funciones de supervisión que al mismo le atribuye el Pacto. Es por tanto un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social y su autoridad emana de este órgano.

Por otro lado, es importante subrayar que el trabajo de supervisión desarrollado por el Comité y la experiencia que el mismo ha ido acumulando se ha condensado en la redacción, a partir de 1989, de diversos documentos interpretativos que han ido precisando el contenido y alcance de diversos preceptos del PIDESC. Se trata de los documentos de «Observaciones generales» (*General Comments*), a través de los cuales el Comité ha pretendido orientar a los Estados Parte en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Pacto y clarificar los objetivos del mismo y la interpretación que debe darse a sus contenidos.

2. Uno de ellos se ha referido precisamente al derecho a la protección de la salud: se trata de la Observación General n° 14, de fecha 11 de agosto de 2000 (17), en la que el Comité condensó su experiencia en la materia y fijó unas pautas interpretativas generales sobre las obligaciones derivadas para los Estados del art. 12 del PIDESC. Aunque no es ésta la ocasión para exponer de manera exhaustiva el contenido de este documento, procede destacar algunos de los aspectos más significativos que aporta.

a) Como no podía ser de otra manera, el Comité reconoce en este documento la libertad de que dispone cada Estado para adoptar las medidas que juzgue más apropiadas para que todas las personas disfruten de ese nivel más alto de salud al que se refiere el art. 12 del PIDESC en atención a sus circunstancias específicas. También reconoce, los condicionamientos que derivan de la limitación de recursos disponibles y la necesidad de avanzar de manera progresiva hacia la plena efectividad del derecho a la salud. Pero ello no le impide subrayar la existencia de obligaciones de efecto inmediato, como son la garantía de no discriminación y la exigencia de adoptar medidas «deliberadas y concretas» dirigidas a la plena realización de este derecho, señalando que la relación de medidas que se incluyen en el apartado 2 de dicho artículo tiene un alcance meramente ejemplificativo. Y subraya asimismo la presunción de que no son permisibles las medidas regresivas en relación con el derecho a la salud, salvo que el Estado que las adopte aporte una justificación suficiente para ello.

---

(17) *Observación general n° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 de agosto de 2000 (E/C. 12/2000/4).

b) Importante me parece también la identificación de algunas condiciones generales que deben reunir los establecimientos y servicios públicos de salud en su sentido más amplio (no sólo, por tanto los de asistencia sanitaria, sino también los de salud pública). El documento exige una *disponibilidad* de tales establecimientos y servicios (lo que se traduce en una oferta suficiente de los mismos), la *accesibilidad* de los servicios (que implica la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la información), su *aceptabilidad* (deben ser respetuosos con la ética médica y culturalmente adecuados, es decir, respetuosos también con la cultura de las personas y de las minorías y sensibles a las circunstancias del género y del ciclo de la vida), y su *calidad* (adecuados desde el punto de vista científico y médico).

c) Por otro lado, el Comité ofrece una concreción de los niveles mínimos de protección de la salud que los Estados están obligados a garantizar. En este sentido se mencionan, entre otros aspectos, el acceso a los servicios de salud en condiciones de no discriminación, con especial consideración de los grupos vulnerables o marginados, la alimentación esencial mínima, el acceso a los medicamentos esenciales según el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales de la OMS, la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, etc.

d) Junto a ello, se considera también obligatorio para los Estados la existencia de mecanismos de recurso efectivos frente a las vulneraciones del derecho a la salud, al indicarse que toda persona o grupo «que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional».

e) Por último, debe destacarse que el documento se ocupa también de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con el derecho a la salud, sobre la base de la declaración general contenida en el art. 2.1 del PIDESC en virtud de la cual las medidas conducentes a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales han de adoptarse separadamente por cada Estado o bien «mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas». A tal efecto se refiere, entre otras, a las siguientes exigencias: a) los Estados tienen la obligación, de acuerdo con las normas internacionales generales y hasta el máximo de su capacidad, de prestar ayuda en casos de catástrofes y asistencia humanitaria en situaciones de emer-

gencia así como de asistir a los refugiados y desplazados, lo que incluye la ayuda médica; b) los Estados Partes deben abstenerse de imponer embarcos o medidas análogas que restrinjan el suministro a otro Estado de medicamentos y equipos médicos, de modo que no puede utilizarse la restricción de estos bienes como medio de ejercer presiones políticas o económicas; y c) los Estados Partes deben respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países así como impedir que terceros vulneren este derecho en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre ellos por medios legales o políticos.

Desde la publicación de la Observación General nº 14 existe por tanto lo que puede considerarse una doctrina oficial sobre el contenido del art. 12 PIDESC, de modo que los Estados disponen de unas pautas concretas que les orientan sobre las obligaciones que derivan del mismo. Pero ello no es óbice para reconocer que la plena efectividad del derecho a la protección de la salud es una meta todavía muy lejana. Reconocimiento que hace el propio documento al subrayar (apartado 5) que el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto e, incluso, para las personas que viven en la pobreza, un objetivo cada vez más remoto (18).

### **III. LA FALTA DE UNA DOCTRINA REFERIDA ESPECÍFICAMENTE AL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Como hemos apuntado al principio, el papel que ha jugado el derecho a la salud en nuestra jurisprudencia constitucional es ciertamente

---

(18) Al margen de labor del Comité que queda condensada en este documento, debemos dejar constancia de que desde el año 2002 existe, fuera ya de lo que es el marco institucional del PIDESC, un *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* creado por decisión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (hoy Consejo de Derechos Humanos) con un amplio mandato centrado en la reunión de información de todas las fuentes pertinentes sobre el derecho a la salud, la elaboración de informes sobre la situación en todo el mundo del ejercicio efectivo del este derecho y la presentación de recomendaciones al respecto. En el contexto de este mandato, el Relator Especial sobre el derecho a la salud ha venido desarrollando una amplia actividad (consultas a organismos e instituciones especializadas, visitas a países concretos, presencia en muy diversos foros, elaboración y presentación de numerosos informes a la Comisión y a la Asamblea General, etc.); actividad que ha dado lugar a un acervo documental ya importante sobre numerosos aspectos del derecho a la salud consagrado no sólo en lo que suele denominarse «Carta Internacional de Derechos Humanos» (donde se incluye la Declaración de 1948 y los Pactos de 1966) sino también en los diversos instrumentos convencionales de Naciones Unidas relativos a grupos específicos (mujeres, niños, personas con discapacidad, refugiados, etc.).

modesto, lo cual tiene que ver sin duda con la opción de nuestra Constitución de ubicar el derecho a la salud dentro del Capítulo III del Título I, fuera del espacio reservado a los derechos fundamentales en sentido propio que son susceptibles de recurso de amparo. Con ello ha venido a suceder que en nuestro país las cuestiones conflictivas vinculadas con el derecho a la salud encuentran acomodo con naturalidad en el ámbito de actuación de los Tribunales ordinarios, que velan por el respeto de la legislación vigente ofreciendo tutela judicial frente a las vulneraciones de los derechos de los ciudadanos, así como en otras instancias de supervisión de la acción de los poderes públicos como los defensores cívicos (el Defensor del Pueblo estatal y las instituciones autonómicas análogas, que se ocupan de manera habitual de las disfunciones e insuficiencias de nuestro sistema sanitario público). Pero tales cuestiones han venido estando ausentes de nuestra justicia constitucional (19), a diferencia de lo sucedido en otros países, cuyos Tribunales Constitucionales se han venido ocupando del derecho a la salud e, incluso en algunos casos, han realizado aportaciones de considerable interés sobre la materia (20).

En efecto, aunque no faltan pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional que han debido ocuparse de cuestiones particularmente problemáticas planteadas en relación con la actividad médico-sanitaria, es lo cierto que en los mismos el derecho a la salud ha jugado un papel mar-

---

(19) Tan solo cabe citar al respecto la STC 95/2000, de 10 de abril, en la que se estimó un recurso de amparo por falta de razonabilidad de una sentencia en la que se había denegado el derecho a la asistencia sanitaria a una persona extranjera; falta de razonabilidad que comportaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En ella el TC declara (FJ 5) que la trascendencia constitucional del defecto apreciado en la sentencia se intensificaba por el hecho de que la denegación impidiera el acceso «a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el art. 43 CE». A lo cual añadía que «la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que no sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada».

(20) Me permito remitir para ello a los datos que se contienen en mi trabajo *El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado*, de próxima publicación en el nº 179 de la Revista de Administración Pública.

ginal o nulo. La jurisprudencia constitucional ha debido pronunciarse así sobre la negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos (ATC 369/1984, de 20 de junio, y SSTC 166/1996, de 28 de octubre, y 154/2002, de 18 de julio), sobre la despenalización parcial del aborto (STC 53/1985, de 11 de abril), sobre la alimentación y el tratamiento médico forzoso de presos en huelga de hambre (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio), sobre las esterilizaciones no consentidas de personas con discapacidad psíquica (STC 215/1994, de 14 de julio), sobre la utilización de embriones y fetos humanos (STC 212/1996, de 19 de diciembre) o sobre las técnicas de reproducción asistida (STC 116/1999, de 17 de junio), pero los correspondientes pronunciamientos se centran en derechos constitucionales que tienen carácter fundamental, como los derechos a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) o la libertad religiosa (art. 16 CE), pero no se ocupan del derecho a la salud o, como mucho, lo mencionan en un plano muy marginal.

Otro tanto puede decirse de los diversos supuestos en los que se ha recabado la intervención del Tribunal Constitucional para poner remedio a situaciones a las que se ha reprochado la generación de daños o riesgos para la salud de las personas. Así ha sucedido en materia de contaminación acústica (STC 119/2001, de 24 de mayo), en relación con la ejecución de penas privativas de libertad o con medidas que inciden sobre los reclusos (SSTC 35/1996, de 11 de junio, 25/2000, de 31 de enero, y 5/2002, de 14 de enero), a propósito de una decisión de la Administración de denegar la prórroga de una baja laboral (STC 220/2005, de 12 de septiembre) o, también en el ámbito laboral, en relación con decisiones del empleador presuntamente lesivas para la salud del trabajador (SSTC 62/2007, de 27 de marzo y 160/2007, de 2 de julio); supuestos todos ellos en los que el centro de gravedad de la cuestión controvertida recae en realidad en el derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15 CE que, en razón de su ubicación dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, es susceptible de amparo constitucional (21).

---

(21) En la sentencia 119/2001, el TC admitió la posibilidad de que una situación que ponga en grave peligro la salud de las personas (en el caso controvertido, por la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido) implique una vulneración del derecho a la integridad física y moral: «si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garan-

Junto a ello debemos notar que una cierta presencia tuvo el derecho a la salud en la primera jurisprudencia constitucional relativa a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a propósito de la relación entre la competencia sobre la igualdad en las condiciones básicas de los derechos constitucionales (art. 149.1.1ª CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE) (22), pero la jurisprudencia constitucional posterior ha tendido a centrarse en los títulos competenciales específicos ofrecidos por el art. 149. 1 de la Constitución para abordar los problemas competenciales planteados en el ámbito sanitario (especialmente

---

fizado en el art. 15 CE» (FJ 6). No obstante, en el caso enjuiciado por la sentencia no se apreció esta vulneración del derecho a la integridad física pues el Tribunal entendió que la demandante no había acreditado ni la conexión entre el ruido y la lesión de su salud ni la existencia de tal lesión.

En todo caso, es importante subrayar que el TC ha mantenido una línea de separación nítida entre el derecho a la integridad física y el derecho a la salud sin perjuicio de la obvia interconexión entre los dos derechos. Esta línea jurisprudencial de separación fue subrayada por el ATC 57/2007, de 26 de febrero, a propósito de un recurso de amparo interpuesto en relación con el requerimiento dirigido por una Administración a un empleado a su servicio para que aportara el perfil biométrico de su mano con la finalidad de implantar un control de permanencia del personal mediante un equipo digital.

En el FJ 3 de este Auto, se considera inaceptable la asimilación del derecho a la integridad física (art. 15 CE) con el derecho a la salud (art. 43.1 CE) que «no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica reconocido en el Capítulo tercero del Título primero, que puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (art. 53.3 CE), pero que no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales supone el amparo constitucional (art. 53.2 CE)». Frente a lo pretendido por el recurrente, el TC afirma al respecto lo siguiente:

«sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, de nuestra doctrina se deduce con claridad, que no cabe invocar en el recurso de amparo la tutela del derecho a la protección de la salud mediante el expediente de introducir su contenido en el ámbito del derecho a la vida y a la integridad física (ATC 192/1993, de 14 de junio, FJ 1). Como es obvio, no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física. El invocado derecho a la integridad física protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), de modo que habrá intervenciones corporales indiferentes para la salud del sujeto pasivo, pero prohibidas por el art. 15 CE, y otras que, por las circunstancias en que se producen, puedan resultar legítimas desde el punto de vista de ese precepto constitucional, pese a poder incidir sobre la salud u ocasionar algún grado de malestar a la persona afectada. Para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos suponga la lesión de su derecho fundamental a la integridad física es requisito necesario que como consecuencia de aquélla se «ponga en peligro grave e inmediato la salud» (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6), o se produzca lo que la STC 220/2005, de 12 de septiembre, llamó «un riesgo relevante» que genere «un peligro grave y cierto para la salud del afectado» (FJ 4).

(22) Véase en particular la STC 32/1983, de 28 de abril, en su Fundamento 2.

el título sobre las *bases* de la Sanidad que figura en el art. 149.1.16<sup>ª</sup> CE), dejando en segundo plano en cambio la regla 1<sup>ª</sup> del art. 149.1 (23). Tampoco desde esta perspectiva puede decirse, por tanto, que el derecho a la salud haya desempeñado un papel relevante en la jurisprudencia constitucional, si bien debe decirse que el Estado viene invocando con habitualidad dicho título, junto con el relativo a las bases de la Sanidad, en la fundamentación competencial de la legislación sanitaria.

\* \* \*

Sí que hay en cambio datos y novedades de interés en el terreno del desarrollo legislativo de este derecho constitucional; terreno en el que no puede decirse que haya estado ausente la preocupación por cumplir el mandato de «lograr progresivamente» la «plena efectividad» del derecho a la protección de la salud (en los términos que consagra el art. 2.1 del PIDESC) o la exigencia de que dicho derecho informe la «legislación positiva» y la «actuación de los poderes públicos» (según la fórmula que incorpora el art. 53.3 CE). Nos referiremos separadamente a continuación a algunas de las novedades que se han producido últimamente —la consideración de los últimos doce años ofrece un período que, por un lado, resulta suficientemente extenso y, por otro, es abarcable con cierta facilidad— en los dos ámbitos tradicionales de la acción de las Administraciones sanitarias, que lo son también de materialización del derecho a la salud: las prestaciones de asistencia sanitaria (epígrafe IV) y las actuaciones en el ámbito de la salud pública (epígrafe V).

---

(23) Un ejemplo ilustrativo de ello nos lo proporciona la STC 98/2004, de 25 de mayo, relativa a la fijación de los precios de referencia de los medicamentos —que conlleva a la vez la determinación de los límites a la financiación pública de los mismos—, en la que la competencia estatal recogida en el art. 149.1.1<sup>ª</sup> CE se sitúa en un segundo plano (FJ 9). En el Voto Particular formulado por el Magistrado J. Díez-Zapata a esta sentencia (al que se adhirió el Magistrado R. García-Calvo) se sostiene, frente a la posición mayoritaria, un planteamiento que pone énfasis en el concepto de Estado social, en el derecho constitucional a la salud (que se califica como «condición previa para el ejercicio de los demás derechos fundamentales») y en la regla primera del artículo 149.1 como fundamentación de la competencia exclusiva del Estado para fijar los precios de referencia de los medicamentos.

#### IV. LOS AVANCES EN EL TERRENO LEGISLATIVO (A): LA ASISTENCIA SANITARIA

En el ámbito de la asistencia sanitaria ha habido, en lo fundamental, continuidad con las opciones consagradas en la etapa anterior (que se plasmaron en su momento en la Ley General de Sanidad de 1986 y en las diversas disposiciones que vinieron a desarrollarla y complementarla, entre las que cabe incluir al RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS), pero las novedades introducidas en los últimos años no puede decirse que hayan sido pocas ni tampoco —si se consideran conjuntamente— de escaso calado.

A. Por lo que se refiere al *quantum* prestacional, esto es, al contenido concreto de la asistencia sanitaria que se ofrece por nuestro sistema público de salud a todos sus beneficiarios, se han introducido diversas novedades de signo ampliatorio que reflejan el principio o cláusula de progreso, tan característico del sector sanitario y, en general, de los derechos económico-sociales. Concretamente deben mencionarse las reglas sobre prestaciones sanitarias contenidas en la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y en el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, sobre «cartera de servicios comunes» de dicho Sistema.

En virtud de estas disposiciones, la determinación del contenido de las prestaciones se ha llevado a cabo separando dos momentos o fases que no se distinguían en la ordenación llevada a cabo por el citado RD 63/1995. Ahora se contempla por un lado el *catálogo de prestaciones* establecido en la Ley (la Ley 16/2003), en el que se fija la estructura básica y los contenidos fundamentales de la atención sanitaria que dispensa nuestro sistema público de salud, y, por otro lado, la *cartera de servicios* concretada reglamentariamente (a través del RD 1030/2006), que constituye un desarrollo analítico del catálogo que viene a detallar «el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos [...] mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias» (art. 20.1 de la Ley de Cohesión) y que se concibe como algo necesariamente mudable y adaptable en función de la evolución de las tecnologías sanitarias sin necesidad de modificar la Ley (24).

---

(24) Las pautas sustantivas y procedimentales aplicables para la actualización del catálogo se fijan en los arts. 21 y 22 de la Ley 16/2003 y se desarrollan en el RD 1030/2006. En reali-

Aunque no podemos entrar en el detalle de una materia cuya prolijidad nos haría perder el hilo conductor de este estudio, debemos subrayar que Ley de Cohesión implicó en su momento, además de la plasmación a nivel legal de la estructura y contenidos básicos de la asistencia sanitaria pública —plasmación que no existía con anterioridad—, algunas aportaciones de carácter novedoso en la configuración de las prestaciones sanitarias. En este sentido, cabe destacar la consideración de las *prestaciones de salud pública*, de la *asistencia sociosanitaria* y de la *atención de urgencia* como prestaciones con entidad y contenido propios (arts. 11, 14 y 15 de la Ley de Cohesión). Y por lo que se refiere a la cartera de servicios comunes fijada en el RD 1030/2006, debe hacerse constar que implica un mayor grado de precisión en los contenidos concretos de la asistencia que venía siendo prestada (25) aportando a la vez una sistematización mejorada y más completa de las prestaciones garantizadas por el SNS así como algunas novedades de claros efectos ampliatorios. Entre ellas cabe mencionar las precisiones que se incluyen en relación con las prestaciones de salud buco-dental, con las actividades de rehabilitación o con los cuidados paliativos de enfermos terminales; la expresa previsión de algunas técnicas específicas como la anestesia epidural en los partos normales, la tomografía por emisión de positrones (PET) en oncología, o también la incorporación de algunas situaciones no contempladas anteriormente como la obesidad mórbida (26).

---

dad no hay una única cartera de servicios, sino que, junto a la cartera de servicios comunes (fijada en el RD 1030/2006), existen también las carteras de servicios autonómicas, que pueden añadir técnicas o procedimientos adicionales sin prescindir de ninguno de los incluidos en la cartera común.

(25) Según señala el Preámbulo del RD 1030/2006, su finalidad no es otra que definir las prestaciones que el SNS «actualmente está ofertando a los ciudadanos», así como «garantizar estas prestaciones comunes». El grado de precisión que aporta es sin duda mucho mayor que el RD 63/1995 al que sustituye: la extensión inferior a seis páginas de BOE que tenía el RD 63/1995 se ha multiplicado por más de cinco: nada menos que 30 páginas ocupa el RD 1030/2006 en el BOE de 16 de septiembre de 2006.

(26) Pese a ello sigue habiendo por supuesto aspectos en los que cabe detectar insuficiencias en la asistencia que se viene prestando. Una exposición de síntesis sobre tales insuficiencias, apoyada en la amplia experiencia del Defensor del Pueblo, puede encontrarse en F. BENITO ANGUIA, *Retos inmediatos de la Sanidad desde la perspectiva del Defensor del Pueblo*, RDS 13, 1 (2005), pp. 35 y ss., donde se subrayan, entre otros, los siguientes aspectos: a), los problemas vinculados a la denominada asistencia «sociosanitaria», y en particular a la asistencia de enfermos crónicos o en fase muy avanzada de enfermedad que no requieren una atención exclusivamente sanitaria, a los que no se atiende adecuadamente ni por el SNS ni por los servicios de acción social; b) las notorias carencias en relación con los enfermos mentales, cuyo cuidado ha venido recayendo de hecho en unas familias cuyo esfuerzo ha sido poco reconocido y apoyado desde los poderes públi-

B. En relación con el ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones, dos aspectos específicos merecen comentario: la incorporación de un importante número de personas extranjeras al colectivo de beneficiarios del Sistema de Salud y la persistente resistencia del legislador estatal a optar por una universalización plena de la asistencia sanitaria que reconozca el derecho a la asistencia sanitaria a todos los residentes en España.

El primer aspecto tiene que ver —dejando al margen el debate sobre la entidad de lo que suele denominarse *turismo sanitario* (27)—, con los intensos flujos migratorios que ha recibido España en la última década. Tales flujos migratorios han determinado una incorporación masiva de extranjeros a nuestro mercado de trabajo que se han convertido, junto con sus familiares dependientes, en beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, como no podía ser de otra manera. Lo cual ha dado lugar a uno de los retos de mayor envergadura que ha debido afrontar nuestro dispositivo asistencial en los últimos años, no sólo en razón del mayor número de usuarios a atender sino también por la problemática específica que deriva de la diversidad lingüística y cultural.

Desde el punto de vista normativo, es la Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero) la que se ocupa del tema, y lo hace en unos términos ciertamente abiertos al no exigir que los extranjeros tengan una situación de residencia legal en España para beneficiarse de la asistencia sanitaria pública: basta para ello tan solo el empadronamiento en alguno de los Municipios españoles. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el art. 12.1 de la Ley, basta la inscripción padronal —mucho más accesible en términos de requisitos sustantivos y procedimentales que la autorización de residencia— para tener derecho a la asistencia sanitaria «en las mismas condiciones que los españoles» (28). E, incluso, el

---

cos; y c) las limitaciones en el tratamiento de las enfermedades raras o poco frecuentes, que afectan a casi dos millones de personas. Aunque han pasado ya más de 3 años desde que se redactó este texto, no parece que las cuestiones apuntadas hayan experimentado cambios significativos.

(27) Con ello se alude a los extranjeros que se desplazan a España para obtener determinadas prestaciones sanitarias (colocación de prótesis de cadera, intervención de cataratas, etc.), o los que aprovechan su estancia en nuestro país para ello. No parece que haya datos precisos que permitan confirmar y cuantificar el fenómeno, pero los gestores de los servicios autonómicos sanitarios lo han venido poniendo de relieve y ha aflorado en diversas ocasiones en los medios de comunicación.

(28) Adviértase en todo caso que el art. 12.1 formula una regla de *equiparación* de los extranjeros empadronados respecto a los españoles en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Ello implica que, al igual que sucede con los españoles, también para los extranjeros deba

tema se contempla en términos todavía más abiertos en relación con determinados grupos de personas —menores y mujeres embarazadas— y en la provisión de asistencia sanitaria de urgencia, supuestos ambos en los que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria se hace a favor de todos los extranjeros «que se encuentren en España» sin exigir siquiera el empadronamiento (apartados 2, 3 y 4 del art. 12) (29).

La segunda cuestión apuntada —la ausencia todavía hoy de una universalización plena de la asistencia sanitaria pública— merece una severa crítica desde el punto de vista de la efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud.

Nuestro Derecho positivo sigue pivotando sobre un sistema de determinación de los beneficiarios de la asistencia sanitaria que ha ido acumulando una serie de vías de acceso vinculadas a principios o conceptos diferentes —así, el principio contributivo (asistencia a trabajadores y pensionistas y a familiares a su cargo), los planteamientos propios de la asistencia social (personas sin recursos económicos), y la atención a colectivos específicos (minusválidos o menores de edad)— sin terminar de interiorizar plenamente el mandato de universalización (30). Es cierto que *de facto* esta acumulación de conceptos ha dado lugar a una cuasi-universalización del derecho a la asistencia sanitaria, pero no menos cierto es que continúa existiendo un colectivo de personas con residencia en España que carecen de tal derecho (31). Esta situación no sólo supone el incumplimiento del mandato de universalización que deriva del derecho a la salud constitucionalmente consagrado —y formalmente asumido por nuestra legislación general sanitaria (Ley General de Sanidad de 1986 y Ley de Cohesión de 2003)—, sino que resulta incongruente con el sistema

---

exigirse la concurrencia de un título concreto que determine el derecho a la asistencia sanitaria (ser trabajador dependiente o autónomo, ser pensionista de la Seguridad Social —con pensión contributiva o no contributiva, ser minusválido, carecer de recursos económicos suficientes, etc.).

(29) Los detalles del marco legal vigente sobre el tema pueden verse en los trabajos de I. MARTÍN DELGADO, *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, RDS 10 (2002), pp. 197 y ss., I. DE LA CUEVA ALEU, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, cit. y D. T. KAHALÉ CARRILLO, *La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España*, RDS, 15, 1 (2007).

(30) Véase sobre ello más ampliamente las indicaciones que se contienen en mi libro *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Comares, Granada, 2005, pp. 73 a 75, 91 a 101 y 230 a 231.

(31) El número de personas en esa situación no se conoce precisión, pero parece situarse, según cifras que maneja el Ministerio de Sanidad, en torno al 0.5% de la población (algo más de 200.000 personas), si bien se trata de una mera aproximación.

vigente de financiación sanitaria, que no descansa ya en las cotizaciones sociales vinculadas al trabajo sino en la carga tributaria soportada por todos los contribuyentes. Lo cual produce una discriminación contraria al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), en la medida en que implica una diferencia de trato que carece de una justificación razonable, dado que no hay, en efecto, más allá de una pura inercia histórica, razón alguna que justifique la exclusión de un colectivo de ciudadanos-contribuyentes del acceso a la asistencia sanitaria pública: si todos contribuyen a sostener el gasto público sanitario de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario «inspirado en los principios de igualdad y progresividad» (art. 31.1 CE), es claro que todos deben tener acceso a los servicios y prestaciones que se financian a través de dicho sistema tributario (32).

El tema constituye por tanto una «asignatura pendiente» de nuestro ordenamiento jurídico desde la óptica de la efectividad del derecho a la salud. Una asignatura pendiente sobre la que se ha llamado la atención desde la doctrina y desde diversos foros e instituciones en los últimos años —en particular así se ha hecho desde la institución del Defensor del Pueblo (33)—, pero obviamente sin éxito por el momento. Entiendo por ello que, antes de acometer otras mejoras prestacionales en nuestro Sistema

---

(32) Junto a ello, debe notarse que las reglas sobre asistencia sanitaria contenidas en la Ley de extranjería (LO 4/2000) implican que en determinadas situaciones puede producirse un trato menos favorable para los españoles que para los extranjeros. Así, puede suceder en la asistencia sanitaria urgente (a la que todos los extranjeros tienen derecho en condiciones de gratuidad —tratándose de accidentes o enfermedades graves— de acuerdo con lo previsto en la LO 4/2000, pero que si se proporciona por un centro sanitario público a un español sin derecho a la asistencia sanitaria deberá ser abonada por el beneficiario).

(33) Sobre la necesidad de acometer la universalización de la asistencia sanitaria ha venido llamando la atención, en efecto, el Defensor del Pueblo desde hace ya años, hasta el momento sin éxito, utilizando para ello la vía de la Recomendación dirigida al Ministerio de Sanidad y refiriéndose explícitamente al tema en los sucesivos Informes anuales (así, el Informe correspondiente a 2007 vuelve a insistir sobre ello). Esta posición se recoge también en el texto citado de F. BENITO, *Retos inmediatos de la Sanidad desde la perspectiva del Defensor del Pueblo*, donde se alude a las diversas situaciones de ausencia de derecho a la asistencia sanitaria pública (personas que no han trabajado y que cuentan con recursos económicos suficientes según el modesto umbral fijado reglamentariamente al efecto, españoles que son pensionistas de la Seguridad Social de otros países y que han retornado a España, etc.). En esta situación se encuentran también determinados profesionales, como los que ejercen la Abogacía, que reivindican justamente un derecho a una asistencia sanitaria pública del que en muchos casos carecen (vid. al respecto el artículo *Sanidad: los Abogados discriminados*, en «Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española», Febrero 2008, p. 19).

Nacional de Salud, sería preciso abordar su universalización plena para corregir una situación que no sólo genera una clara inconstitucionalidad por omisión (una situación que podía estar justificada en 1978, sobre la base de la necesidad de avanzar de una manera progresiva, pero que es claro que no lo está 30 años después), sino que supone el incumplimiento de Convenios internacionales ratificados por España (art. 12 del PIDESC).

C. Junto a ello, debemos subrayar que se han producido en los últimos años una serie de mejoras relacionadas con numerosos aspectos de la asistencia sanitaria que inciden sobre la *calidad* de la misma en su sentido más amplio. En efecto, los aspectos cualitativos de la asistencia prestada han venido siendo objeto en los últimos años de una atención creciente por parte de las Administraciones competentes que encontró plasmación normativa y refuerzo a través de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS. En dicha Ley se contemplaron una amplia serie de ámbitos de actuación y de instrumentos que enmarcan en la actualidad las políticas públicas de calidad de los servicios sanitarios (34). Y en particular, debemos subrayar que la Ley de Cohesión aborda lo que denomina *garantías de movilidad* (acceso a las prestaciones con independencia del lugar en el que se encuentren en cada momento los usuarios del SNS) y las *garantías de tiempo* (fijación de tiempos máximos de espera en el acceso a las prestaciones), ocupándose de muy diversos aspectos concretos de la calidad asistencial en relación con los cuales ofrece instrumentos *ad hoc*: posibilidad de una segunda opinión facultativa, mejoras en la confortabilidad de la asistencia, existencia de servicios de referencia, realización de auditorías periódicas de la calidad, guías de práctica clínica, planes de calidad, etc.

Todas las acciones que se llevan a cabo para la mejora de la calidad de la asistencia sanitaria (35) resultan por supuesto encomiables, pero la

---

(34) Vinculadas también con la calidad en su sentido más amplio se encuentran las cuestiones relacionadas con la información y documentación clínicas y con el consentimiento de los pacientes a las intervenciones médicas; cuestiones que fueron objeto de regulación a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, aplicable tanto al sistema público asistencial como al sector sanitario privado.

(35) Para una exposición más completa respecto a los diversos instrumentos legales previstos al servicio de la calidad de los servicios sanitarios remito a mi libro *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., pp. 110-118 y 239-243. Véanse también las diversas actuaciones contempladas en el *Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud* elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo en marzo de 2006, objeto de una segunda versión en abril de 2007 (accesible a través de la página <http://www.msc.es>)

percepción que se obtiene a partir de la observación directa de las cosas y de la información que ofrecen los medios de comunicación es que nuestro sistema asistencial presenta notorios contrastes y claroscuros, con no pocos ámbitos en los que pueden detectarse deficiencias en la organización de los servicios y en la diligencia del personal, sin perjuicio de que pueda afirmarse que el nivel de calidad técnica de la asistencia sanitaria pública que se presta en España es, en general, alto. Tengo para mí que el origen de no pocas de las deficiencias aludidas se encuentra en ciertos elementos contextuales ajenos a la asistencia misma que se presta; en particular en una política de recursos humanos en el ámbito público sanitario que en su conjunto no puede calificarse de acertada y resulta escasamente incentivadora para el personal, así como en un entorno social de comportamientos que introducen claros elementos de distorsión en el buen funcionamiento de los servicios de salud: es el caso del manifiesto abuso que se hace de algunos servicios (por ejemplo, de las urgencias hospitalarias) o de las conductas agresivas de no pocos usuarios (pacientes o acompañantes) hacia el personal que los atiende, en forma incluso de agresiones físicas, lo cual alimenta a su vez actitudes defensivas y de desconfianza por parte del personal sanitario (36). Cuestiones éstas que difícilmente van a dejar de operar a corto plazo —requieren sin duda una respuesta mediante actuaciones de ciclo largo—, pero que deben ser objeto de preocupación y de remedio si se aspira a mejorar el actual estado de cosas porque inciden, de manera indirecta pero clara, en la calidad asistencial.

D. Por lo que se refiere al tema de la coparticipación de los beneficiarios de la asistencia sanitaria en el coste de la misma («copagos»), no ha habido cambios en los últimos años respecto a las reglas vigentes tradicionalmente en España, que parten de un principio de gratuidad de los servicios y prestaciones —salvo en lo relativo a los medicamentos (37)—,

---

(36) Las conductas agresivas de los pacientes con el personal en los centros sanitarios han sido en efecto un fenómeno nada infrecuente en los últimos años (con algunos casos especialmente graves: en 2001 dos médicos fallecieron como consecuencia del apuñalamiento que sufrieron en su centro sanitario por negarse a firmar documentos de baja y de incapacidad) que ha dado lugar a diversas actuaciones institucionales a partir del año 2004. Concretamente de las Administraciones autonómicas (así, planes de prevención de las agresiones o programas de formación del personal para aprender a tratar a los pacientes potencialmente conflictivos), de los Colegios profesionales y de las Fiscalías. Aunque obviamente tales agresiones no sean muchas en términos porcentuales, es obvio que producen un importante deterioro del clima laboral en los centros sanitarios.

(37) La «aportación económica» a cargo de los beneficiarios del SNS se determina en base a las siguientes reglas (Anexo V.3 del RD 1030/2006): 1) La «aportación normal» que con carác-

pero sí un debate sobre el argumento que viene planteándose de manera recurrente en nuestro país desde el Informe Abril de 1991. Desde entonces no han faltado opiniones partidarias de trasladar una parte del coste de la asistencia prestada a los beneficiarios mediante el pago por los mismos de una cantidad por cada acto médico o prestación recibida (consultas, pruebas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas, etc.). Opción que ha sido asumida en otros países europeos (introducción del *ticket sanitario* en Italia o del *ticket moderador* en Francia) (38) como instrumento de financiación parcial del creciente gasto que absorbe el sistema sanitario asistencial y, sobre todo, como fórmula al servicio de la racionalización y moderación de la demanda de utilización de los servicios y prestaciones sanitarias públicas.

Cualquier opción que se adopte al respecto debe respetar por supuesto el derecho constitucional a la protección de la salud, y el principio solidarista que está en su base, pero es claro que del mismo no deriva un mandato de gratuidad total de las prestaciones y servicios, sino más bien un mandato de *asequibilidad* de los mismos, lo que no impide obviamente la existencia en sí de los copagos, si bien impone un marco de limitación a la hora de su establecimiento. Lo cual deja a los poderes públicos un margen de maniobra muy amplio en la configuración de la materia; en concreto, en la opción por introducir o no el copago y, en su caso, en la determinación de su cuantía y de sus presupuestos objetivos y subjetivos.

Personalmente tiendo a pensar que, tarde o temprano, habrá que revisar el principio de gratuidad total de las prestaciones sanitarias públicas (lo que podríamos denominar «cultura del gratis total» en la Sanidad pública), tan arraigado entre nosotros pero cada vez más difícil de man-

---

ter general deben satisfacer los usuarios en el momento de la dispensación del medicamento en la oficina de farmacia es el 40% del precio de venta al público. 2) Se establece una «aportación reducida» (el 10% del precio con un límite máximo de 2,64 euros por envase) en determinados supuestos; entre otros, medicamentos para el tratamiento de determinadas enfermedades crónicas o graves y para enfermos de SIDA. 3) Los supuestos de exención total en el pago del precio de los medicamentos son amplios: se benefician de dicha exención total los pensionistas y colectivos asimilados, los afectados por el síndrome tóxico, las personas con discapacidad, los tratamientos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y los productos farmacéuticos que se dispensan en los propios centros sanitarios.

(38) El *ticket moderador* en Francia funciona como franquicia no reembolsable: dado que el sistema de asistencia sanitaria allí se basa en el reembolso de los gastos médicos sufragados por el paciente, el *ticket* es un porcentaje del precio pagado por cada acto médico que no se le reembolsa al beneficiario.

tener en un escenario en el que el gasto público sanitario tiende a absorber una parte creciente del gasto social y en el que aparecen otros objetivos sociales apremiantes, como la atención a las situaciones de dependencia. Pero no ignoro los problemas vinculados al copago: si los copagos se fijan en unos niveles más bien simbólicos (por ejemplo, 1 euro por consulta, como a veces se ha sugerido) es poco probable que tengan efectos perceptibles en la moderación de la demanda y que generen una financiación significativa capaz de reducir el creciente volumen de la carga impositiva que absorben los servicios de salud, constituyendo en cambio un elemento adicional de complicación en la gestión de los servicios sanitarios; si los copagos alcanzan importes de una cierta entidad, pueden implicar obstáculos inasumibles para algunas economías, especialmente en el actual escenario de crisis económica y de creciente desempleo lo que exige establecer un complejo cuadro de distinciones y exoneraciones para patologías determinadas o para personas con escasos recursos económicos.

Menos dudas tengo en cambio en la conveniencia de replantearse la gratuidad total de la prestación farmacéutica de la que se benefician todos los pensionistas. Una opción que se introdujo en España en un momento histórico en el que la esperanza media de vida existente era mucho menor que en el presente y en los que la situación de jubilado (mayor de 65 años) y la condición de «anciano» tenían un alto grado de correspondencia, pero que genera en la actualidad unos agravios comparativos difícilmente justificables, dado que el estatus de pensionista no está vinculado hoy necesariamente a una situación de escasez o precariedad económica, que sí existe en cambio en no pocas personas en edad de trabajar. De modo que hoy resultaría perfectamente razonable, por ejemplo, demorar el acceso gratuito a los medicamentos hasta una edad más avanzada (70 o 75 años) o fijar una participación reducida de los pensionistas en el precio de los medicamentos (por ejemplo, el 20% en lugar del 40% que pagan los trabajadores en activo) sin perjuicio de mantener las exoneraciones totales para determinadas patologías crónicas. Nada de esto sería particularmente problemático si se compensa esa medida con un incremento de las pensiones más bajas y se mantiene una política general de suficiencia de las pensiones y, en cambio, ello contribuiría a aligerar el peso de la factura farmacéutica a cargo del Sistema de Salud reduciendo además el espacio para el uso irracional de los medicamentos y para posibles fraudes y despilfarros.

E. Por último debemos dejar constancia de que algunos de los aspectos mencionados han sido incorporados a los Estatutos de Autonomía promulgados en la anterior Legislatura (2004-2008) que podemos calificar como de «segunda generación». Estatutos que, sobre la base del camino abierto por el Estatuto catalán, han sido proclives a la formulación de derechos de contenido social (39) y en particular han incorporando una serie de «derechos en el ámbito de la salud». Así, son varios los Estatutos (40) que consagran el derecho a la libre elección de médico y de centro sanitario, el derecho a unos tiempos máximos de espera en el acceso a las prestaciones, el derecho a recabar una segunda opinión médica, el derecho al tratamiento adecuado del dolor y a los cuidados paliativos, o los derechos de los pacientes a la información, al consentimiento en las intervenciones sanitarias y al acceso a la historia clínica. Es preciso subrayar no obstante que el reconocimiento de estos derechos se hace «en los términos establecidos en las Leyes», lo que implica una prudente remisión a lo establecido en la legislación específica en vigor (41).

## **V. LOS AVANCES EN EL TERRENO LEGISLATIVO (B): LA SALUD PÚBLICA**

A. Ámbito tradicional de la legislación sanitaria, que en otro tiempo era fundamentalmente legislación de higiene o salud pública (todavía la

---

(39) La opción de los Estatutos de incorporar nutridas declaraciones de derechos, especialmente en el terreno de los derechos económico-sociales, plantea muchos aspectos cuestionables de no poca complejidad en cuyo análisis no podemos entrar aquí. Una excelente exposición sobre el tema puede encontrarse en la ya citada ponencia de de F. LÓPEZ MENUDO, *Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía*, presentada al IV Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo celebrada en Valladolid en febrero de 2009.

(40) Véanse los arts. 20 y 23 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio), el art. 25 del Estatuto de las Islas Baleares (LO 1/2007, de 28 de febrero), el art. 22 del Estatuto de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo), el art. 14 del Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril), y el art. 13.2 del Estatuto de Castilla y León (14/2007, de 30 de noviembre).

(41) Hay sin embargo algunos preceptos que suscitan reparos y problemas interpretativos. Es el caso del concepto de muerte digna que incorpora el art. 20.1 del Estatuto catalán al reconocer el derecho de todas las personas a «vivir con dignidad el proceso de su muerte», o de la garantía de gratuidad que consagra el art. 23.1 del mismo Estatuto (derecho de todos a «acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública en los términos que se establecen por Ley») que parece impedir cualquier forma de «copago» de las prestaciones sanitarias en Cataluña.

Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944 es fundamentalmente una ley de salud pública que plasma la mentalidad higienista de la época), la salud pública había quedado relegada a un segundo plano durante la segunda mitad del siglo XX como consecuencia del fuerte protagonismo que durante dicho período tuvo la Sanidad asistencial en las políticas de salud y en la acción legislativa sobre la materia. En efecto, esa etapa estuvo protagonizada por el desarrollo y consolidación de nuestro sistema público de asistencia sanitaria, que vino a absorber el grueso de los recursos públicos dedicados a la Sanidad y la atención prioritaria del legislador—, lo cual implicó una cierta preterición o postergación de la salud pública; preterición que puede detectarse en la propia Ley General de Sanidad de 1986 y en su normativa complementaria y de desarrollo, incluyendo a las leyes autonómicas de salud o de ordenación sanitaria de los años noventa. Últimamente sin embargo —a partir de la segunda mitad de la década de los noventa y, especialmente, durante los años ya transcurridos de la primera década del presente siglo— se observa un paulatino reforzamiento de la atención que suscitan las cuestiones vinculadas a la salud pública, lo que se ha traducido en un fortalecimiento de las políticas de salud pública desarrolladas por las Administraciones competentes y también en una mayor presencia de los temas de salud pública en el plano legislativo.

Las razones que explican esta tendencia son diversas y complejas. Aunque no procede en este momento profundizar en la cuestión, un intento de aproximación a la misma no podría prescindir de la consideración de una serie de circunstancias entre las que se encuentran las siguientes: la emergencia de nuevos riesgos para la salud —buena parte de los cuales están unidos al desarrollo tecnológico y a la globalización— y la creciente preocupación social y política por la seguridad frente a los mismos; el conocimiento científico más preciso de las diversas enfermedades y de su forma de transmisión al ser humano; la necesidad de reducir la fuerte presión que sufren los servicios públicos asistenciales —cuya financiación absorbe un ingente volumen de recursos económicos— y la mayor eficiencia que tiene el gasto dedicado a los objetivos preventivos respecto a los asistenciales; el impulso que deriva de la acción de diversos organismos internacionales sobre la materia (Organización Mundial de la Salud, Consejo de Europa); o, también, las iniciativas y acciones procedentes de la Unión Europea, donde la «política de salud pública» se ha ido consolidando a lo largo de los

últimos años como uno de los ámbitos materiales de la acción comunitaria (42).

Esta intensificación de las políticas vinculadas a la salud pública resulta patente de modo particular en algunos sectores concretos que han sido objeto de una atención específica y reforzada durante los últimos años. Entre ellos cabría citar, sin ánimo de exhaustividad, la protección de la *salud* en el ámbito *laboral* (materia abordada por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y por una copiosa normativa de desarrollo), la atención a las cuestiones de la *seguridad alimentaria* (objeto de un nuevo impulso y unos nuevos planteamientos plasmados en numerosas normas entre las que cabe destacar la Ley 11/2001, de 5 de julio, de creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, que recoge expresamente el *principio de precaución* a la hora de perfilar el marco de actuación de dicho organismo) (43), la preocupación por el *ruido* como problema ambiental que tiene también una incidencia sobre la salud humana (tema que ha sido objeto de numerosas Ordenanzas municipales y que ha recibido un importante impulso con la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido), las medidas dirigidas a reducir el consumo del *tabaco* (abordadas a través de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo), o la *salubridad de las viviendas y de los edificios en general* (el Código Técnico de la Edificación ha concretado las «exigencias básicas de salubridad» previstas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación) (44). También cabría aludir a la continua aparición de normativas sanitarias específicas sobre nuevas situaciones de riesgo (45)

---

(42) Una lúcida explicación de todas estas circunstancias puede encontrarse en el libro de C. CIERCO SEIRA, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

(43) También tienen una clara incidencia sobre la seguridad alimenticia la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal y el Reglamento sobre seguridad general de los productos (RD 1801/2003, de 26 de diciembre).

(44) Vid. art. 3.1. b de dicha Ley. En desarrollo de la misma, el Código Técnico de la Edificación, aprobado por RD 314/2006, de 17 de marzo, concretó dichas exigencias de salubridad en sus diversos aspectos: protección frente a la humedad, recogida y evacuación de residuos, calidad del aire interior, suministro de agua y evacuación de aguas (art. 13 y Documenta Básico sobre salubridad del Código Técnico). Exigencias que deben cumplirse en la proyección, construcción mantenimiento y utilización de todos los edificios.

(45) Como simples botones de muestra, cabe mencionar el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, que aprueba un Reglamento con medidas de protección frente a emisiones radioeléctricas, el RD 1002/2002, de 27 de septiembre, que regula la venta y utilización de aparatos de bron-

y al hecho de que, en el plano de la legislación sanitaria general, puede detectarse últimamente una mayor atención a los temas de salud pública, como es el caso de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS de 2003 (46). Esta mayor atención no se ha plasmado por el momento en una renovación completa de la legislación general sobre salud pública, pero tal renovación es muy probable que se acometa en los próximos años, tanto a nivel estatal como autonómico, dada la gran dispersión de la normativa en vigor y la obsolescencia de una buena parte de ella.

B. Sin que resulte procedente entrar aquí en los pormenores de las materias aludidas, o de otras que podríamos considerar, me permito tan sólo apuntar algunas ideas centrales en relación con dos de ellas que pueden resultar representativas: la política de prevención de riesgos laborales y las medidas frente al tabaquismo.

a) Por lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales, se trata de una materia en modo alguno novedosa —corresponde con la tradicional «seguridad e higiene en el trabajo» (terminología que se recoge en el art. 40.2 CE)—, pero que recibió un renovado impulso con la promulgación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. Esta Ley, completada y desarrollada por diversas disposiciones posteriores, vino a diseñar el marco fundamental de la política de prevención de riesgos laborales teniendo en cuenta, como no podía ser de otra manera, las exigencias derivadas de las Directivas comunitarias sobre la materia así como los compromisos asumidos por España con la OIT como consecuencia de la ratificación del Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores.

---

ceado mediante radiaciones ultravioletas o el RD 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios para la prevención y control de la legionelosis. En el ámbito autonómico se han elaborado también normativas específicas sobre nuevas situaciones de riesgo; por ejemplo, en el caso de Aragón cabe mencionar la regulación de de los establecimientos de tatuaje o piercing (Decreto 160/2002, de 30 de abril), de los establecimientos de comidas preparadas (Decreto 131/2006, de 23 de mayo), de los centros de bronceado (Decreto 95/2007, de 23 de mayo) o de las operaciones de cirugía bariátrica (intervenciones quirúrgicas realizadas para reducir la obesidad mórbida, objeto de la Orden de 24 de enero de 2005, del Departamento de Salud y Consumo).

(46) La Ley 16/2003 incluye a las prestaciones de salud pública dentro del catálogo de prestaciones del SNS (art. 11), prestaciones de salud pública que explicita la «cartera de servicios comunes» aprobada por el RD 1030/2006 (Anexo I). Además dedica uno de sus Capítulos, el VIII, de manera específica a la salud pública sin perjuicio de la clara proyección sobre la salud pública de la mayor parte de las materias que aborda (así, la investigación, el sistema de información sanitaria o los planes integrales).

La Ley reconoce a todos los trabajadores el derecho «a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo» que implica la existencia de un «correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales» (art. 14.1). Y este derecho constituye el núcleo alrededor del cual la Ley construye una muy amplia serie de obligaciones del empresario sobre la materia así como el eje de la política de seguridad y salud laboral que desarrollan los poderes públicos.

Las exigencias que derivan para el empresario de este deber son ciertamente amplias (deber de prevención y evitación de riesgos —que exige, entre otras cosas, la implantación de un servicio de prevención en la empresa a través de alguna de las modalidades previstas legalmente— ; deber de información y formación de los trabajadores; deber de vigilancia de la salud; etc.) y tienen una pormenorización muy completa en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en su normativa complementaria en cuyo detalle no podemos entrar aquí. Tan sólo nos interesa destacar el importante dispositivo de medidas y responsabilidades establecidas para garantizar el cumplimiento de todas estas obligaciones y, en consecuencia, para garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores a la protección de su salud. En efecto, por el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales vela la Administración laboral a través de la Inspección de Trabajo que, en su caso, puede imponer *sanciones administrativas* de considerable eficacia disuasoria (multas de elevada cuantía e incluso, suspensión de actividades o cierre de un centro de trabajo). Y ello al margen de las *responsabilidades empresariales de carácter civil* que puedan derivarse por los daños que sufran los trabajadores, o del *recargo en las prestaciones de la Seguridad Social* que resulte procedente en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales (47) o, incluso, de la posibilidad de *responsabilidades penales* si se incurre en alguna de las conductas tipificadas como delito en esta materia por el Código Penal (los arts. 316 y 317) (48). Pero por

---

(47) En el caso de que un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se haya producido como consecuencia de la infracción de la normativa de riesgos laborales, procede incrementar la prestación que se reconoce al trabajador (por ejemplo, la pensión de invalidez) en una cuantía que oscila entre el 30 y el 50% en función de la gravedad de la falta, recayendo dicho recargo en el empresario.

(48) Estos delitos se formulan como delitos de riesgo, de manera que no es necesario la producción de un daño efectivo en la salud de los trabajadores para incurrir en los mismos: basta que la conducta descrita en los mismos ponga en «peligro grave» la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

otra parte, existe lo que podría calificarse *tutela preventiva inmediata* de los trabajadores en el caso de que se presente un «riesgo grave e inminente» para la seguridad y salud de los mismos: hipótesis que obliga al empresario a adoptar las medidas adecuadas y faculta al trabajador a interrumpir su actividad laboral y a abandonar su puesto de trabajo (49).

b) Respecto a las medidas sanitarias contra el tabaquismo (Ley 28/2005, de 26 de diciembre), constituye también un claro ejemplo de intensificación de las actuaciones legislativas y ejecutivas en el ámbito de la salud pública. Tampoco puede decirse que se trate de una cuestión novedosa, pero sí de una materia que a partir de la promulgación de dicha Ley tiene un tratamiento normativo más completo y de rango legal (anteriormente el Estado había abordado la cuestión sólo mediante normas de rango reglamentario) y con un alcance limitativo y prohibitivo mucho mayor que con anterioridad. Un tratamiento que, por otra parte, se sitúa en línea con lo establecido por la Directiva comunitaria sobre publicidad del tabaco y por la normativa internacional sobre la materia (Convenio marco para la lucha contra el tabaco de la OMS)

En efecto, la Ley 28/2005 («de medidas sanitarias contra el tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco») tiene unos efectos limitativos y prohibitivos de considerable intensidad, sin perjuicio de contemplar también medidas educativas, informativas y asistenciales a adoptar por las Administraciones públicas (acciones de educación para la salud, programas de deshabituación tabáquica, etc.). Acogiéndose expresamente a lo previsto en el artículo 43 CE —y en particular en su apartado 2, conforme al cual corresponde a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas—, la Ley establece unas reglas sobre venta y consumo del tabaco y sobre publicidad y patrocinio del mismo que tie-

---

(49) Véase lo dispuesto en los arts. 21 y 44 de la Ley 31/1995. En virtud de lo establecido en el apartado 2 del art. 21, el trabajador tiene derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud. Por otro lado, conforme a lo establecido por el apartado 3 de este mismo artículo, si hay riesgo grave e inminente y el empresario no adopta o no permite la adopción de las medidas necesarias, los representantes de los trabajadores pueden acordar, por mayoría, la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por el riesgo. En tal caso, los representantes de los trabajadores deben comunicar su acuerdo con carácter inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual decidirá, en el plazo de 24 horas, si ratifica o anula la paralización acordada.

nen importantes efectos limitativos de la libertad de empresa y de la libertad personal (50).

Pero, sobre todo, nos interesa destacar que las limitaciones y prohibiciones establecidas legalmente están respaldadas con un potente dispositivo sancionador que habilita a las Administraciones a reaccionar frente al incumplimiento de las mismas no sólo con la imposición de severas multas a los infractores sino también con diversas «medidas provisionales» (entre ellas, la suspensión temporal de la actividad del infractor, la incautación de los productos del tabaco y la advertencia al público de la existencia de posibles conductas infractoras) (51) que pueden adoptarse con ocasión de la incoación de un expediente sancionador e, incluso, con carácter previo a su inicio. Asimismo, resulta remarcable que se prevea que las competencias de inspección y control que corresponden a las Administraciones se ejerzan bien de oficio o bien *a instancia de parte* (art. 22. apartados 1 y 2), así como que, en términos genéricos, se disponga que «el titular de un derecho o interés legítimo afectado podrá exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley» (art. 23.1) (52); previsiones que permiten a cualquier persona afectada (usuarios o clientes de cualquier establecimiento en el que no se respeta la prohibición de fumar, padres de menores a los que se vende tabaco, etc.) activar los mecanismos coercitivos de aplicación de la Ley.

C. Esta referencia a algunas disposiciones vinculadas a la protección de la salud pública que se han aprobado en los últimos años en España

---

(50) La venta de tabaco sólo puede realizarse a través de la red de expendedurías de tabaco y timbre y a través de máquinas automáticas ubicadas en establecimientos que cumplan una serie de requisitos (arts. 3 y 4). Respecto al consumo de tabaco, la Ley establece una amplia relación de lugares en los que está totalmente prohibido fumar (art. 7) y otros en los que tan sólo se permite el consumo de tabaco en zonas habilitadas para ello que cumplan una serie de requisitos (art. 8). Por lo que se refiere a las actividades de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, hay una prohibición general de las mismas, sin perjuicio de algunos supuestos concretos que se excepcionan de modo expreso por la Ley (art. 9).

(51) La concreción de las sanciones que pueden imponerse se realiza por el art. 20 y la adopción de medidas provisionales se regula en el art. 18.2. El importe de las multas recaudadas puede ser destinado a financiar programas de investigación, educación, prevención o control del tabaquismo así como de facilitación de la deshabituación (art. 17). En el caso de que los infractores sean menores, se contempla la posibilidad de que la multa sea sustituida por una «medida reeducadora» cuya concreción se remite a la normativa autonómica (art. 21.8).

(52) Para el caso específico de la publicidad contraria a la Ley, se contempla la posibilidad de que se ejerciten acciones individuales o colectivas de cesación (apartados 2 y 3 del art. 23).

permite comprobar no sólo la variedad de los temas concernidos, sino también el amplio abanico de técnicas de actuación y fórmulas de protección que se regulan y aplican. Se contemplan así técnicas de prevención individual aplicables en el ámbito asistencial, fórmulas de prevención colectiva que conllevan en algunos casos decisiones de efectos inmediatos y drásticos (inmovilización y destrucción de productos insalubres en el ámbito alimentario), medidas de difusión e información general sobre riesgos sanitarios, establecimiento de limitaciones y prohibiciones que están respaldadas con un contundente aparato represivo (así sucede en seguridad alimentaria, en el ámbito de la salud laboral o en relación con el tabaco, entre otras muchas materias), reconocimiento de acciones individuales o colectivas utilizables por los sujetos afectados en defensa de sus derechos e intereses frente a determinados riesgos para su salud (así, en relación con el ruido, la prevención de riesgos laborales o el tabaco), etc.

Todo ello implica sin duda una mejora en los niveles de protección sanitaria relacionados con las distintas cuestiones involucradas y, en definitiva, progresos en el grado de efectividad del derecho a la protección de la salud, que tiene también sin duda una vertiente de protección preventiva frente a los diversos riesgos sanitarios, como subrayan el apartado 2 del art. 12 del PIDESC y el apartado 2 del art. 43 de nuestra Constitución.

## **VI. CONSIDERACIONES FINALES**

A la vista de cuanto queda dicho, procede destacar que el derecho a la protección de la salud consagrado en el art. 43 CE opera básicamente como un mandato constitucional de actuación dirigido a los poderes públicos y, señaladamente, al legislador: sin perjuicio de su función de límite negativo —como garantía de irreversibilidad de unos contenidos mínimos ya alcanzados en la protección sanitaria de población por nuestro sistema sanitario—, puede decirse que aporta el fundamento constitucional para una política de salud integral. Una política de salud integral que, por un lado, debe garantizar una asistencia sanitaria adecuada a toda la población y, por otro, debe hacer frente eficazmente a los diversos factores o condicionantes que pueden incidir negativamente sobre la salud de las personas. Esta circunstancia matiza el sentido que debe darse a la palabra «derecho» que utiliza el art. 43.1 de la Constitución que

—al igual que sucede con otros preceptos que reconocen derechos en el Capítulo III del Título I de la Constitución— no es el de un derecho subjetivo propiamente dicho que resulte accionable directamente ante los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de su aplicabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes, esto es, ante eventuales disposiciones legislativas que lesionen el núcleo o contenido mínimo de protección deducible de este precepto constitucional.

En todo caso, de la experiencia habida hasta el momento en España en el ámbito de la justicia constitucional resulta que la aportación de este derecho como parámetro de control de la acción legislativa ha sido nula hasta el momento: no sólo no ha habido hasta la fecha preceptos legales que hayan sido declarados inconstitucionales por vulnerar el art. 43 de la Constitución, sino que las situaciones de inconstitucionalidad por omisión que pueden detectarse no han encontrado cauces operativos de superación dentro de nuestro sistema institucional. Este es el caso, claro a mi modo de ver, de la falta de una universalización plena del derecho a la asistencia sanitaria pública —demorada siempre a un futuro indeterminado durante las tres décadas de vigencia de la Constitución—, que da lugar a una situación contraria a las exigencias del derecho constitucional a la salud, sin que los reiterados recordatorios del tema por el Defensor del Pueblo en sus Informes anuales hayan conseguido movilizar la acción legislativa en relación con el mismo.

Así las cosas, puede concluirse que el derecho constitucional a la protección de la salud se materializa o articula a través de un amplio conjunto de derechos reconocidos por la legislación ordinaria que constituyen su plasmación jurídico-legal y que poseen —ahora ya sí— la configuración de derechos subjetivos exigibles ante los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes en cada caso (53). Un conjunto de derechos ciertamente numeroso y de contenido variado que muestra bien a las claras la amplitud de las derivaciones y aspectos que presenta el concepto de «salud» y la complejidad de las relaciones jurídicas que están involucradas en el mismo.

---

(53) Recuérdese que los preceptos del Capítulo III del Título I de la Constitución sólo pueden ser invocados ante la Jurisdicción ordinaria «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3 CE). Lo cual no impide por supuesto su invocación directa ante la justicia constitucional en los procesos de control de la constitucionalidad de las leyes.

Entre ellos se encuentra por supuesto el *derecho a la asistencia sanitaria pública* con todo su amplísimo contenido, sometido además a una incesante dinámica evolutiva, que se recoge hoy en la «cartera de servicios» del Sistema Nacional de Salud, en la que se especifican las diferentes prestaciones de carácter preventivo, curativo o rehabilitador, así como también los cuidados meramente paliativos que garantiza el Sistema. Prestaciones que son satisfechas ordinariamente por los servicios públicos de salud o por los privados concertados con el sistema público, pero que en algunos casos excepcionales pueden traducirse en el reintegro de los gastos médicos pagados por el paciente. Tal derecho a la asistencia sanitaria, entendido en un sentido amplio, se integra también con *derechos de carácter complementario o instrumental* como son los vinculados con los aspectos informativos y documentales de la asistencia (información y documentación clínicas), los relacionados con la libertad del paciente (libre elección de médico, consentimiento a las intervenciones y tratamientos médicos), con las condiciones de lugar y tiempo en que se presta la asistencia (garantías de asistencia a personas desplazadas de su lugar habitual de residencia y existencia de unos tiempos máximos de espera marcados por la regulación aplicable a las correspondientes listas de espera), o con los niveles de calidad de la atención médica. Y tiene en determinados casos una *protección penal* a través del delito de denegación de asistencia sanitaria en el que pueden incurrir los profesionales sanitarios (art. 196 del Código Penal).

Por otro lado, se incluyen también entre las proyecciones del derecho constitucional a la salud los derechos vinculados con lo que genéricamente podemos denominar *protección frente a los riesgos sanitarios* (la formulación del apartado 2 del art. 43 CE no deja lugar a dudas al respecto). Entre los mismos se incluyen en primer lugar los *derechos de información* frente a los diversos riesgos sanitarios (información epidemiológica sobre alimentos, medicamentos, actividades, etc.), pero también la facultad de instar a las Administraciones a que activen los potentes mecanismos de que disponen —preventivos y represivos— para proteger la salud pública mediante la presentación de *denuncias* en relación con las situaciones de riesgo sanitario o, incluso, la posibilidad de ejercer directamente *acciones* individuales o colectivas de *cesación de actividades* nocivas o peligrosas para la salud cuando ello está previsto legalmente (contaminaciones ambientales, salud laboral, consumo de tabaco, etc.). A todo lo cual cabe añadir por último las acciones de *tutela reparadora* en rela-

ción con los daños a la salud —hasta donde es posible la reparación o compensación de las lesiones irrogadas a la salud de las personas— a través de las acciones de responsabilidad ejercitables por los sujetos que hayan sufrido un deterioro en su salud como consecuencia de una conducta, activa u omisiva, de cualquier otra persona privada o pública (intoxicaciones o contagios vinculados al consumo de bienes o servicios, denegación de asistencia sanitaria o defectuosa prestación de la misma, etc.).

No cabe duda de que los órganos administrativos y judiciales llamados a aplicar todo este nutrido conjunto de derechos deben realizar una interpretación de los mismos conforme a la Constitución, lo que ha de traducirse —en cumplimiento de lo exigido por el art. 53.3 CE (54)— en una praxis interpretativa favorable al ejercicio del derecho constitucional a la salud, obviamente en conjunción con los demás derechos y principios constitucionales.

---

(54) Este precepto dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero *informarán [...] la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos [...]*». Con referencia específica a los órganos judiciales, el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».



# REFORMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA 2010: LA DIFÍCIL TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN ESPAÑA(\*)

RICARDO RIVERO ORTEGA

*SUMARIO: I. EL DERECHO EUROPEO COMO CATALIZADOR DE LAS REFORMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (EN TIEMPOS DE CRISIS).— II. LA POLÉMICA GESTACIÓN DE LA DIRECTIVA «BOLKESTEIN».— III. PRINCIPALES PROYECCIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: 1. Considerandos y ámbito de aplicación de la Directiva. 2. Medidas liberalizadoras de la Directiva: cambios en el régimen de las autorizaciones. 3. Incidencia sobre los procedimientos administrativos. 4. Impulso europeo a la Administración electrónica. 5. Exigencias de cooperación interadministrativa.— IV. LOS PROYECTOS DE LEY DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA.— V. DIFICULTADES: CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS, SINTONÍA CON OTRAS REFORMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, POTENCIALES CONFLICTOS COMPETENCIALES Y PROBLEMAS EN LA COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA.— VI. BREVE CODA SOBRE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO DE ARAGÓN.*

*RESUMEN:* Se exponen en este trabajo las principales consecuencias que tendrá para el Derecho administrativo español la adaptación de la Directiva 123/2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior. Para ello, tras recordar su polémica gestación, se comparan las previsiones de la norma europea con los proyectos de leyes de transposición (Ley «horizontal» y Ley «ómnibus»), señalándose algunas dificultades que pueden plantearse en el proceso como consecuencia del posible retraso en el cumplimiento de los plazos, la falta de sintonía con otras reformas, el aún escaso grado de implantación de la Administración electrónica, los déficits de cooperación administrativa en el Estado autonómico y la falta de desarrollo de la interoperabilidad en los niveles europeo e interno.

*Palabras clave:* reforma administrativa; directiva de Servicios; transposición del Derecho europeo; administración electrónica; autorizaciones; simplificación administrativa; cooperación e interoperabilidad.

---

(\*) Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevos modelos y métodos de regulación y gobernanza europea» (DER 2008-03266/JUR1), dirigido por el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva, Javier BARNÉS VÁZQUEZ.

**ABSTRACT:** *This article explains the main consequences of the implementation of the services directive in Spanish administrative Law. First, its debated gestation period is explained; second, the article compares the contents of the Spanish Law drafts with the european directive; and finally, several problems are indicated (delay, miss-coordination in the «Estado autonómico» and e-government deficits in Spain).*

*Key words: administrative reform; UE Services directive; UE Law implementation; e-government; licences.*

## **I. EL DERECHO EUROPEO COMO CATALIZADOR DE LAS REFORMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (EN TIEMPOS DE CRISIS)**

A estas alturas, es ya un lugar común recordar la importancia que ha cobrado el Derecho europeo para comprender la evolución de nuestro Derecho administrativo. La recíproca y positiva influencia entre lo nacional y lo comunitario— tempranamente señalada por GARCÍA DE ENTERRÍA — favorece avances considerables en casi todas las instituciones de nuestra disciplina: procedimiento, contencioso, contratos, regulación económica, herramientas de protección del entorno, etc. (1).

La comprensión del Derecho administrativo como sistema, formulada por SCHMIDT-ABMANN (2), también contribuye a resaltar las interdependencias entre los conjuntos ordinamentales (3), obligándonos a estar al tanto de lo que ocurre en el nivel europeo para anticipar, en un medio plazo, las reformas que serán precisas en el ámbito interno nacional. Pues aun que a menudo tardan más de lo previsto en realizarse, a la larga el Derecho administrativo termina europeizándose (4).

---

(1) Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *El Proyecto de Constitución Europea*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 45, 1995.

(2) Vid. Eberhard SCHMIDT-ABMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP/Marcial Pons 2003. Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Dir.), *Innovación y reforma del Derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla 2007.

(3) Vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO *La interconexión de los ordenamientos y el sistema de fuentes del Derecho*, Cívitas, Madrid, 2004.

(4) Vid. Santiago GONZÁLEZ-VARAS, *El Derecho administrativo europeo*, 3ª Ed, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005.

Más aún en el escenario de la Globalización, en el que se plantea la necesidad de aproximar las respuestas normativas e institucionales para dar respuesta a problemas —como la última gran crisis financiera internacional, o el cambio climático— que superan claramente a los gobiernos nacionales, incapaces de resolver sólo con sus medios dificultades cuyas causas trascienden fronteras. Problemas cuya solución debe ser al menos planteada en el nivel de la Unión Europea, por su peso internacional (5).

Las reformas estructurales coordinadas terminan convirtiéndose en la única solución de largo plazo, pues la alternativa de los recortes sociales resulta excesivamente traumática para ciudadanos acostumbrados a un nivel óptimo de condiciones de vida, y las rebajas de protección ambiental inaceptables en el escenario de la lucha contra el deterioro del planeta. De manera que el desarrollo pasa, necesariamente, por la mejora institucional del Derecho administrativo (6).

Así ha de ser necesariamente también para afrontar la actual crisis económica, pues las medidas urgentes (de corto plazo) adoptadas hasta ahora, como el Fondo de Inversión Local dotado con 8000 millones de euros para obras municipales, o los reales decretos-leyes sobre el sector financiero y las telecomunicaciones, no compensan el déficit de competitividad que, en el escenario internacional, presenta la economía española, cuya corrección exige un cambio de modelo y estructura.

En esta línea, algunos de nuestros principales administrativistas ya han apuntado el impacto que está llamada a tener la Directiva de Servicios. Así, Tomás-Ramón Fernández, Santiago Muñoz Machado y Tomás de la Quadra, destacadamente (7). Aunque se ha cuestionado que estemos ante una verdadera revolución (8), la Directiva nos exige sin duda

---

(5) Vid. Manuel BALLBÉ MALLOL, *El futuro del Derecho administrativo en la Globalización: ante la americanización y la europeización*, «Revista de Administración Pública», núm. 174, 2007.

(6) Vid. Ricardo RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

(7) Vid. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo*, «Revista de Derecho Europeo», 22, 2007. El número 231 de la Revista «Asociación para el Progreso de la Dirección» (2008), con aportaciones de Santiago MUÑOZ MACHADO, Santiago y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Tomás DE LA CUADRA ha dirigido el libro *El mercado interior de servicios en la Unión europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

(8) Marian SALVADOR ARMÉNDARIZ, *La Directiva de servicios: ¿Una revolución?*, «Diario de Navarra», 13 de abril de 2008.

un cambio considerable en puntos cruciales, y por ello no es exagerado decir que estamos ante «un hito de la historia europea» (9).

Pues bien, a pesar de ser vital para la salida de la crisis económica, la transposición se enfrentará a considerables contratiempos. Esta Directiva contiene toda una agenda de reformas estructurales de marcado signo liberalizador, aunque sus componentes más polémicos y «neoliberales» fueron eliminados como veremos a lo largo del proceso de aprobación, y es evidente que la crisis financiera internacional y sus consecuencias han dado lugar a un retorno del intervencionismo, en su versión más clásica.

¿Quién hubiera podido vaticinar que, a principios del siglo XXI, se pondría sobre la mesa la posibilidad de nacionalizar todo el sector financiero, o al menos de intervenir muchas de sus entidades?; ¿alguien hubiera pronosticado una vuelta a las reivindicaciones proteccionistas y de ayudas públicas a sectores industriales?; ¿se hubieran podido imaginar, hace diez años, políticas de gasto público en obras para luchar contra el desempleo? (10).

La historia vuelve, desempolvando el viejo instrumental del Derecho administrativo. El Estado interviene en la economía cuando y como resulta necesario, por razones de interés público. Ningún Gobierno, al margen de su ideología o programa político, puede mantenerse impávido ante un posible derrumbe del sector financiero. Ninguna potestad puede dejar de activarse para intentar evitar la multiplicación exponencial de la cifras del desempleo, pues la intervención pública tiene un claro componente pragmático.

Esto no quiere decir, sin embargo, que podamos abjurar del programa de reformas consensuado hace diez años, esgrimiendo tan solo el cambio de circunstancias. Como ahora veremos, la Estrategia de Lisboa pretendía dar una respuesta anticipada a algunos de los problemas económicos que ahora sufrimos aplicando sus recetas de reforma (contenidas en la Directiva), cuya síntesis de liberalización y mantenimiento de valo-

---

(9) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo*, «Revista Española de Derecho Europeo», núm. 22, 2007, p.197.

(10) Bien es cierto que muchas de estas medidas vienen marcadas por cierto carácter urgente y extraordinario, pero es pronto para calibrar si la profundidad de la crisis y su duración temporal las convertirá en algunos casos en permanentes.

res comunes (como el servicio público) refleja lo mejor de nuestras tradiciones (11).

La Directiva debe transponerse. Pero para hacerlo correctamente es necesario que sepamos mucho más sobre sus causas y sus posibles consecuencias. Sólo con un debate público y abierto, científico y en los medios de comunicación, podremos acordar la mejor forma de hacerlo, porque los asuntos administrativos que pone sobre la mesa (desde la forma de intervenir en la microeconomía hasta el reparto de competencias entre entes territoriales) nos incumben directamente (12).

## II. LA POLÉMICA GESTACIÓN DE LA DIRECTIVA «BOLKESTEIN»

En cualquier caso, estamos ante una revolución «lenta», porque los procedimientos a seguir cada vez que se plantean cambios de alcance en los países de la Unión Europea requieren negociaciones y consensos difíciles de construir en meses. Dos años y medio, aproximadamente, fue el tiempo consumido por la discusión sobre la Directiva Bolkenstein, quizás demasiado cuando se trata de mejorar la competitividad.

Claro que los ritmos de la Unión nunca han sido acelerados. La Directiva de Servicios es sólo un paso más en el camino hacia la plena integración, luego su origen último podría localizarse en los tratados fundacionales de la Comunidad. Cabría recordar las décadas consumidas en cada uno de los hitos principales de la construcción europea, plazos más largos que los contemplados por esta nueva estrategia.

---

(11) Coincido plenamente en este punto con el Prof. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su trabajo, *Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior*, cit. Otras aportaciones relevantes subrayan este eclecticismo de la versión final de la Directiva, que no de sus primeras borradores (versión Bolkestein), Vid. BARNARD, Catherine, *Unravelling the services Directive*, «Common Market Law Review», núm. 45, 2008, p. 335.

(12) No encontramos de momento demasiados estudios sobre la Directiva en nuestra bibliografía. Pueden destacarse los antes citados, más los contenidos en el número 14 (2008) de la «Revista de Derecho de la Unión Europea», con aportaciones de Miguel Vicente SEGARRA, Enrique LINDE, Helena VILLAREJO, Juan José MONTERO PASCUAL, Beatriz PÉREZ DE LAS HERAS y Francisco JIMÉNEZ GARCÍA. Me he manifestado varias veces a lo largo del año 2008 y en el presente 2009 a favor de una transposición anticipada, en distintas aportaciones publicadas en prensa. Así, en artículos titulados «Las superficies comerciales en 2010», «Creadores de escasez» y «La crisis pide reformas», que pueden consultarse en la edición digital de el diario *El Norte de Castilla*. Al cierre de este trabajo ha visto la luz el número 6 de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, con aportaciones sobre la Directiva de Luciano PAREJO ALFONSO y José Carlos LAGUNA DE PAZ.

Es la llamada «Estrategia de Lisboa», o «Agenda de Lisboa» la que da lugar a la aprobación de la Directiva 123/2006. El Consejo Europeo celebrado en la capital portuguesa los días 23 y 24 de marzo de 2000 se marcó un objetivo ciertamente ambicioso para la economía europea: hacerla la más competitiva y dinámica del mundo, mejorando así el empleo y la cohesión social (nada menos).

Para alcanzar esta meta, era preciso desarrollar varias líneas de trabajo: profundizar en la sociedad de la información; incrementar los resultados en investigación, desarrollo e innovación; mejorar la competitividad; y avanzar en la consecución del mercado interior. Este último, por cierto, uno de los esfuerzos principales de las instituciones europeas durante los años noventa.

Y es que, a pesar de reconocerse tempranamente las libertades de circulación, garantizadas además por el Tribunal de Justicia, a comienzos del presente siglo la Comisión concluía que la situación de los servicios europeos en este punto era insatisfactoria. Así, su Informe sobre el Mercado Interior, de 2002, ofrecía reflexiones elocuentes sobre las fronteras jurídicas, que sustituían a las físicas.

Son muy relevantes las observaciones de este documento COM (2002, 41) sobre la inseguridad jurídica, las prácticas administrativas y la resistencia a la modernización de los marcos nacionales como frenos al desarrollo del mercado interior de los servicios. Circunstancias que incrementan notablemente lo que los economistas han definido como «costes de transacción», actuando como desincentivos de la competencia.

La ardua labor de la Comisión y el Tribunal de Justicia para construir el mercado interior, a lo largo del siglo pasado, sería contrarrestada por factores nacionales: «...siguen apareciendo nuevas fronteras debido al comportamiento de las administraciones y, en particular, a su poder discrecional o a procedimientos onerosos y poco transparentes que favorecen a los operadores locales».

En esta explicación de los obstáculos resulta patente los vínculos con el Derecho administrativo. En primer lugar, el «comportamiento de las administraciones» (regido por esta disciplina); a continuación, su «poder discrecional» (uno de nuestros principales tópicos de análisis); y en tercer lugar «procedimientos onerosos y poco transparentes», es decir, el procedimiento administrativo (entendido en su sentido más amplio).

Después del documento COM citado, se presenta en noviembre de 2003 otro informe llamado a influir sobre la implementación de la agenda de Lisboa. Elaborado por el ex Primer Ministro de los Países Bajos Wim Kok, titulado «Creando más empleo en Europa», que pone el acento en los aspectos laborales de esta estrategia, una vez se cumplen los objetivos sociales y ambientales.

El 30 de septiembre de 2004 emitió su informe el Comité de las Regiones, que no se mostró especialmente crítico con el principio del país de origen pero sí apuntó la necesidad de clarificar el ámbito de aplicación de la Directiva, excluir los servicios económicos de interés general y precisar algunos detalles de su aplicación, especialmente en lo relativo a su impacto sobre las autoridades regionales y locales, como después veremos.

En febrero de 2005 se publica la Comunicación «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo – Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa», otro documento COM que insiste en la necesidad de hacer más atractivos los mercados europeos a los inversores y los trabajadores. Las medidas que plantea, una vez más, entran de lleno en el ámbito de las reformas estructurales.

También en febrero de 2005, el día 10, se aprueba el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de la Directiva, un informe que ofrece consideraciones de interés en distintos temas, algunos superados (como el principio del país de origen) y otros muy relevantes (conexiones con la normalización de las exigencias profesionales), también desde un punto de vista administrativa, como después veremos (Ventanilla única electrónica, cooperación administrativa, etc.).

Al mes siguiente, en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 22 y 23 de marzo de 2005 se presentaron conclusiones sobre la revisión de la Estrategia de Lisboa, con el objetivo principal de reactivar las reformas que comportaba, incluyendo las relativas a la mejora del marco de los servicios, claves para «mejorar...su competitividad, aumentar su potencial de crecimiento y su productividad...» (Punto quinto).

Otras conclusiones de este Consejo se proyectan sobre cuestiones jurídicas y administrativas; así, la consideración de la necesidad de crear un entorno jurídico más favorable a las empresas (Punto 20), el afán de reducir las cargas administrativas (Punto 24), o la propuesta de articular solu-

ciones que faciliten las tramitaciones burocráticas, como las ventanillas únicas (Punto 25).

La reacción de los sindicatos y de los movimientos sociales contra las connotaciones «neoliberales» de la Directiva forzaron su revisión, en cuyo proceso resultan relevantes los cambios introducidos por el Borrador McCreedy, de 2006, un nuevo texto que matiza los aspectos más controvertidos de la propuesta Bolkestein, con un resultado muy distinto al de su planteamiento inicial (13).

El Parlamento Europeo sirvió de crisol para el acuerdo, tras las enmiendas al texto original, aprobando el 16 de febrero de 2006 la norma con varias modificaciones, destacadamente la eliminación del principio del país de origen, que abría la puerta de la sujeción de las empresas sólo a las normas del lugar donde radicarán, lo que podría haber favorecido el tan temido *dumping* social.

Otros cambios introducidos por el Parlamento europeo permitían a los estados contemplar exigencias adicionales por razones de «orden público, seguridad pública, protección del medio ambiente y salud pública». Y supusieron también una ampliación de las exclusiones, para dejar fuera del texto los transportes, las empresas de trabajo temporal, el sector audiovisual, el de la salud, la notaría, las apuestas, la seguridad, los servicios sociales y la vivienda social.

Las resistencias a esta norma, reflejadas por ejemplo en la imagen del «fontanero polaco», tan empleada en Francia para cuestionar la integración europea en su versión de los primeros años del presente siglo, explican en parte el fracaso de la Constitución europea, pues la desconfianza generada de la opinión pública frente a los últimos avances del proceso de integración obedecerían al temor de las consecuencias de la liberalización de los servicios.

Sin embargo, el Consejo Europeo, en la cumbre de marzo de 2007, recalcó la importancia y la necesidad de implementar la Directiva. No se plantea hoy, a pesar de las voces críticas que se siguen escuchando, dejar de cumplir con sus exigencias (aunque en algunos países se ha sugerido

---

(13) Como he venido advirtiendo, el punto más polémico fue el principio del país de origen. Sobre el mismo, Vid. Antonio ESTELLA DE NORIEGA, «El principio del país de origen en la propuesta de Directiva Bolkestein», en Tomás DE LA CUADRA, *El mercado interior de servicios...*, cit. pp.173, ss.

en el debate político y parlamentario la posibilidad de una moratoria de la transposición). Al contrario, parece que la crisis económica y el incremento del desempleo obligan a desarrollar las estrategias de competitividad que la norma contempla.

### **III. PRINCIPALES PROYECCIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS**

#### **1. Considerandos y ámbito de aplicación de la Directiva**

Encontramos en los 118 considerandos de la Directiva una explicación bastante completa de su razón de ser y contenidos, más prolija que una exposición de motivos y a menudo mucho más útil para la interpretación teleológica del texto. Por su extensión y el objeto de este trabajo, me detendré en aquellos puntos más estrechamente conectados con el Derecho y la organización administrativa, sin pasar por alto que un número tal elevado de considerandos pone de manifiesto la complejidad y el alcance de esta norma.

El considerando 2 de la Directiva dice que «Los obstáculos afectan a una amplia gama de actividades de servicios, así como a la totalidad de las etapas de la actividad del prestador, y presentan numerosos puntos en común, incluido el hecho de tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros».

La Directiva es presentada como un «marco jurídico general» en el considerando 7, que sin embargo admite el mantenimiento de las peculiaridades regulatorias de cada sector. Lo que quiere decir que, sin perjuicio de la necesidad de abrir un proceso de evaluación y valoración de tales especificidades, en contraste con los objetivos de esta norma, en tanto se produzca tal diagnóstico los regímenes vigentes se mantendrán.

Muy relevantes son los considerandos 33 y 34, pues formulan sendos conceptos cruciales para la comprensión del ámbito de aplicación. Por un lado, en el 33, el concepto «servicio», con un buen número de ejemplos; y por otro, en el 34, qué se debe entender por «remuneración»,

con la advertencia de que no se da tal «...en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial...».

Otras definiciones a tener en cuenta en los considerandos (y después, en el articulado), son las de «prestador» y «destinatario», en el considerando 36; «lugar de establecimiento del prestador», en el 37; «persona jurídica», en el 38; «razones imperiosas de interés general», en el 40; «orden público», en el 41.

Al régimen de las autorizaciones se dedica el considerando 39, que incluye bajo este concepto los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede resultar de una decisión formal, o de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente.

Sobre la aceleración de los procedimientos nos ilustra el considerando 42: «Las normas relativas a los procedimientos administrativos no deben tener por objeto la armonización de dichos procedimientos, sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta».

El impacto negativo de la «complejidad, extensión e inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos» es resaltado en el considerando 43, que aboga por sustituir la autorización administrativa previa por la «autorización tácita». Con ello se eliminan los retrasos, se impide el ejercicio del «poder arbitrario» y se reducen costos al eliminar formalidades burocráticas. Otra medida concreta de simplificación se explica en el considerando 44, que contemplan la introducción de «formularios armonizados a escala comunitaria»

Más previsiones procedimentales encontramos en los considerandos 45 a 48: toma en cuenta de las duplicidades, obstáculos y retrasos procedimentales; establecimiento de disposiciones sobre derecho de infor-

mación, procedimientos electrónicos y regímenes de autorización; restricción de las exigencias documentales; o interlocutor único de los prestadores (ventanilla única).

Tras el repaso de los considerandos, otra cuestión que necesariamente debe resaltarse, en cualquier análisis de la Directiva de servicios, como en general de cualquier norma, es la relativa a su ámbito de aplicación. Como resultado de las discusiones durante su proceso de elaboración, éste presente un grado de complejidad considerable, con múltiples exclusiones y salvedades que requerirían, para una explicación total, de un estudio monográfico (14).

Centrándonos en el ámbito de aplicación, es preciso resaltar sus numerosas exclusiones: servicios sin contrapartida económica; servicios de interés económico general; servicios financieros; servicios y redes de comunicaciones electrónicas; servicios de transporte (incluyendo el taxi y los servicios portuarios); servicios sanitarios (médicos y farmacéuticos); servicios audiovisuales; juego; servicios sociales; deporte aficionado; etc.

Con una lista tan larga de exclusiones se plantea la cuestión de cuáles están incluidos, lo que nos resuelve el considerando 33 al definir «servicio»: el concepto de «servicio» incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes.

---

(14) Un ejemplo concreto de los problemas que se plantean nos lo ofrece el trabajo de A. EZQUERRA, *El modelo español de ordenación farmacéutica en el contexto comunitario europeo de libertad de establecimiento*, publicado en el número 23 (2008) de esta REVISTA. Ya contamos en España con una primera aproximación al ámbito de aplicación, ofrecida por Tomás DE LA CUADRA, «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el Mercado interior», op. cit., p. 83, ss.

Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad. Estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de Internet.

Conviene destacar que el criterio elegido para definir los servicios es material, asociado a la contrapartida económica, y en modo alguno tiene que ver con el prestador, que puede ser tanto público como privado, aunque obviamente la gran mayoría de la actividad prestacional de los entes públicos, por su naturaleza, resulta afectada por alguna de las exclusiones (servicios educativos, sanitarios, sociales...). De ahí el concepto de «prestador» que se formula en el considerando 36 de la Directiva: «Toda persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o toda persona jurídica que ejerza una actividad de servicios, ya sea acogiendo a la libertad de establecimiento o a la libre circulación de servicios».

La gran mayoría de las actividades realizadas por los entes públicos no tienen la consideración de servicios, al excluirse tanto el ejercicio de autoridad como los servicios sociales y los servicios de interés económico general. En este sentido, la Directiva no determina la despublificación o privatización de actividades. Sólo impone un nuevo modelo de intervención pública sobre las actividades de prestación de servicios que son realizadas por sujetos privados, cuestionando la subsistencia de las técnicas autorizatorias hasta ahora empleadas.

## **2. Medidas liberalizadoras de la Directiva: cambios en el régimen de las autorizaciones**

Como ya he explicado en el apartado II de este trabajo, la versión inicial de la Directiva venía marcada por una fuerte impronta liberalizadora, después suavizada con la aparente eliminación del más que controvertible principio del país de origen, motivo de innumerables críticas y protestas de la Europa social. Aunque el resultado final tiene poco que ver con su primera redacción, aún se mantienen prejuicios hacia el com-

ponente liberalizador de la Directiva, que se ha calificado como «desregulación» (15).

El mantenimiento de un enfoque crítico con el contenido de la Directiva, discutiendo incluso la competencia europea para su aprobación, puede alimentar los argumentos para transponerla lentamente (o no hacerlo), facilitando la búsqueda de subterfugios a muchos gobiernos que tienen en sus manos esta «patata caliente». Recordar la paternidad de Bolkestein (después sustituido por McCreevy) podría convertirse paradójicamente en la estrategia de grupos de interés lejanos a los sindicatos (16).

Sería a mi juicio un error reducir los muchos contenidos de la Directiva a la mera «desregulación» —término en general rechazado en nuestro entorno doctrinal— como lo sería resumirla en la idea de liberalización, concepto también anfibiológico, que alcanza desde la *despublicatio* hasta la retirada de intervenciones administrativas (desregulación o «neoregulación»), que no se produce por completo a resultas de la Directiva, ni siquiera en el sector del comercio (17).

La Directiva no plantea una «desregulación» plena, ni mucho menos, porque las normas reguladoras de las actividades de servicios, una vez éstas se inician, se mantienen si están justificadas. El cambio que introduce consiste, en cambio, en la sustitución de los controles previos— las clásicas autorizaciones administrativas —por filtros mucho más ágiles y menos costosos y verdaderos controles *ex post*, traducidos en inspecciones administrativas.

Al contrario de la «desregulación», que ha dado lugar a desgraciadas consecuencias, como la crisis financiera internacional, la Directiva podría y debería determinar un incremento de los controles administrativos sobre las actividades de prestación de servicios. Esto forma parte de sus objetivos y exigencias: controles no condicionantes del *si* del desa-

---

(15) Vid. Tomás DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, *¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?*, «Revista Española de Derecho Europeo», núm. 22, 2007.

(16) Aparentemente, el pequeño comercio es uno de los sectores más afectado por las medidas liberalizadoras (teóricamente beneficiosas para las grandes superficies comerciales). Pero en realidad la dialéctica beneficio/perjuicio puede plantearse entre quienes ya están en el mercado y quienes pretenden acceder a él, es decir, futuros competidores.

(17) Vid. VILLAREJO GALENDE, Helena (Dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009.

rollo de la actividad (sujetos a un escrutinio estricto) sino del cómo se desarrolla la actividad.

Tiene razón sin embargo DE LA CUADRA SALCEDO JANINI cuando afirma que el efecto fundamental de la Directiva es someter regulaciones (exigencias de autorización, en concreto) a un control de proporcionalidad. Sin entrar ahora en la tesis de la falta de competencia para su dictado (sobre la que tendría que pronunciarse, en su caso, el Tribunal de Justicia) considero que este control no produce un efecto «desregulador», sino de «mejora regulatoria», pues si una intervención administrativa no es proporcionada, razonablemente debería desaparecer (18).

Que esta política contribuye a realizar objetivos del Tratado no parece en líneas generales discutible, sin entrar insisto en el detalle de las competencias, como tampoco lo parece que la discrecionalidad administrativa en la concesión de ciertas autorizaciones se utiliza, de hecho, como una barrera a la competencia y a menudo como una herramienta indirecta de proteccionismo, y no sólo para con las empresas de otros estados miembros, sino también con todas las no locales.

Por ello, parece oportuno que se exija una evaluación de las autorizaciones, garantizando que respeten los principios de proporcionalidad y no discriminación cuando la existencia de controles previos esté justificada. Se trata en definitiva de diagnosticar y eliminar las exigencias de autorización excesivamente onerosas (considerando 42 de la Directiva), situando su régimen en un planteamiento que en nuestro país ya había defendido con buenos argumentos LAGUNA DE PAZ (19).

En cambio, no se plantea la exigencia ni el objetivo de armonizar los procedimientos administrativos de autorización, manteniéndose formalmente el principio comunitario de respeto de las previsiones procedimentales y organizativas de los estados miembros, aunque puede que esta armonización procedimental sea deseable a medio plazo o incluso sea una evolución tendencialmente propulsada por la Directiva (20).

---

(18) En este sentido, coincido plenamente con la observación de Tomás DE LA CUADRA FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, que aunque duda del respeto del principio de subsidiariedad, afirma que «...la regulación material que se contiene en la Directiva no puede decirse que sea contraria a la lógica y el sentido común en materia de libertad de empresa», op. cit., p. 127.

(19) Vid. José Carlos LAGUNA DE PAZ, *La autorización administrativa*, Cívitas, Madrid, 2006.

(20) Vid. Oriol MIR PUIGPELAT, *La codificación del procedimiento administrativo en la Unión administrativa europea*, en Francisco VELASCO CABALLERO/Jean-Peter SCHNEIDER, *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

### 3. Incidencia sobre los procedimientos administrativos

Y es que, pese al mantenimiento del principio de respeto a las previsiones procedimentales internas, hay que apuntar que la transformación que están llamados a experimentar los procedimientos autorizatorios, y en general los procedimientos administrativos nacionales, probablemente se traducirá en una aproximación y progresiva similitud de sus estructuras. La exigencia de simplificación procedimental conduce a ese resultado, pues la esencialidad de los trámites persistentes tenderá a convertirlos en comunes (21).

Algunas observaciones de los considerandos parecen apuntar claramente en este sentido, como la ya citada del 44, sobre «formularios armonizados a escala comunitaria». Es bien sabido, por quienes conocen la dinámica real de los procedimientos administrativos, el peso que puede tener el formulario, como cualquiera de los aspectos documentales del procedimiento, reflejo físico de su tramitación efectiva (22).

También pueden señalarse, en esta línea de aproximar procedimientos (que antes se elude), los considerandos 45 y 46, pues ordenan a los estados miembros tener en cuenta las posibles duplicidades procedimentales y prevén el establecimiento de un objetivo común de simplificación administrativa, que incluiría el establecimiento de disposiciones sobre el derecho de información, los procedimientos electrónicos y el marco de los regímenes de autorización.

A la vista de tales objetivos, no parece descabellado pronosticar que, en un medio plazo, probablemente se producirá un avance cualitativo del terreno de los principios generales del procedimiento (audiencia, motivación, transparencia, etc), a los que ahora se suman las ideas de simplicidad, celeridad y proporcionalidad, al detalle de los trámites, pues difícil-

---

(21) Tempranamente advirtió MUÑOZ MACHADO la incidencia de los principios del procedimiento administrativo comunitario sobre la normativa española. Vid. Santiago MUÑOZ MACHADO, *Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 75, 1992. También, en este sentido, Luciano PAREJO ALFONSO, *El procedimiento administrativo comunitario*, en «Manual de Derecho administrativo comunitario», Madrid, 2000, p. 229, ss. Santiago GONZÁLEZ-VARAS, *El Derecho Administrativo Europeo*, Sevilla, 2000, p. 107, ss. Recientemente, Lorenzo MELLADO RUIZ, *Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho Comunitario: instrumentos de garantía frente a la comunitarización de los procedimientos*, «Revista Española de Derecho Europeo», núm. 27, 2008.

(22) Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El expediente administrativo*, 2 Edición, Aranzadi, 2008.

mente será sostenible por un Estado miembro una exigencia formal que en modo alguno sea considerada necesaria en el resto. La cooperación interadministrativa, por otro lado, incrementará el conocimiento pormenorizado de los esquemas procedimentales ajenos, con el efecto de intercambio de experiencias y emulación de las más satisfactorias (23).

El efecto común ha de ser, en definitiva, la llamada descarga burocrática, traducida en la supresión de trámites y aceleración de procedimientos. Simplificación que debe sumarse a las iniciativas impulsadas en las Administraciones españolas para adaptar los procedimientos administrativos a los ritmos y las necesidades de las empresas, como advierte Helena VILLAREJO (24).

Podemos señalar un ejemplo relevante de aproximación procedimental que será común en todos los Estados miembros: La ventanilla única electrónica, exigencia que plantea un desafío notable también desde el punto de vista de la e-Administración.

#### **4. Impulso europeo a la Administración electrónica**

Y es que una de las principales exigencias de la Directiva es la del establecimiento de un «punto único de contacto». Se trata de que los prestadores de servicios tengan mayores facilidades para acceder a la información sobre los requisitos para desarrollar sus actividades en los distintos países, sin perderse en una maraña burocrática, reduciendo pues los costes de transacción.

La ventanilla única electrónica (o las «ventanillas únicas electrónicas», porque pueden ser varias) representa una imposición clave de la Directiva, que sin embargo deja bastante margen a los gobiernos a la hora de diseñar el modelo concreto a adoptar. No prejuzga la norma europea ni la asignación interna de la competencia, ni si su gestión se encomienda a las administraciones, colegios profesionales o incluso a organismos privados.

Son muchos los interrogantes que abre el diseño de la «ventanilla única electrónica», algunos de los cuales fueron señalados por el Dictamen del

---

(23) Precisamente en ello radica la oportunidad de la formación de un Derecho administrativo europeo, como han destacado autores alemanes, españoles, franceses, italianos.

(24) Vid. Helena VILLAREJO GALENDE, *La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior*, «Revista de Derecho de la Unión Europea», núm.14, 2008.

Comité Económico y Social, que llegó a advertir del riesgo de que estas ventanillas pudieran convertirse en una nueva barrera burocrática.

Se convierte también en una obligación administrativa el ofrecer la posibilidad de tramitar por vía electrónica los procedimientos que den acceso al a prestación de servicios, convirtiendo en un verdadero derecho la opción entre la comunicación con papel o recurriendo a las nuevas tecnologías, dentro del plazo de transposición, que no el previsto por la Ley española (más flexible).

## **5. Exigencias de cooperación interadministrativa**

La ventanilla única electrónica es sólo un instrumento más para reducir la complejidad administrativa, que es inevitable en un escenario interno y europeo en el que participan múltiples Administraciones: locales, regionales y estatales (de todos los Estados miembros). Para que se cumplan los objetivos de la Directiva, todos estos niveles administrativos tienen que cooperar mucho más y mejor que hasta ahora, constituyendo una verdadera red de Administraciones (25).

Hay una clara explicación del porqué de la cooperación interadministrativa: La falta de confianza o sintonía entre las autoridades administrativas de los Estados miembros produce por un lado solapamientos y duplicidades en los controles sobre los prestadores de servicios, y por otro huecos que pueden aprovechar operadores ilícitos para vulnerar las normas.

Se trata de remediar ambas situaciones, consiguiendo que haya un control único, pero que éste sea verdaderamente eficaz. Y esto debe lograrse sobre todo con mejor intercambio de información. Por ello se exige que los intercambios de información se produzcan de forma rápida y por medios electrónicos, dos condiciones que sin duda se complementan.

En cuanto al reconocimiento mutuo de documentos, en su día se pronunció el Comité Económico y Social advirtiendo que «los justificantes originales o las traducciones juradas de dichos originales en el caso de documentos importantes como certificados, extractos de registro, etc., a lo sumo

---

(25) La Directiva de Servicios supone un paso decisivo en la formación de lo que ya se conoce como Unión administrativa europea. Al respecto, *vid.* Francisco VELASCO CABALLERO/Jens.-Peter SCHNEIDER, *La Unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

podrán presentarse por vía electrónica si puede verificarse su autenticidad mediante una firma reconocida o de otra manera. Esto todavía no es posible por las vías de comunicación electrónica sencillas, y requiere el establecimiento de los correspondientes requisitos técnicos en todos los Estados miembros (véanse los trabajos del Comité sobre los medios de comunicación modernos)».

Pero no se agotan en los meros intercambios de información, entendidos como suministros de datos, las exigencias de cooperación. Existen otras obligaciones que plantean cambios relevantes en la forma de proceder de las administraciones nacionales. Así, por ejemplo, la de atender a las solicitudes de realizar controles, inspecciones o investigaciones planteadas por otros estados miembros sobre las actividades de prestadores radicados fuera de su territorio. Este ejercicio de la potestad inspectora a instancia de otra Administración merece un análisis detenido, como también lo merece la obligación de las administraciones nacionales de facilitar el acceso a los registros en los que estén inscritos los prestadores a las administraciones de otros Estados miembros (apartado 7 del artículo 28)

Para la interpretación de estas exigencias, contamos con un documento de cierto valor: El «Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios» editado por la Dirección General del Mercado Interior y de Servicios de la Comisión Europea en 2007. Un texto orientador, aunque no vinculante ni para los estados miembros ni (paradójicamente) para la propia Comisión (26).

Sobre la cooperación administrativa, por ejemplo, define claramente lo que hay que garantizar: «Los Estados miembros tendrán que velar por que sus autoridades competentes participantes en la cooperación administrativa diaria con las autoridades competentes de otros Estados miembros estén legalmente sujetas a las obligaciones de asistencia recíproca y las cumplan en la práctica. Además, tendrán que velar por que los prestadores establecidos en su territorio faciliten a sus autoridades competentes toda la información necesaria para la supervisión del cumplimiento de

---

(26) Y es que de entrada se advierte que «El presente documento, elaborado por los servicios de la Dirección General de Mercado interior y servicios, no es vinculante para la Comisión Europea como institución. Téngase en cuenta que la Comisión Europea podrá adoptar una postura diferente a la expuesta en el presente documento, por ejemplo, en relación con los procedimientos de infracción, tras un examen detenido de las medidas nacionales de transposición».

su legislación nacional en caso de requerimiento al respecto por parte de una autoridad competente. En algunos Estados miembros, esto puede exigir la imposición de tales obligaciones por ley» (27).

Queda claro que es preciso articular un sistema efectivo que permita la comunicación y el intercambio de información entre autoridades administrativas de todos los Estados miembros, lo que resulta particularmente complicado en el caso español, pues a menudo las competentes serán autonómicas o locales, muchas de ellas (sobre todos las últimas) sin medios aún para cumplir «en la práctica» esas obligaciones de asistencia recíproca, que requerirán desde informatización hasta los servicios de traductores o intérpretes.

Por otro lado, es preciso como dice el Manual sobre la Transposición, imponer por Ley la obligación a los prestadores de servicios de facilitar a las autoridades competentes la información para la supervisión del cumplimiento de su legislación nacional, obligación informativa que, aunque implícita en algunas normas sectoriales, requiere seguramente una previsión genérica en la norma o, mejor dicho, las normas de transposición.

#### **IV. LOS PROYECTOS DE LEY DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA**

La transposición de la Directiva en España requerirá, tal y como resulta de un primer diagnóstico realizado por el Ministerio de Economía y Hacienda, la reforma de cientos de leyes, tanto en el ordenamiento del Estado como en los ordenamientos autonómicos. Sumando las normas y procedimientos que es preciso modificar, se alcanza la cifra de vértigo de 7000. Tanto trabajo podría ocupar años y agotar la voluntad política más decidida, pero pretende acometerse (en su fase final) a lo largo de este 2009.

Son muchos deberes para un ejercicio, aunque buena parte de la tarea ya tendría que haberse realizado, teniendo en cuenta que se inició en 2007. Para comprender la estrategia seguida en la transposición, resulta aconsejable la lectura de la Memoria de análisis del impacto normativo, pues expone el programa de trabajo aprobado por la Comisión Delegada

---

(27) *Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios*, cit., p. 74.

del Gobierno para Asuntos Económicos, consistente en simultanear la aprobación de una Ley horizontal de transposición con reformas sectoriales.

Se justifica en este documento la aprobación de una Ley horizontal que sirva para introducir en nuestro ordenamiento, con carácter general, los principios y exigencias de la Directiva, sin perjuicio de estos principios y exigencias después se concreten en cada una de las leyes especiales, muchas de ellas en el ámbito competencial de las comunidades autónomas, cuya participación en el proceso se plantea en un segundo momento.

La secuencia de pasos dados se inicia en marzo de 2007 con la creación de una Comisión de Trabajo Interministerial para la Transposición de la norma, grupo que elaboró un programa aprobado por la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos en julio de 2007. Desde entonces se habrían desarrollado reuniones con los interlocutores de las comunidades autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias, previendo la conclusión de la fase de identificación para el 17 de abril de 2008.

Habiéndose producido todo este trabajo previo ya en el segundo semestre de 2007, sólo el escenario electoral explicaría el considerable retraso en la presentación del Borrador de Anteproyecto de Ley, que tiene lugar en noviembre de 2008, más de un año después de acordar la estrategia y concluir la necesidad de una Ley horizontal que no presenta mayor complejidad que la reproducción de los contenidos de la Directiva.

Porque el Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios que se presenta al Consejo de Ministros en noviembre de 2008 resulta ser una copia bastante fiel del texto de la Directiva, si atendemos a su Exposición de Motivos y articulado, estructurado en seis capítulos que coinciden en gran medida con los grandes bloques de la norma europea.

Así, el capítulo primero contiene las disposiciones generales (objeto, ámbito de aplicación y definiciones); el capítulo segundo consagra la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios (incluyendo los regímenes de autorización); el capítulo tercero regula la libre prestación de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro (con sus excepciones, restricciones y discriminaciones prohibidas); el capítulo cuarto ordena la simplificación administrativa (procedimientos y ventanilla única);

el capítulo quinto se dedica a la política de calidad de los servicios (fomento, obligaciones de información, obligaciones de los prestadores, comunicaciones comerciales y acciones de cesación); y el capítulo sexto aborda la cooperación administrativa.

De considerable importancia son también las disposiciones adicionales, transitorias y finales, pues se ocupan de cuestiones cruciales como el intercambio electrónico de información (Adicional primera); la inclusión de otros trámites en la ventanilla única (Adicional segunda); el Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios (Adicional tercera); la notificación a la Comisión Europea (Adicional cuarta); el régimen de infracciones y sanciones (Adicional quinta); el régimen transitorio (con la regla de la normativa vigente a la fecha de la solicitud); las normas derogadas (Disposición Derogatoria); los títulos competenciales (Final primera); previsiones sobre habilitación normativa y cumplimiento (Final segunda); adaptación de la normativa vigente (Final tercera); incorporación del Derecho comunitario (Final cuarta) y entrada en vigor (Final quinta).

Sobre este texto se ha pronunciado ya el Consejo Económico y Social, que comparte en líneas generales los objetivos de la reforma, pero advierte de algunos defectos de técnica normativa que presenta la iniciativa, tal y como ha sido planteada. También ha puesto de manifiesto el Dictamen del CES la necesidad de poner plazos a las sucesivas reformas que tendrán que emprender comunidades autónomas y municipios, pendientes en muchos casos de lo que haga el Estado.

La audiencia pública y los comentarios de los órganos consultivos, incluyendo los referidos del Consejo Económico y Social y los de ocho comunidades autónomas, determinaron la introducción de toda una serie de mejoras en el Anteproyecto de Ley de Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios, mejoras explicadas en un documento de 12 de febrero de 2009, estando aún pendiente el Dictamen del Consejo de Estado. Estas mejoras se concretan en un recorte de la Exposición de Motivos y mejoras de redacción y contenido del articulado.

Destacadamente: se mejoran la redacción sobre el objeto y las exclusiones de la Ley; se introducen las definiciones de «servicio» y «declaración responsable»; se acentúan las exigencias de justificación y proporcionalidad de las autorizaciones; se explicita el principio general del

silencio administrativo; se incrementan las cautelas sobre limitación del número de autorizaciones; se establecen mayores exigencias de motivación; se precisa la necesidad de que los documentos hayan sido emitidos por una autoridad competente para el mutuo reconocimiento; se reconoce la necesidad de concretar mejor el modelo de ventanilla única electrónica (aunque se difiere al posterior desarrollo reglamentario); se expresa el papel de las cámaras de comercio en las políticas de fomento de la calidad; se establecen nuevas obligaciones de información de los prestadores; se contemplan distintos puntos de contacto del sistema en la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas; y por último se clarifican las disposiciones adicionales y finales del texto.

Tras la introducción de estas mejoras, el Consejo de Ministros del 27 de marzo de 2009 acordó remitir a Cortes el Proyecto de Ley «horizontal», al tiempo que iniciaba los trámites de audiencia de un nuevo Anteproyecto, esta vez el de modificación de diversas leyes para su adaptación al anterior, también conocido como Anteproyecto de Ley «ómnibus».

Los contenidos de este segundo texto son muy relevantes porque ya no suponen una mera copia más o menos literal de los contenidos de la Directiva, sino que incluyen reformas concretas del Derecho español para adaptarlo a sus exigencias. En concreto, se plantea la reforma de las leyes de bases de régimen local, de procedimiento administrativo, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, de defensa de usuarios y consumidores, de colegios profesionales, de sociedades profesionales, de prevención de riesgos laborales, de inspección de trabajo y seguridad social, de metrología, de patentes, de seguridad privada, de ordenación de la edificación, de subcontratación en el sector de la construcción, de minas, del sector eléctrico, del sector de hidrocarburos, de navegación aérea, de ordenación de los transportes terrestres, de tráfico, del sector ferroviario, de puertos, del servicio postal universal, de telecomunicaciones, de pesca fluvial, de caza, de costas, de vías pecuarias, de residuos, de aguas, de montes, de parques nacionales, del patrimonio natural, de pesca marítima, de sanidad animal, de recursos filogenéticos, de la viña y el vino, general de sanidad, de propiedad intelectual, de ordenación del mercado de tabaco, de las profesiones sanitarias, del medicamento, de acceso a las profesiones de abogado y procurador..., en fin, una lista agotadora de reformas que recuerdan efectivamente aquellas leyes de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado que dejaron de utilizarse la pasada legislatura.

Sobre este segundo Anteproyecto también se han producido los informes correspondientes, aprobándose en el Consejo de Ministros como Proyecto el 12 de junio de 2009. El periodo de sesiones del otoño será el momento de tramitación de las reformas sectoriales, en un escenario parlamentario no precisamente propicio a los consensos, aunque en esta cuestión las exigencias del Derecho europeo son claras, y no debieran ser afectadas por la controversia política.

Otros problemas, sin embargo, pueden entorpecer la efectiva realización de los objetivos de la Directiva en España, circunstancias de nuestro modelo administrativo que hacen muy difícil afrontar en un corto periodo de tiempo objetivos tan ambiciosos como los que se plantean. Dificultades que se concretan en la fugacidad de los plazos, la falta de sistemática en las reformas y los riesgos de descoordinación competencial interna del Estado e interadministrativa.

## **V. DIFICULTADES: CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS, SINTONÍA CON OTRAS REFORMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, POTENCIALES CONFLICTOS COMPETENCIALES Y PROBLEMAS EN LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA**

A pesar de que la Directiva establecía desde su publicación en el DOCE la prohibición de dictar normas con requisitos discriminatorios conforme a sus disposiciones (lo que suponía la eficacia anticipada de parte de sus preceptos) y de que algunos informes emitidos durante su discusión aconsejaban divulgar sus contenidos entre los responsables administrativos regionales y locales, el grado de desconocimiento de la Directiva en España ha sido mayúsculo (28).

El proceso, sin duda, se ha tomado con mucha calma, no constituyendo una prioridad hasta que se ha interiorizado la posible conexión entre la realización de los objetivos de la Directiva y la lucha contra el desempleo en el largo plazo. Si no es así, no se entiende la tardía pre-

---

(28) Especialmente entre los responsables administrativos de los niveles autonómico y local, pues muchos no eran conscientes hasta fechas muy próximas de sus consecuencias procedimentales y organizativas, asociando la Directiva de Servicios únicamente al proceso de liberalización y el debate sobre la desaparición (o no) de las licencias de apertura de grandes superficies comerciales.

sentación del borrador de Anteproyecto de Ley y su pausada tramitación, con un horizonte de aprobación hacia finales del año 2009, en el límite mismo del plazo, dejando apenas algunos meses para el resto de las reformas normativas (29).

Y es que la transposición de la Directiva de servicios puede plantearse de dos formas: en cascada o con implementación simultánea en todos los niveles administrativos. Una transposición en cascada presenta la ventaja de la coordinación y armonización del proceso en todas las Comunidades, pero quizás debiera haberse iniciado (dadas las complejidades de nuestro Estado multidescaralizado) un poco antes. En cambio, la transposición simultánea, a pesar del riesgo de descoordinación, facilita el cumplimiento dentro del plazo.

Desde el Estado, parece haberse optado por el primer camino. El informe del grupo de trabajo para la transposición de la Directiva comienza resaltando la importancia de contar con una «Ley paraguas», o «Ley horizontal» cuyo texto se comprometía a tener listo en marzo de 2008. Antes, no obstante, deberían haberse identificado las normas cuya reforma se hacía precisa, y después evaluado la compatibilidad con la Directiva de las normas con rango de Ley (finales de enero 2009). Hemos visto que la presentación del Anteproyecto no se producirá hasta noviembre de 2008, y su envío a Cortes como Proyecto de Ley se retrasa hasta el 27 de marzo de 2009.

Las Comunidades Autónomas y entes locales han optado en la mayor parte de los casos por sumarse a este *tempo* lento marcado por el Estado, en lugar de comenzar a desarrollar sobre sus propios aparatos organizativos y sus procedimientos las exigencias de la Directiva. A pesar de que parece claro que la actuación de las comunidades autónomas y las corporaciones locales debe ser simultáneamente «sectorial y horizontal».

¿Cuántas leyes autonómicas han sido reformadas hasta la fecha con motivo del proceso de transposición? Muy pocas. Sabemos que se tendrán que modificar, entre otras muchas, las leyes reguladoras del comercio, pero también serán precisas normas modernizadoras del funcionamiento de las Administraciones autonómicas. Sin embargo, en mayoría de las Comunidades Autónomas en donde se ha puesto sobre la mesa la

---

(29) Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *La tortuga administrativa y los servicios*, «El Economista», noviembre 2008.

necesidad de transponer, se ha rechazado expresamente la transposición anticipada, difiriéndola hasta finales del año (30).

Los entes locales se encuentran en una situación aún más compleja, por el grado de desconocimiento del impacto de la Directiva sobre sus propias normas (ordenanzas sobre servicios funerarios, venta ambulante, etc) y procedimientos administrativos de concesión de licencias. A pesar de las iniciativas del Ministerio para las Administraciones públicas y la FEMP, aprobando guías sobre la cuestión, el riesgo de incumplimiento se eleva por comenzar tan tarde (31).

¿Cuánto tiempo les quedará a los municipios para adaptar sus normas y procedimientos a las exigencias de la Directiva? Una vez más, como en tantas ocasiones anteriores, se pone de manifiesto la relativa desconsideración de los poderes del Estado y las Comunidades Autónomas respecto de los entes locales en lo relativo a las políticas europeas, que por cierto les afectan e interesan muy directamente (32).

En la Administración local, habría que diferenciar la situación de las grandes ciudades y los pequeños municipios. Obviamente este es un problema interno, que no incumbe a la norma europea, en tanto mantiene el tradicional respeto a la organización administrativa de los estados miembros. Pero no puede dejar de señalarse las dificultades que se plantearán, sobre todo para los entes locales de reducidas dimensiones situados en zonas fronterizas, a la hora de realizar adecuadamente las exigencias de la Directiva.

Otra cuestión de gran importancia, que desde mi punto de vista complica el proceso de transposición, es la posible falta de coordinación y sintonía total entre los aspectos más económicos de la Directiva (liberalización de los servicios) y las medidas de reforma administrativa que exige. Si las primeras entran de lleno en el ámbito propio de los ministerios «económicos» (aunque no sólo Economía, sino eventualmente también Indus-

---

(30) Es el caso de Andalucía y de Castilla y León, donde destacados responsables autonómicos se han manifestado en principio contrarios a cualquier anticipo de las previsiones de la Directiva, particularmente en lo relativo a las licencias de grandes superficies comerciales.

(31) Vid. Valentín MERINO ESTRADA, *La transposición de la Directiva Bolkestein y los municipios españoles*, «Revista de Estudios Locales», 2009.

(32) Vid. David ORDÓÑEZ SOLÍS, *Derecho, Administración e integración de España en la Unión Europea bajo el prisma del Consejo de Estado*, «Revista Española de Derecho Europeo», num.27, 2008, p. 259.

tria), los segundos corresponden por completo al ya extinto Ministerio para las Administraciones Públicas.

Pues bien, la asignación del liderazgo de la transposición al Ministerio de Economía y Hacienda imprime un sesgo peculiar a este proceso, desde mi punto de vista, que podría haber tenido mucho más sentido de prosperar la primera versión del texto, pero lo pierde una vez la Directiva pasa a preocuparse mucho más de las cuestiones burocráticas (administrativas, en suma) que de las propiamente económicas, siendo éste un resultado palpable del cambio de borradores entre 2006 y 2007, como antes he apuntado.

¿Hubiera sido más adecuado situar el liderazgo de la transposición en el ya desaparecido Ministerio para las Administraciones Públicas? A mi juicio, tal vez lo más correcto hubiera sido encomendar a la Vicepresidencia primera del Gobierno un papel coordinador de ambos ministerios, que son los principalmente afectados, sin olvidar al Ministerio de Industria, también potencialmente afectado por los muchos sectores sobre los que se proyecta la norma.

Esta implicación necesaria del MAP queda clara cuando se demuestra la necesidad de reformar también la Ley de Procedimiento Administrativo, pues resulta necesario introducir las previsiones sobre autorizaciones, simplificación, agilización, ventanilla única, presentación de documentos o interoperabilidad en la principal norma reguladora del actuar de las administraciones públicas. Previsiones que sólo en una muy pequeña parte se han introducido en el Proyecto de Ley Ómnibus antes comentado.

Las reformas del Derecho administrativo general que plantea la Directiva no pueden solventarse simplemente con una reforma del silencio y dos artículos nuevos en la Ley de Procedimiento (sobre autorizaciones y declaraciones responsables): Es preciso, además del replanteamiento del régimen del silencio, repensar las relaciones interadministrativas, incluyendo el régimen de la responsabilidad concurrente; también introducir una «parte general» sobre la autorización administrativa en la Ley de Procedimiento, aprovechando los avances doctrinales producidos en nuestro país en los últimos años, que recoge la mejor tradición del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, alineándola con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia (33).

---

(33) Vid. José Carlos LAGUNA DE PAZ, *La autorización administrativa*, Cívitas, Madrid. También, junto a Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en las Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Toledo, Aranzadi, 2006.

Entre las dificultades, también conviene apuntar los potenciales conflictos competenciales que la Directiva puede plantear. No debe olvidarse que a la hora de ejecutar el Derecho europeo, hay que respetar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2005, de 17 de febrero). Y la competencia principal esgrimida por el Estado en el dictado de las leyes de transposición, que es el artículo 149.1.13, resulta menos sólida que la que podría haberse utilizado primordialmente si el Proyecto hubiera tenido un enfoque menos económico, vía 149.1.18.

Desde mi punto de vista, la Directiva produce impacto sobre todo en las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, especialmente en los niveles regionales y locales. El Dictamen del Comité de las Regiones, no muy detallado en tan crucial aspecto, sí puso en cambio de relieve las repercusiones de la Directiva sobre los entes regionales y locales, que no se han tenido suficientemente en cuenta hasta ahora. «La Directiva se dirige a los distintos Estados miembros, pero afecta sobre todo a los entes regionales y locales, a los que corresponderá la aplicación práctica preferente en las tareas administrativas».

También el Comité Económico y Social puso de manifiesto el riesgo de un efecto paradójico de creación de nuevas barreras burocráticas y mayores complejidades al exigir la cooperación de administraciones con lenguas y esquemas diversos de funcionamiento. Las dificultades prácticas subrayadas por ese informe, que se verán ciertamente tras la transposición legal, suponen nuevas cargas administrativas y tareas para los entes locales y regionales (problemas lingüísticos en los reconocimientos documentales; desinformación, etc.). Dificultades sobre las que, siguiendo el sentido común, debiera haberse advertido tempranamente a los entes regionales, para que se prepararan con la debida antelación a los desafíos de la Directiva.

En estas condiciones, será difícil cumplir con las exigencias de la Directiva en lo relativo a la cooperación interadministrativa cuando el intercambio de información y la coordinación entre autoridades y organismos de una misma Administración pública —no digamos de otras— presenta déficits más que considerables. El modelo de una Administración europea en red es difícilmente viable en el actual panorama administrativo español (34).

---

(34) Vid. Francisco VELASCO CABALLERO/Jens-Peter SCHNEIDER, *La Unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

¿Cómo va a desarrollarse, aun pendiente el Esquema Nacional de Interoperabilidad, la previsión sobre Intercambio electrónico de información? Este objetivo exige la existencia de un sistema electrónico de intercambio de información, que presupone el desarrollo reglamentario de la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, texto que tiene algunos artículos dedicados a esta materia (35).

Aunque la Comisión ha contraído la obligación de articular, en cooperación con los Estados miembros, el sistema electrónico de intercambio de información (IMI), los avances a nivel europeo de ese sistema no deberían dejar de lado la información, necesaria y conveniente, a las administraciones autonómicas y locales. Qué duda cabe de que mientras no se den a conocer y estén efectivamente funcionando herramientas clave como este IMI, la realización plena de las exigencias de la Directiva resultará imposible. A esta situación podrá achacarse cierto grado de incumplimiento, también propiciado por la sensación de que muchas autoridades españolas no sienten la premura de ir eliminando las exigencias contrarias a sus disposiciones, cribando sus propios ordenamientos para hacerlos compatibles con el Derecho europeo.

## **VI. BREVE CODA SOBRE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO DE ARAGÓN**

El Gobierno de Aragón, en cambio, se ha destacado por su decisión de anticipar en parte la transposición de la Directiva, sin esperar a que el Estado dicte las normas correspondientes. Así, ejerciendo los poderes previstos en su Estatuto de Autonomía, dictó el Decreto-Ley 1/2008, de 30 de octubre, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón.

A resultas de esta norma se ha publicado después el Decreto 247/2008, de 23 de diciembre, de adaptación de diversos procedimientos del Departamento de Industria, Comercio y Turismo. Este Decreto, entre otras reformas, modifica el Plan de Equipamientos Comerciales de Aragón.

---

(35) Vid. Eduardo GAMERO CASADO, (Dir.), *Comentarios a la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Madrid, 2007.

A diferencia de Aragón, la mayoría de las Comunidades Autónomas están esperando las decisiones del Gobierno de España, lo que supone ventajas e inconvenientes. La principal ventaja es la de facilitar una solución coordinada y uniforme a las múltiples cuestiones que abre la Directiva, entre las que debe recordarse la exigencia de un «Punto único de contacto». El principal inconveniente, en cambio, puede ser la relativa renuncia a las propias competencias y el incumplimiento del propio deber de respetar el Derecho europeo, si la transposición se retrasara más de la cuenta.

Del Decreto-Ley del Gobierno aragonés, ya convalidado por las Cortes de Aragón, puede destacarse positivamente su enfoque, que aun siendo limitado va más allá del comercio, tema que ha ocupado a los responsables autonómicos preferentemente. Debe de nuevo recordarse que la Directiva de Servicios es más que comercio, pues determinará una nueva forma de entender muchas de las instituciones del Derecho administrativo, comenzando por las autorizaciones, y siguiendo por el procedimiento y la colaboración entre administraciones públicas. De hecho, no podremos ver la mayoría de sus consecuencias hasta que nos topemos con una reforma en profundidad de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Buenas muestras de este impacto de la Directiva sobre las normas de procedimiento administrativo encontramos en los artículos 3 (simplificación de trámites, insinuando la figura del responsable de la tramitación), 5 (declaración responsable) o 9 (principio general de reducción de los plazos) de la norma aragonesa. Aunque algunas de sus previsiones, como las relativas a la declaración responsable, puedan plantear conflictos de interpretación y solapamientos competenciales con la futura Ley estatal, que ya ha introducido como hemos visto una definición de declaración responsable a resultas de las mejoras del proyecto incorporadas tras las alegaciones presentadas.

Esta es la principal desventaja que a mi juicio puede plantear una transposición anticipada, por lo demás aconsejable si lo que se pretende es incentivar y favorecer la actividad económica (lo que debiera hacerse sin renunciar a la protección de los valores ambientales y urbanísticos, por supuesto). Si las normas autonómicas chocan o no incluyen todas las exigencias del Estado, cuando éstas se dicten, todas las Comunidades Autónomas —también Aragón— tendrán que volver a adaptarse, si

no lo han hecho antes, poniéndose de manifiesto muchos de los problemas que plantea en el Estado de las Autonomías la recepción por nuestras Administraciones públicas y Derecho administrativo del Derecho europeo (36).

---

(36) Al respecto, resulta de sumo interés el Informe del Consejo de Estado de 12 de febrero de 2008, ya comentado por Ricardo ALONSO GARCÍA, *La inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, «Revista de Derecho Comunitario Europeo», núm.29, 2008 y David ORDÓÑEZ SOLÍS, *Derecho, administración e integración de España en la Unión Europea bajo el prisma del Consejo de Estado*, cit, así como la abundante bibliografía sobre ejecución administrativa del Derecho comunitario, en la que destacan los libros de MORENO MOLINA, GALERA o GIL IBÁÑEZ. Alberto GIL IBÁÑEZ, *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP, MAP, 1998.

# **EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL INVESTIGADOR DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS TRAS EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: NOVEDADES Y NUEVAS PERSPECTIVAS PARA SU RECONDUCCIÓN HACIA EL ÁMBITO DE LO PÚBLICO**

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

*SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.— II. ACERCAMIENTO AL ESTATUTO BÁSICO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PERSONAL INVESTIGADOR: HACIA UN NUEVO SISTEMA DE FUENTES.— III. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA COMPLEJA TIPOLOGÍA CONTRACTUAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR.— IV. LA CONSIDERACIÓN DEL PERSONAL INVESTIGADOR CONTRATADO COMO «EMPLEADO PÚBLICO». SUS CONSECUENCIAS MÁS INMEDIATAS. V. CONTENIDO DEL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL INVESTIGADOR CONTRATADO EN VIRTUD DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: 1. El régimen de acceso a las universidades y organismos públicos. Especial referencia a la conformación del órgano seleccionador. 2. Los derechos de naturaleza individual y colectiva. 3. El nuevo código de conducta, los deberes y el régimen disciplinario.— VI. POSIBILIDAD DE NOMBRAMIENTO DE INTERINOS CON CARGO A PROYECTOS DE I+D PARA EVITAR LA «INDEFINICIÓN» DE LOS CONTRATOS LABORALES TEMPORALES: 1. Problemas que puede plantear la contratación del personal investigador, especialmente cuando se recurre al contrato para obra o servicio determinado. 2. Las respuestas que da el Estatuto Básico al problema de la indefinición de los contratos. 3. El recurso al interinaje funcional como una posible vía alternativa a la contratación temporal laboral del personal investigador. Algunas propuestas de futuro.*

*RESUMEN:* El objeto de este artículo es analizar el régimen jurídico del personal investigador de las Universidades públicas tras la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público. Esta norma ha introducido importantes modificaciones en esta materia, toda vez que supone la aplicación automática de algunos de sus preceptos a todo el personal investigador que se vincula a las Universidades y demás organismos públicos a través de las diversas modalidades de con-

tratación laboral previstas en su normativa específica y en el Estatuto de los Trabajadores, lo que determina la inmediata inclusión de este colectivo en el nuevo concepto de «empleado público» acuñado en el Estatuto.

Independientemente de la naturaleza de su contrato, la aplicación del Estatuto supone que la Administración pública debe proporcionar condiciones de trabajo que permitan a los investigadores conciliar vida familiar, laboral y carrera. Especial atención merece el problema de la estabilidad en el empleo para los investigadores. Por otra parte, las Universidades Públicas deben elaborar, en el marco de su gestión de recursos humanos, un nuevo marco para la composición de los órganos de selección, una estrategia de desarrollo específica para la carrera de los investigadores en todas sus etapas, sin importar su situación contractual, incluyendo los investigadores con contratos fijos.

Ello nos sitúa ante un marco jurídico ciertamente complejo, donde conviven normas públicas y privadas, a la espera de la aprobación de un nuevo régimen específico para este tipo de personal. En todo caso, este trabajo nos permite reflexionar sobre los cambios, desafíos y oportunidades de reforma que implica el nuevo régimen y que, a nuestro juicio, bien podría suponer una reconducción de esta figura laboral hacia el ámbito del Derecho Administrativo.

*Palabras clave:* personal investigador; empleo público; Universidades Públicas; Estatuto Básico del Empleado Público.

*ABSTRACT: The aim of this article is to analyse the working conditions of the public researchers after the entry into force of the Basic Statute of the Public Employee. This law has introduced important changes in this matter. It supposes the automatic application of some of his precepts to all the researchers that are linked to Universities and other public institutions through several modalities of work contracting. In any case, it determines directly the inclusion of the public researcher in the new concept of the «public employee».*

*Independently of the nature of their contract, the application of the Basic Statute supposes that the Public Administration should provide working conditions which allow to researchers to combine family, work and career. Particular attention should be paid for the problem of the stability in the employment for researchers. On the other hand, the Public Universities should draw up, within the framework of their human resources management, a new framework for the composition of the selection committees, a specific career development strategy for researchers at all stages of their career, regardless of their contractual situation, including for researchers on fixed-term contracts.*

*It situates us in front of a certainly complex legal framework, where they coexist public and private norms, for this type of staff. expecting the approval of a specific statute for the researchers. In any case, this study allows us to think about the changes, challenges and opportunities for reform that entails the new regulation.*

*In our view, that would be able to suppose the change of these types of labour contracts towards the field of the Administrative Law.*

*Key words: public researcher; public employment; public Universities; Basic Statute of the Public Employee.*

## I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

El objeto de este trabajo no es otro que el de intentar realizar un primer acercamiento a las repercusiones que puede tener la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (la Ley 7/2007, de 12 de abril) en el régimen del personal investigador (1) en universidades y entidades u organismos públicos, en la medida en que el Estatuto ha sido elaborado con una clara vocación de aplicación universal a todo empleado por las Administraciones Públicas y con la intención de convertirse en una norma de referencia de todo el universo de relaciones de empleo en la Administración, con independencia de la naturaleza funcionarial o laboral del vínculo que une a ésta con sus empleados. De hecho, el nuevo Estatuto incluye específicamente al personal investigador dentro de su ámbito subjetivo de aplicación aunque, bien es cierto, que prevé la posibilidad de

---

(1) Ciertamente no existe ninguna definición legal comprensiva de las distintas modalidades de investigadores que podemos encontrarnos en nuestro ordenamiento jurídico. El *Real Decreto 63/2006, de 27 de enero*, se refiere exclusivamente al colectivo de los investigadores que se encuentran en período de formación, definiéndolos como aquellos graduados universitarios que son beneficiarios de programas de ayuda dirigidos al desarrollo de actividades de formación y especialización científica y técnica a través, como mínimo, de los correspondientes estudios oficiales de doctorado. Sin embargo, el colectivo al que nos referimos en este trabajo es bastante más amplio, pues abarca a los investigadores que ya han recibido ese período formativo y, en consecuencia, son ya doctores, así como aquellos otros que realizan tareas de investigación desligadas de los estudios de doctorado. Todos tienen en común, no obstante, que su vinculación a la Universidad, a excepción del período de beca, se efectúa a través de una modalidad contractual laboral. Pues bien, a partir de ahí convendría individualizar a este colectivo y distinguirlo al menos del denominado «personal docente e investigador» (PDI) contemplado en el art. 47 de la Ley Orgánica 6/2001, de 12 de diciembre, de Universidades, que está formado por los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y por el personal docente contratado, toda vez que este colectivo mantiene indisolublemente unidas las funciones docentes e investigadoras, con carácter pleno, y sin que exista incompatibilidad o limitación para el desarrollo simultáneo de ambas tareas, como suele ocurrir normalmente con el personal investigador. Bastante más explícito resulta el Borrador de Anteproyecto de Ley de la Ciencia y la Tecnología (11 de febrero de 2009, [http://web.micinn.es/05\\_Investigacion](http://web.micinn.es/05_Investigacion)), que define al personal investigador como aquel que lleva a cabo actividad investigadora, entendida como el conjunto de acciones conducente a la generación del conocimiento y su transferencia o difusión.

que puedan dictarse normas específicas en su aplicación para su adecuación a la especial naturaleza de este colectivo.

Su entrada en vigor a partir del día 13 de mayo de 2007 ha supuesto la aplicación automática de la nueva regulación contemplada en el Estatuto (en adelante EBEP) para el personal laboral de la Administración, en la medida en que el personal investigador se vincula a las Universidades y demás organismos públicos a través de las diversas modalidades de contratación laboral previstas en su normativa específica y en el Estatuto de los Trabajadores, lo que determina la inmediata inclusión de este colectivo en el nuevo concepto de «empleado público» acuñado en el Estatuto.

Por otra parte, el Estatuto ha extendido considerablemente la figura del funcionario interino, contemplando novedosamente la posibilidad de que las Administraciones puedan nombrar a funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal, sin establecer ningún tipo de requisito, limitación o condicionamiento para su uso y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la legislación laboral. Significa ello que, a día de hoy y a falta del contenido que eventualmente pueda dar el legislador de desarrollo o el legislador sectorial a esta nueva figura, el nombramiento de interinos es una fórmula en blanco que deja importantísimos márgenes de discrecionalidad a la Administración para su uso. Posiblemente no se haya querido establecer ninguna limitación respecto de las causas habilitantes de su uso porque introducir elementos de rigidez en esta figura puede resultar incompatible con la flexibilidad que el interinaje debe proporcionar a la organización administrativa y que tan necesaria resulta para la adecuada gestión de los recursos humanos. Pues bien, la habilitación a la Administración para el uso del interinaje podría abrir nuevas expectativas de cara a una nueva regulación del personal investigador, pues cabría plantearse la posibilidad de que algunos de los contratos laborales del personal investigador pudieran ser reconducidos a esta figura. Es más, cada vez son más numerosas las voces que se empiezan a plantear esta posibilidad como una posible vía para esquivar los efectos que para la universidad podría tener la aplicación de la «indefinición» de los contratos laborales temporales celebrados de forma irregular, según el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

## **II. ACERCAMIENTO AL ESTATUTO BÁSICO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PERSONAL INVESTIGADOR: HACIA UN NUEVO SISTEMA DE FUENTES**

La entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público ha supuesto el primer paso de una serie de modificaciones en cascada que habrán de producirse en los próximos años. El EBEP es simplemente una nueva pieza del puzzle que a día de hoy supone el empleo en la Administración. Eso sí, se trata de una pieza central, de una nueva fuente del derecho hasta ahora desconocida para los gestores de los recursos humanos en la Administración pues, como digo, se trata de una primera norma que se dicta con una clara vocación de aplicación universal a todo tipo de empleado público, y también, por consiguiente para el personal investigador, que después tendrá que ser completada por el correspondiente legislador de desarrollo y por el legislador sectorial, además de por las correspondientes normas reglamentarias que puedan dictarse, por los Pactos y Acuerdos funcionariales y por los convenios colectivos del personal que se vincula a la Administración en virtud de un contrato de trabajo. Sólo juntando todas estas piezas podremos recomponer el difícil mosaico que a día de hoy supone el empleo en la Administración.

Efectivamente, la intención confesada de nuestro legislador básico estatal ha sido la de establecer reglas comunes para todos los empleados públicos, con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo que los une con la Administración y con independencia de la fórmula organizativa que utilice la Administración para el cumplimiento de sus tareas. El Estatuto nace con una clara vocación universal de aplicación y de ser una norma de referencia para cualquier tipo de empleado público. Se trata de que estas mínimas reglas comunes sean aplicables, en principio, a todo el personal que preste sus servicios, ya no sólo en la Administración, sino en la totalidad de lo que se denomina sector público. Ello se ha traducido en la importante extensión del ámbito de aplicación del estatuto a todas las formas de personificación pública vinculadas o dependientes de una Administración (aunque sigue habiendo importantes excepciones) y en la aplicación de determinados principios e instituciones a todo lo que se denomina el sector público.

Con estos ambiciosos objetivos, el Estatuto parte de una visión integral del empleo en la Administración y contempla de igual forma las nor-

mas especiales que han de resultar también aplicables a su personal laboral. Todo aquello que debe ser común a cualquier empleado que preste sus servicios en una Administración Pública, con independencia de la naturaleza laboral o funcionarial del vínculo que mantiene con la Administración, pasa a configurarse como objeto del Estatuto. Esta nueva concepción ha tenido su reflejo en la elaboración y consagración de un nuevo concepto jurídico, el de «empleado público». Ya no se habla sólo de funcionarios, sino de empleados públicos, como un concepto global que abarca a todas aquellas personas que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, esto es, a los funcionarios de carrera, a los funcionarios interinos, al personal laboral y al personal eventual (art. 8 del EBEP). Se trata de una nueva técnica jurídica que va a tener importantes repercusiones en la medida en que va a permitir la aplicación del mismo régimen para dos colectivos que tienen una naturaleza jurídica muy diferente, para los funcionarios y para el personal laboral de la Administración, y en consecuencia, también para el personal investigador de las universidades públicas, en la medida en que hasta ahora se vincula con ésta a través de un contrato de trabajo laboral.

Esta nueva perspectiva se ve reflejada en los numerosos y complicados preceptos que el Estatuto dedica a la delimitación de su ámbito de aplicación y que contrasta notablemente con la parquedad de la regulación anterior. Todo el Título I del Estatuto, así como su Disposición Adicional Primera, se dedican a delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la nueva norma, incluyendo expresamente al personal investigador, toda vez que el artículo 2.2 del EBEP dispone concretamente que: «*En la aplicación de este Estatuto al personal investigador se podrán dictar normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades*».

No es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de determinados colectivos de personal que, en virtud precisamente de las funciones que realizan o de las peculiaridades de la organización Administrativa a la que están adscritos, presentan determinados rasgos distintivos que aconsejan una legislación especial. Ello ha ocurrido hasta ahora con el personal estatutario de los Servicios de Salud, con el personal docente universitario y con el no universitario, con el personal investigador, con los funcionarios de la carrera diplomática y con el personal destinado en el extranjero o con los funcionarios de correos. El Informe

del Comité de Expertos (2) había recomendado para ellos el mantenimiento de sus regímenes especiales aunque sin dejar de aplicar el Estatuto, entendiendo que los principios y reglas generales de aquél debían serles de aplicación por entero y que dichos estatutos especiales debían adaptarse al mismo, aunque con las peculiaridades de cada caso concreto, que para el personal investigador estarían basadas, al menos en parte, en el carácter especialmente formativo de la relación que mantiene con la Universidad.

Al margen de los problemas jurídicos que puede plantear la interpretación de esta cláusula para la determinación final del sistema de fuentes del personal investigador, lo que parece evidente es que el legislador básico estatal ha querido la aplicación directa del Estatuto también al personal investigador adscrito a cualquiera de las Administraciones Públicas aunque, al mismo tiempo, ha previsto específicamente la posibilidad de que puedan dictarse normas singulares para su aplicación que permitan adaptar el Estatuto a las peculiaridades —fundamentalmente formativas— que tiene este colectivo.

De la distinta forma de afrontar la fijación del sistema de fuentes para este personal se pueden derivar, a mi juicio, algunos matices importantes. El artículo 1.2 de la Ley 30/84 había previsto que en aplicación de dicha Ley pudieran «dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicación y del personal destinado en el extranjero». En el nuevo Estatuto, sin embargo, se dedica específicamente un párrafo para el personal investigador, independizándolo del personal docente (el punto 2 de su artículo 2). Por el contrario, para el personal docente se contempla, en primer lugar, una remisión a la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y, en segundo lugar, un reenvío a lo previsto en el propio Estatuto, salvo las concretas materias que excepciona.

Esta nueva concepción del empleado público de la que parte el Estatuto y esta inclusión expresa del personal investigador nos sitúa, a mi juicio, ante un marco jurídico parcialmente diferente del que hasta ahora

---

(2) El Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, presidida por Miguel Sánchez Morón, fue presentado el 25 de abril de 2005 y puede consultarse en la página Web del Ministerio de Administraciones Públicas (<http://www.map.es>).

hemos tenido. Nos abre un nuevo escenario de incertidumbre, de mayor complejidad para la determinación del sistema de fuentes de regulación de este personal y, sobre todo, de nuevas perspectivas para la configuración futura de su régimen jurídico.

Efectivamente, como reconoce la propia Exposición de Motivos del *Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación (EPIF)*, ha sido tradicional en España que los inicios de la carrera investigadora estén ausentes de una regulación y, por ello, se han ubicado dentro de la amplia labor de fomento de las distintas Administraciones Públicas en ejercicio de sus competencias, hasta que, a través del ya derogado *Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprobaba el Estatuto del becario de investigación*, se empezó a establecer una mínima regulación para los investigadores doctores y para aquellos titulados universitarios que habían obtenido el reconocimiento de su suficiencia investigadora.

El Real Decreto 63/2006 ha tenido un papel fundamental en todo este proceso de regulación del personal investigador, en la medida en que ha venido a ampliar considerablemente su ámbito de aplicación respecto de la regulación anterior y, asimismo, ha establecido un distinto régimen jurídico para el personal investigador en formación basándose fundamentalmente en la distinta naturaleza y características de la actividad que realiza este personal en cada momento. Así, los dos primeros años de su actividad investigadora sitúan automáticamente al investigador en formación en la situación jurídica de beca, mientras que sus últimos dos años han acabado reconduciéndose a la situación jurídica de contrato laboral, una vez superado el período de beca y tras la obtención imprescindible del Diploma de Estudios Avanzados (DEA) o del documento administrativo que lo sustituya de acuerdo con la nueva estructura de enseñanzas adaptadas al Espacio Europeo de Educación Superior (3). Ello ha supuesto la

---

(3) Nótese que el régimen establecido en esta norma resulta únicamente obligatorio para los programas de ayudas que tengan por finalidad la formación de personal investigador, partiendo de la premisa de que ello no es posible sin la obtención última del título de doctor. Ello explica que hayan quedado fuera del ámbito de aplicación de esta norma todos los graduados universitarios beneficiarios de ayudas dirigidas al desarrollo y especialización científica y técnica no vinculados a estudios oficiales de doctorado, que quedarán sometidos, sin más, a «la normativa aplicable» (art. 2.2 del RD 63/2006). No se especifica, sin embargo, a qué normativa aplicable se refiere, lo que supone situar a este tipo de investigadores en un margen de completa indefinición e incertidumbre jurídica difícilmente asumible.

reconducción hacia el ámbito de la contratación laboral de la figura del personal investigador, debido fundamentalmente a la ausencia de figuras administrativas que pudieran cubrir las peculiaridades temporales de este concreto colectivo de personal.

Esta distinción de regímenes jurídicos se ha querido basar fundamentalmente en las características de la actividad que realiza el personal investigador «de beca» y el personal investigador «de contrato», ante las dificultades que plantea la aplicación de la laboralidad en este ámbito. Efectivamente, se excluye del régimen laboral al investigador en formación en la medida en que se ha entendido que la naturaleza jurídica de la actividad que desarrolla es fundamentalmente de carácter formativo y no reúne, en consecuencia, la nota de «ajeneidad» que se exige desde el ámbito del Derecho laboral (art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) para el reconocimiento de la naturaleza laboral de una concreta relación. Así, al menos, lo explica la Exposición de Motivos del RD 63/2006:

*«La exclusión del personal investigador en formación «de beca» del régimen jurídico laboral se hace sólo con carácter declarativo, por cuanto que la nota esencial y diferencial que concurre es su primordial finalidad de facilitar el estudio y formación del becarios, sin que conlleve ninguna aportación al centro, organismo o universidad de adscripción, aquí no concurren, por tanto, todos los elementos exigidos para el nacimiento de una relación laboral. Al contrario, cuando el personal investigador ya tiene acreditada administrativamente una formación avanzada, a través del correspondiente Diploma de Estudios Avanzados o del documento administrativo que lo sustituya, la actividad de dicho personal investigador aprovecha, fundamentalmente, al centro, organismo o universidad de adscripción, concurriendo los elementos definitorios de una relación laboral de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores. Elementos de la relación laboral que, obviamente, están presentes cuando se trata de personal investigador doctor».*

Pues bien, en este escenario ha irrumpido el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, que no sólo ha venido a ampliar su ámbito de aplicación al personal investigador, reconduciéndolo a las puertas del Derecho público, sino que también ha aportado importantes novedades en su régimen jurídico, en la medida en que contempla determinadas normas

que resultan aplicables directamente a todo el personal vinculado a la Administración en virtud de un contrato laboral y, por ende, al personal investigador, pues son contratos laborales los que vinculan al investigador con la entidad u organismo público de adscripción. Del mismo modo, ha previsto nuevos supuestos para el nombramiento de funcionarios interinos que, a nuestro juicio, bien podrían ser utilizados por los organismos públicos para reconducir estos contratos laborales e incluso las becas hacia el ámbito del Derecho Público.

### **III. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA COMPLEJA TIPOLOGÍA CONTRACTUAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR**

La Ley Orgánica de Universidades 6/2001, de 21 de diciembre, redactada de conformidad con lo dispuesto en el artículo único de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, en línea con la prohibición de utilizar los contratos de colaboración temporal sometidos al Derecho Administrativo que marcó la Disposición Final Cuarta de la *Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública*, procedió a la supresión de los contratos administrativos en este ámbito y, ante la falta de figuras públicas para reconducir este tipo de contratación temporal, optó decididamente por la contratación laboral en el ámbito docente e investigador que no pertenece a los cuerpos docentes universitarios (4). Así, el artículo 48 de la LOU ha contemplado específicamente para este colectivo una habilitación genérica para que las universidades puedan «contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica (5)».

---

(4) Reflejo de esta opción es la Disposición Transitoria Cuarta, que permite que aquellos profesores que a la entrada en vigor de la presente Ley se hallen contratados en universidades públicas como profesores con contrato administrativo LRU, puedan permanecer en su misma situación hasta la extinción del contrato y de su eventual renovación, conforme a la legislación que les venía siendo aplicable. No obstante, dichos contratos podrán ser prorrogados sin que su permanencia en esta situación pueda prorrogarse más de cinco años después de la entrada en vigor de la Ley. Hasta ese momento, las universidades, previa solicitud de los interesados, podrán adaptar sus contratos administrativos vigentes en contratos laborales, siempre que se cumplan los requisitos de cada una de las figuras previstas en esta Ley y no suponga minoración de su dedicación.

(5) La Disposición Adicional Decimotercera de la LOU prevé que las posibilidades de contratación de personal previstas en esta Ley para las Universidades públicas se entienden sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación

A results de todo ello, la vinculación del personal investigador con las Universidades se ha canalizado a través de la correspondiente contratación laboral. Conviene señalar, no obstante, que lo que contempla este artículo es simplemente una habilitación que, en modo alguno, se impone con carácter obligatorio. De hecho, se dice que las Universidades «podrán contratar» y no que «contratarán». Ello es lógico si tenemos en cuenta la doctrina que estableció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, en la que aclaró que, al haber optado con carácter general la Constitución por el régimen funcional en su artículo 103.3, la ocupación de los puestos de trabajo en la Administración por quienes posean la condición de funcionario debía ser la regla general, de tal modo que la ocupación de puestos por personal laboral debería constituir la excepción y que, como tal, debería venir expresamente establecida por el legislador. Pues bien, el artículo 48 de la LOU vendría a contener la habilitación legal general para que las Universidades puedan celebrar contratos de trabajo para el personal investigador pero, a nuestro juicio, no las impone con carácter imperativo, por lo que también cabría plantearse la posibilidad de que en un futuro este tipo de contratación pudiera ser reconducido hacia el ámbito del Derecho Público, como más adelante propondremos.

Lo que ocurre es que, ante la desaparición de la contratación administrativa temporal y la ausencia de figuras de Derecho Público susceptibles de canalizar la figura del investigador, las Universidades se han visto obligadas a reconducir todo este tipo contratación hacia el ámbito del Derecho Laboral, bien a través del contrato para obra o servicio determinado, bien a través de cualquiera de las múltiples especialidades de contratación laboral que contempla la correspondiente normativa sectorial. Sucede, no obstante, que con el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público también estas modalidades contractuales resultan receptoras directas de las normas allí contempladas para el personal laboral de la Administración. Quedarían únicamente fuera de este esquema de contratación laboral, y por tanto también del EBEP, los investigadores en formación durante sus dos primeros años. En este período se encuentran en el régimen de beca, dados los problemas teóricos que plantearía la aplicación a este

---

General de la Investigación Científica y Técnica, en la redacción dada por la disposición adicional séptima de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

supuesto de las notas que exige el Estatuto de los Trabajadores para someter una relación al ámbito del Derecho Laboral, en virtud fundamentalmente de su carácter eminentemente formativo. Durante esta etapa, el investigador será titular de los derechos reconocidos en el artículo 5 del RD 63/2006, recibirá una ayuda económica —que no tendrá la naturaleza de salario— y será incluido en el régimen de la Seguridad Social. En cuanto a los derechos de naturaleza laboral, al becario sólo se le reconoce el derecho a disfrutar del equivalente al régimen de vacaciones, permisos y licencias que disfrute el personal investigador del organismo al que esté adscrito.

La gestión del personal investigador no debe resultar nada fácil a la luz, no sólo de esta artificiosa distinción que distingue entre fase de beca y de contrato, sino también —y especialmente— por las múltiples modalidades de contratación laboral, temporal o indefinida, que pueden darse en el ámbito de las universidades públicas (6). Además del recurso genérico al contrato para obra o servicio determinado que contempla el art. 48 de la LOU (7), se puede recurrir al Derecho Laboral para contratar en los siguientes supuestos:

---

(6) En la fase de corrección de pruebas de este trabajo se conoce ya el texto del Borrador de Anteproyecto de Ley de la Ciencia y la Tecnología de 11 de febrero de 2009 (<http://web.micinn.es>), que en modo alguno simplifica la situación existente. Por el contrario, prevé una pluralidad de figuras contractuales especiales que pretenden adaptar la legislación laboral a las necesidades específicas de la investigación. El desarrollo profesional del personal investigador se articula en dos etapas previas y en una carrera profesional. Las etapas previas corresponden a los períodos de formación predoctoral y postdoctoral. En lo relativo a la etapa de formación predoctoral se crea una nueva figura contractual con el fin de adecuar la legislación laboral a la estructura de titulaciones universitarias derivadas de la adaptación de los estudios de doctorado al Espacio Europeo de Educación Superior. Se trata de un nuevo contrato de prácticas de 4 años de duración. En lo que respecta a la etapa de formación postdoctoral se contempla igualmente una figura contractual más adecuada a los fines de dicha etapa que las existentes en la actualidad. El desarrollo profesional del personal investigador continúa con el acceso a una carrera profesional que se articula en grados. El primero de estos grados, el grado de acceso, junto con la figura contractual creada al efecto, adapta al ámbito laboral español el denominado *tenure track*. Se trata de una contratación laboral de cinco años con una evaluación externa al final del tercer año cuya superación conduce a la contratación indefinida. Por lo demás, la carrera profesional se articula de forma flexible permitiendo que se pueda incorporar a la Administración personal investigador mediante contratos indefinidos, así como investigadores distinguidos y de reconocido prestigio mediante el régimen especial de alta dirección (arts. 14, 16 y 17 del Anteproyecto).

(7) En esta misma línea, el art. 5 del Borrador del *Estatuto del Personal Docente e Investigador de las Universidades Españolas* presentado por el Ministerio de Ciencia e Innovación el 10 de noviembre de 2008, prevé la posibilidad de que las Universidades puedan contratar por obra o servicio personal docente, personal investigador, técnico u otro personal, por duración determinada

- A los investigadores en formación que se encuentran en los *dos últimos años de contrato laboral*, pues, según el art. 8 del RD 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el EPIF, se vinculan con la Universidad o entidad pública correspondiente mediante un contrato de trabajo en prácticas. Dicho contrato, no obstante, presenta algunas matizaciones importantes respecto del régimen establecido en el Estatuto de los Trabajadores para este tipo de contratos formativos.
- A los graduados universitarios beneficiarios de ayudas dirigidas al desarrollo y especialización científica y técnica que no están vinculadas a *estudios oficiales de doctorado* y que se vinculen, no en virtud de una beca, sino en virtud de algún contrato laboral, toda vez que el art. 2.2 del RD 63/2006 contempla, sin más, una remisión a la «normativa aplicable». Ello supone dejar a la Administración un amplio margen de discrecionalidad a la hora de elegir la concreta modalidad contractual laboral, de conceder una beca o, incluso, de aplicar la nueva modalidad de interinaje prevista en el art. 10 del EBEP para los funcionarios públicos.
- A los investigadores, personal científico o técnico contratados para la realización de un proyecto específico de investigación en virtud de la habilitación contemplada en el punto 1.a) del artículo decimoséptimo de la Ley 13/1986, que posibilita la utilización de los contratos laborales para la realización de una obra o servicio determinado previstos en el art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.
- A los *Doctores beneficiarios de programas de ayudas a la investigación*, pues también la Disposición Adicional Sexta del RD 63/2006 remite directamente a la contratación laboral y, en con-

---

a través de programas nacionales o autonómicos específicos o para el desarrollo de proyectos de investigación científica, técnica o artística, de innovación pedagógica, transferencia del conocimiento, encargos docentes especializados de duración limitada y otras actividades académicas de carácter temporal o discontinuo. Las modalidades de contratación previstas serían cuatro: contratos para investigadores doctores vinculados a programas nacionales, autonómicos o sectoriales para la captación de recursos humanos de excelencia; contratos para investigadores, doctores o no doctores, asociados a proyectos de investigación públicos o privados cuyo objeto es la ejecución del proyecto de investigación en todo o en parte, contratos para PDI de apoyo a la investigación y contratos para PDI de apoyo a los procesos de enseñanza-aprendizaje. El documento puede consultarse en [www.educacion.es/educacion/universidades/profesorado.html](http://www.educacion.es/educacion/universidades/profesorado.html).

creto, a las modalidades de contratación previstas en el art. 15.1.a) del ET, esto es, al contrato para la realización de una obra o servicio. Estos programas deberán ser inscritos en el Registro General de Programas de Ayudas a la Investigación regulado en el art. 3 de dicho Real Decreto.

— *A los doctores beneficiarios de programas de ayudas adscritos a un organismo público de investigación de la Administración General del Estado* (art. 17 de la Ley 13/86 de 14 de abril, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica, con las modificaciones introducidas por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad). Aquí se prevén varias modalidades:

- *Contrato en prácticas* (modalidad especial del contrato formativo para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología). Está, no obstante, sometido a importantes peculiaridades, así, el tiempo máximo de duración no es de 2 años, sino de 5 años. Los contratados deben someterse a evaluación bianual, el título habilitante requerido para esta modalidad contractual es el de doctor y las retribuciones no podrán ser inferiores a las de los demás investigadores que realicen idénticas funciones.
- *Contrato de carácter indefinido*, para la realización de funciones de la institución y prioritariamente tareas de investigación científica y desarrollo tecnológico (párrafo tercero del art. 17 de la Ley 13/86, en su redacción actual). Se permite en este caso la posibilidad de que las Universidades Públicas, Agencias Estatales de Investigación y los Centros Públicos de Investigación no estatales, puedan celebrar contratos con carácter indefinido y dedicación a tiempo completo, previa convocatoria pública que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Todo ello, claro está, en función de las necesidades de personal de cada centro, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias y conforme a sus propias normas de organización y funcionamiento. Para que estos centros públicos puedan recurrir a esta modalidad contractual se requiere que el empleado haya sido previamente contratado a

través de la modalidad especial de contrato en prácticas prevista en la letra b) del art. 17.1 de la Ley 13/86, esto es, que sea doctor, que haya superado con criterios de excelencia la evaluación correspondiente y que haya agotado los 5 años de contrato en prácticas previsto en dicho precepto.

#### **IV. LA CONSIDERACIÓN DEL PERSONAL INVESTIGADOR CONTRATADO COMO «EMPLEADO PÚBLICO». SUS CONSECUENCIAS MÁS INMEDIATAS**

Independientemente de las importantes expectativas que parece abrir el EBEP al personal investigador, y a las que nos referiremos más adelante, lo cierto y verdad es que la relación laboral de empleo público configurada por el Estatuto presenta importantes peculiaridades que la diferencian de las relaciones laborales en el ámbito de una empresa privada. El Estatuto reconoce una relación laboral ciertamente de carácter peculiar para todo aquel empleado que se vincula a la Administración en virtud de un contrato de trabajo. Si seguimos en este punto a la doctrina laboralista, no se trataría formalmente de una relación laboral de carácter especial por no venir expresamente contemplada en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, pero sí que estaríamos en presencia de una relación laboral sometida a un régimen específico, lo que autoriza a considerarla como una relación laboral especial al menos desde el punto de vista material o sustancial (8).

Al margen de estos matices, puede decirse que el Estatuto Básico configura un régimen específico para todo el personal contratado por la Administración en virtud de un contrato de trabajo, que automáticamente pasa a tener como fuente primordial de su régimen jurídico las múltiples normas que el Estatuto contempla de forma global para los «empleados públicos». En lo no previsto en el mismo, este personal se someterá a las condiciones previstas en la legislación laboral y en los correspondientes

---

(8) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14, mayo de 2007. En un sentido similar, BOLTAINA BOSCH, Xavier, «Clases de personal», en la obra colectiva titulada *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, dirigida por Salvador DEL REY GUANTER, Manuel FÉREZ FERNÁNDEZ y Esther SÁNCHEZ TORRES, La Ley, 2008, p. 180.

convenios colectivos que les sean de aplicación (art. 1.2 del Estatuto Básico en relación con lo previsto en su art. 7). A resultas de las nuevas previsiones estatutarias, pues, los contratados laborales de la Administración van a quedar sometidos a las mismas normas que los funcionarios públicos en aspectos esenciales de su régimen jurídico como ocurre, por ejemplo, en materia de deberes, principios éticos y código de conducta, en su responsabilidad disciplinaria, en materia de principios rectores del acceso o en el reconocimiento de derechos individuales, salvo el de la inamovilidad en la condición de funcionario, que queda reservado exclusivamente a los funcionarios públicos. Sin embargo, a pesar del tratamiento conjunto y unitario que del empleado público se hace en el estatuto, después cada una de estas categorías de personal contiene sus propias especialidades, su propio régimen y se somete a jurisdicciones diferentes.

El Estatuto, efectivamente, parte de una visión integral del empleo en la Administración y contempla de igual forma las normas especiales que han de resultar también aplicables al personal laboral de la Administración. La nueva norma no se limita, pues, a ser el estatuto de los funcionarios públicos, sino que va más allá y se enarbola como el estatuto de todos los empleados públicos en su conjunto, concepto éste que integra también al personal vinculado a la Administración en virtud de un contrato de trabajo. Todo aquello que debe ser común a cualquier empleado que preste sus servicios en una Administración Pública, con independencia de la naturaleza laboral o funcionarial del vínculo que mantiene con la Administración, pasa a configurarse como objeto del Estatuto.

Se trata de una solución muy razonable de cuya necesidad ya había alertado la doctrina (9). En los últimos años, efectivamente, la propia realidad de los hechos se ha encargado de demostrar que el Derecho de la Función pública y el Derecho Laboral no pueden permanecer como compartimentos estancos, sino que cada uno de estas ramas jurídicas ha ido progresivamente incorporando algunas de las ventajas típicas de la otra hasta confluir en un solo texto contenedor de todas estas especialidades.

La contratación de personal laboral se produjo inicialmente de forma completamente discrecional, toda vez que el artículo 7 de la Ley de Funcionarios de 1964 únicamente preveía para su contratación la previa auto-

---

(9) Me remito, por ejemplo, a mi trabajo con la bibliografía allí citada: CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Marcial Pons, 2001.

rización reglamentaria. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha puesto de manifiesto que resulta completamente imposible una total aplicación de las normas privadas en el ámbito del empleo público. La naturaleza pública de la Administración y su servicio a los intereses generales han impedido asimilar la figura de la Administración a la de cualquier empresario privado. Los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad han justificado una modulación —a veces inaplicación— de diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, estas especialidades han impedido, por ejemplo, que en el supuesto de contratación temporal irregular el contratado pudiera convertirse en fijo de plantilla, tal como sancionaba inicialmente el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, pero esta medida planteaba un importante problema de legitimación, toda vez que estaba siendo introducida por obra de la jurisprudencia y, hasta el momento, sin ningún apoyo legislativo. Ahora, por cierto, la figura del contratado laboral indefinido se ha consagrado legalmente en el Estatuto como una categoría distinta de la del contratado fijo de plantilla, en coherencia con las reformas introducidas en el Estatuto de los Trabajadores (10) en el año 2006.

La vigencia de estos mismos principios constitucionales, por otra parte, había venido produciendo ya una atracción de la normativa laboral hacia el ámbito de lo público y una regulación unitaria, y en ocasiones paralela, de ambas modalidades de personal. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en materia de acceso a la Administración; ámbito en el que el legislador se vio ya obligado a introducir exactamente los mismos principios y procedimientos para la selección del personal, con total independencia de la naturaleza de su vínculo con la Administración. Lo mismo ha ocurrido en materia de incompatibilidades, aunque esta vez ha sido el principio de eficacia de la actuación administrativa el que ha justificado la introducción del mismo régimen jurídico para todo el personal de la Administración. Otras veces ha sido la propia naturaleza de los fondos con que se gestiona el empleo público y la función de dirección de la actividad econó-

---

(10) Según la redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, la Disposición Adicional Decimoquinta del ET ha previsto que el régimen contemplado en su art. 15.5 en caso de encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas, resulte también aplicable en la Administración. Ahora bien, surtirá efectos sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios y de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

mica del Estado (art. 149.1.13 de la Constitución) lo que ha motivado la inaplicación del Derecho Laboral en este ámbito. Al provenir el dinero de los presupuestos públicos y al tener atribuidas las Cortes Generales la potestad soberana para aprobar las distintas partidas presupuestarias, ha sido necesario fijar unos topes máximos salariales también para la negociación colectiva, así como el establecimiento de un procedimiento de naturaleza pública plagado de controles y autorizaciones gubernativas que son absolutamente desconocidos en el ámbito de las relaciones laborales.

En definitiva, pues, todas estas especialidades han motivado la aparición de una relación de trabajo especial *parestatutaria* para el personal laboral de la Administración, un nuevo régimen jurídico mixto para sus trabajadores, a caballo entre la normas administrativas y las normas laborales, que hasta finales del año 2006 no había tenido ninguna expresa previsión normativa y que se caracterizaba por el sometimiento del trabajador de la Administración al Derecho Laboral y, en buena parte, también al Derecho Público. Pues bien, a nuestro juicio, ésta es una de las principales aportaciones del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público: dar cobertura legal, también desde el Derecho Administrativo, a esta relación laboral de carácter especial que se había venido paulatinamente forjando durante todos estos años. El Estatuto se erige como principal fuente del derecho para el personal laboral. Sólo en lo no dispuesto en el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público en la Administración y configura lo que podría denominarse una «relación laboral especial», habrá de aplicarse la legislación laboral común y su propio sistema de fuentes.

Ocurre, no obstante, que en el caso del personal investigador la determinación final de su régimen jurídico es todavía algo más compleja al ser necesario realizar una integración en este sistema de fuentes de toda la regulación específica establecida para este personal en la *Ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación de la investigación científica y técnica* y en el Real Decreto 63/2006, antes mencionado. A nuestro juicio, el razonamiento que acabamos de realizar debería traducirse en la aplicación directa del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público a todos los investigadores contratados laboralmente por las Universidades o por cualquier otro organismo público. Ahora bien, el ámbito de vigencias puede tener diferentes matices en virtud de la modalidad contractual que sea utilizada en cada caso concreto para el investigador. El principio de

jerarquía de fuentes nos llevaría a la aplicación preferente del Estatuto sobre la regulación contemplada en la actualidad en el Real Decreto 63/2006, que no tendría rango suficiente como para amparar posibles especialidades respecto del régimen contemplado en el Estatuto (11). Aunque el Estatuto ciertamente prevé la posibilidad de que puedan establecerse especialidades, a mi juicio éstas tendrían que venir contempladas a partir de ahora en una norma con rango de ley, al menos en aquellos aspectos que pudieran suponer una excepción o matización importante respecto de lo contemplado en el EBEP.

Caso diferente sería el de todas las modalidades de contratación laboral que tienen su habilitación en el artículo 17 de la Ley 13/86, en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento de empleo y la mejora de la calidad. Aquí, el criterio de la preferencia de la ley especial sobre la ley general podría perfectamente amparar las especialidades que pudieran introducirse en este ámbito respecto de la regulación contemplada en el EBEP. No obstante, el contenido de las especialidades contractuales que en la Ley 13/86 se establecen no parece, al menos en principio, que supongan ninguna contradicción con la nueva normativa en la medida en que se limitan a regular las distintas modalidades de contratación laboral y apenas afectan a las relaciones entre los investigadores y la Administración, que es lo que ampararía el Estatuto Básico. Únicamente podría verse afectada la cláusula dispuesta en el último párrafo de la letra b) del artículo 17.1, que dispone que las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento durante el período de duración del contrato interrumpirán su cómputo. Veremos más adelante qué repercusiones podría tener, en su caso, el EBEP sobre los investigadores afectados por alguna de estas situaciones.

En definitiva, hemos de partir de que una de las principales novedades del EBEP ha sido la creación de una relación laboral de carácter

---

(11) En el caso de que se encontrara alguna contradicción entre lo dispuesto en el Estatuto Básico y esta norma reglamentaria prevalecería el de mayor rango jerárquico, sin que en este orden de cosas pueda jugar la teoría de la remisión normativa o de la deslegalización. DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14, mayo de 2007. Aunque el autor se refiere en este caso a la norma reglamentaria aplicable al personal directivo, dichos planteamientos resultarían también trasladables a este ámbito.

especial para todos los trabajadores de la Administración y, en consecuencia, también para el personal investigador. Así lo determina con claridad su artículo 7, al disponer que *«El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan»*.

Ello se traduce en la aplicación automática de todas las normas que contempla el EBEP relativas a los laborales y a los empleados públicos (no las normas exclusivas para los funcionarios) a todo el personal investigador vinculado a una entidad pública en virtud de cualquiera de las modalidades contractuales que prevé su normativa sectorial. Obviamente, si partimos de esta regulación habría que dejar fuera del ámbito de aplicación al personal investigador de beca durante sus dos primeros años de formación, que paradójicamente quedaría por completo al margen de la nueva regulación. En pura técnica jurídica, el nuevo régimen previsto en el EBEP afectaría únicamente a los investigadores en formación en su fase de contrato, así como al resto de investigadores vinculados por alguna de las modalidades contractuales legal y reglamentariamente previstas a las que acabamos de referirnos en el apartado anterior.

## **V. CONTENIDO DEL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL INVESTIGADOR CONTRATADO EN VIRTUD DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO**

A pesar de la enorme complejidad que para los gestores de los recursos humanos plantea toda esta pléyade de contratos laborales para el personal investigador, la consecuencia inmediata que se deriva de la naturaleza laboral de este personal no es otra que la aplicación directa, inmediata y preferente sobre el Estatuto de los Trabajadores del régimen establecido expresamente en el EBEP para todos los empleados de la Administración y, por tanto, también para los investigadores sometidos a un contrato de trabajo. Así se deriva también de las Instrucciones del MAP de 5 de junio de 2007 para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos. Esta aplicación directa de las normas contempladas en el EBEP afecta de modo especial a las materias que a continuación se indican.

## **1. El régimen de acceso a las universidades y organismos públicos. Especial referencia a la conformación del órgano seleccionador**

Se extiende el régimen de acceso previsto en el Estatuto Básico a todos los contratos laborales que celebre la universidad con su personal investigador. Supone ello el necesario respeto a todos los principios enumerados en el artículo 55 del EBEP, esto es, del principio de publicidad, transparencia, imparcialidad y profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones a desarrollar y el de agilidad en los procesos de selección (12). La contratación de personal laboral no está sometida a la exigencia del requisito de la nacionalidad por lo que, en consecuencia, podrán contratarse a investigadores nacionales de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea o extranjeros de países no comunitarios que tengan su residencia legal en España.

Especial trascendencia tienen las nuevas reglas de conformación de los órganos de selección del personal investigador. El art. 60.1 del Estatuto Básico se decanta definitivamente por la composición colegiada de los órganos responsables de los procedimientos selectivos. Ello tiene una consecuencia inmediata: la imposibilidad de que esta tarea selectiva pueda recaer en órganos de naturaleza unipersonal. Por otra parte, su conformación ha sido objeto de importantes modificaciones. Obliga a las universidades a que la constitución de los órganos encargados de la selección de su personal investigador se ajuste a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros y a tender a la paridad entre mujer y hombre, toda vez que su incumplimiento originaría la nulidad de pleno derecho de la composición del órgano y, en su caso, del procedimiento selectivo seguido. Las nuevas normas impiden, asimismo, que el personal de elección o designación política, que los funcionarios interinos y que el personal eventual puedan formar parte de dichos órganos.

---

(12) A todo ello habría que añadir los criterios relativos a los procedimientos de selección de investigadores a los que se refiere la *Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005 relativa a la Carta Europea del Investigador y al Código de conducta para la contratación de investigadores*, que proclama la necesidad de establecer procedimientos de contratación abiertos, transparentes, eficientes, convenientes e internacionalmente comparables, así como adaptados a los puestos ofertados.

Por último, exige que la pertenencia a los órganos de selección sea siempre a título individual, sin que pueda ésta ser ostentada en representación o por cuenta de nadie. La Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público se había mostrado muy crítica con el empleo de estas técnicas por entender, ya no sólo que carecen completamente de cualquier tipo de justificación objetiva, sino también por resultar contrarias a los principios de especialización, imparcialidad y profesionalidad que deben regir en este ámbito como garantía del derecho fundamental para el acceso a la Administración establecido en el artículo 23.2 de la Constitución española. Con ello se pretende poner freno a algunas prácticas extendidas en la mayor parte de las universidades numerosas Administraciones consistentes en la designación de los miembros que han de conformar los órganos de selección en representación de determinadas organizaciones sindicales, de grupos políticos o de cualquier otro tipo de asociación u organización, cuando no en la atribución de su presidencia a sus representantes electos, al margen por completo de las exigencias de los principios de profesionalidad y especialidad.

El establecimiento de estas cautelas resulta lógico si se quiere evitar que el principio de imparcialidad adquiera un cariz meramente retórico. La objetividad e imparcialidad del órgano seleccionador, tal como se predica en el apartado primero del artículo 60, requiere garantizar al máximo la actuación independiente y además técnica de cada uno de sus miembros, lo que obviamente exige aislarlos de cualquier tipo de influencia o injerencia, sobre todo política. Paso esencial para conseguir este objetivo es evitar que puedan formar parte del órgano colegiado los cargos políticos, así como el personal eventual por la especial naturaleza de las funciones que ejercita y, sobre todo, por su peculiar forma de acceso a la Administración al margen por completo de cualquier procedimiento que permita acreditar su mérito o capacidad.

Uno de los principales problemas que se pueden plantear en esta materia es el relativo a la determinación de qué ha de entenderse por personal de elección o designación política en el ámbito universitario. La cuestión no es en modo alguno baladí, en la medida en que de su interpretación puede resultar la exclusión de algunas figuras que hasta ahora se suelen utilizar con toda normalidad para la conformación de las comisiones de selección del personal investigador en las universidades públicas. Es lo que sucede con el cargo del Rector, con los Vice-

rectores, Gerentes, Decanos y Directores de Departamento o de Centro. Pues bien, para guiarnos en esta labor interpretativa podemos partir de los criterios elaborados por la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, a raíz de las consultas realizadas por algunas Administraciones y, más concretamente, de la contestación emitida a la cuestión planteada el 13 de febrero de 2008 por la Universidad de Salamanca (nº de referencia C58/08) acerca de la posible participación de estos cargos en las distintas comisiones seleccionadoras de la universidad.

En el concepto de «personal de elección política» se incluye cualquier cargo público de carácter representativo de primer grado, es decir, aquellos que derivan directamente del ejercicio del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos como elector (art. 23.1 de la Constitución) y como elegible (art. 23.2 de la Constitución) en elecciones periódicas por sufragio universal. Este planteamiento resultaría plenamente coherente con la finalidad a la que responde este precepto, que no es otra que la de asegurar la imparcialidad y objetividad de los órganos de selección que han de ejercitar facultades de discrecionalidad técnica, ciertamente difíciles de controlar, afianzando su profesionalidad y, sobre todo, su neutralidad política. Así interpretada, esta exclusión incide de lleno en la conformación de los tribunales en el ámbito local, toda vez que el art. 4 del *Real Decreto 896/1999, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local*, atribuye directamente al Presidente de la Corporación (o al miembro de la misma en quien delegue) la condición de presidente del tribunal (13). Obviamente dicho precepto habrá que entenderlo implícitamente derogado tras la entrada en vigor del Estatuto Básico y en aplicación de lo dispuesto en la letra g) de su Disposición Derogatoria Única.

---

(13) Conviene recordar en este punto que el artículo seis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, como es lógico, no requiere ningún requisito de formación de los posibles candidatos elegibles. Atribuye directamente la condición de elegible a los españoles mayores de edad, que poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en ninguna de las causas de inelegibilidad que en dicho precepto se contemplan. En el ámbito universitario, por el contrario, la elección de todos los miembros unipersonales de gobierno de la universidad se realiza al menos entre quienes ya poseen la condición de funcionarios del grupo A de titulación (actualmente Subgrupo A1) que pertenecen al cuerpo de catedráticos o profesores titulares de universidad, según los casos.

La acotación del concepto de «elección política» al ámbito del derecho fundamental de participación política del art. 23 de la Constitución —a través de las elecciones periódicas— haría dudosamente aplicable dicho concepto a la realidad universitaria. Si bien es cierto que los cargos universitarios mencionados actúan como órganos unipersonales de gobierno y representación de la universidad, el fundamento último de su elección por la propia comunidad universitaria (14) habría que encontrarlo más bien en el derecho fundamental de autonomía universitaria proclamado en el artículo 27.10 de la Constitución.

Mayores problemas interpretativos, a nuestro juicio, puede plantear la delimitación en el ámbito universitario de lo que haya de entenderse por personal de «designación política». En principio, parece claro que el personal de designación política no debe identificarse sin más con quienes son nombrados por el procedimiento de libre designación, pues éste es meramente una de las formas que existen para la provisión de los puestos de trabajo. En la consulta antes mencionada, la Dirección General de Función Pública identifica directamente al personal de designación política con el nombramiento de los «altos cargos» de la Administración, apoyándose fundamentalmente en el dato de que los Reales Decretos que aprueban cada año la oferta de empleo público vienen excluyéndolos sistemáticamente de la posibilidad de formar parte de los órganos de selección. A raíz de este planteamiento, realiza una interpretación analógica de lo que ocurre en el ámbito de la Administración General del Estado con la *Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado*, que considera como alto cargo, cualquiera que sea su denominación, aquéllos cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros (letra m) de su art. 3.2.

A partir de ahí, realiza una traslación analógica de estas prescripciones al ámbito de la Universidad para concluir que el criterio relevante debe ser también en este ámbito el del órgano del que proviene el nombramiento. Ello lleva a concluir que el Rector tiene la consideración de «personal de designación política» y que, en consecuencia, no puede for-

---

(14) El Rector, por ejemplo, es elegido o bien por el Claustro o bien por la comunidad universitaria mediante elección directa y sufragio universal entre funcionarios en activo del Cuerpo de Catedráticos de Universidad que en ella prestan sus servicios (art. 20 de la LO 6/2001, de 21 de diciembre).

mar parte de las comisiones de selección que se constituyan en la universidad, en la medida en que su nombramiento corresponde al órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 20 de la LOU).

Por lo que respecta a los demás cargos unipersonales universitarios, la Dirección General de Función Pública llega a la conclusión de que los Vicerrectores no tendrían esta consideración de personal de designación política por ser nombrados discrecionalmente por el propio Rector (art. 21 de la LOU). Lo mismo ocurriría con la figura del Gerente, que también estaría excluida de la consideración de «personal de designación política» por ser una figura netamente profesional, un cargo de carácter directivo público al que corresponde la gestión de los servicios administrativos y económicos de la Universidad (art. 23 de la LOU). La misma consideración de profesionalidad directiva ostentan los Directores de departamentos o de centro y los Decanos de centros (arts. 24 y 25 de la LOU). En este caso, aunque la elección corresponde a los propios miembros del Consejo de Departamento y de la Junta de Facultad o centro, respectivamente, el nombramiento no lo efectúa el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, sino el Rector.

En definitiva, pues, sólo el Rector debería excluirse de las comisiones de selección del personal vinculado a proyectos de investigación por ser considerado un órgano de designación política. El resto de órganos unipersonales de gobierno de la universidad —Vicerrectores, Gerente, Directores de Departamento y Decanos— podría pertenecer a los órganos selectivos atendiendo, claro está, al correspondiente criterio de especialidad y profesionalización.

La exclusión del personal interino obedece, no obstante, a otras circunstancias. En este caso ya no se trataría de evitar las intrusiones de naturaleza política en el proceso seleccionador, aunque ciertamente el personal interino puede resultar más influenciable que el personal fijo. Se trataría, sin más, de introducir cierta lógica en este ámbito y de impedir que funcionarios que están ocupando sólo temporalmente puestos en la Administración y que muy posiblemente no han superado las pruebas selectivas convocadas al efecto para el acceso a un determinado Cuerpo de funcionarios, puedan juzgar el mérito y capacidad de otros candidatos.

En este sentido, llama la atención que se prohíba la participación de los funcionarios interinos en los órganos seleccionadores pero que no se recoja ninguna disposición similar respecto del personal laboral temporal

o indefinido, a pesar de que las normas contempladas en este precepto son aplicables para la conformación de los órganos colegiados de selección de todos los empleados, ya sean laborales o funcionarios. Una interpretación teleológica o finalista del precepto debería también apuntar a la exclusión de este tipo de personal no fijo de los órganos seleccionadores del personal laboral investigador por ser lo más razonable al cumplirse también en este colectivo las mismas notas que han llevado al legislador básico estatal a adoptar estas cautelas.

El marco regulador contemplado en este precepto tiene como colofón la regla general establecida en este apartado y que viene a exigir que la participación de los miembros del tribunal o comisión seleccionadora lo sea a título individual y no en «representación o por cuenta de nadie». Ciertamente nos encontramos ante una cláusula bastante confusa y que, al menos en principio, no parece remitir a la figura civil del mandato o representación, tal como parecería deducirse de los términos textuales empleados por el legislador básico. Su literalidad sólo resulta entendible si se tienen en cuenta los avatares de que fue objeto este precepto durante su tramitación parlamentaria.

Efectivamente, en el borrador de Estatuto Básico elaborado por el Gobierno —y publicado en la página Web del Ministerio de Administraciones Públicas— no existía este párrafo tercero y su contenido actual se integraba directamente en las prohibiciones contempladas en el párrafo segundo del artículo 60 en los siguientes términos: *«Asimismo, no podrán designarse miembros de los órganos de selección por las asociaciones, organizaciones sindicales o entidades representativas de intereses sectoriales o de los empleados públicos ni por los órganos unitarios de representación del personal»*. Con esta prohibición se pretendía reaccionar fundamentalmente contra la conocida cuota de participación sindical en la designación del órgano y dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la Comisión de Expertos para potenciar la imparcialidad de las comisiones y tribunales seleccionadores. Al igual que en el párrafo anterior se pretendía aislar al órgano de selección de injerencias políticas, ahora se trataba de blindarlo frente a cualquier tipo de intromisión de naturaleza sindical primordialmente, impidiendo la participación en estos órganos de representantes de los sindicatos, de los órganos unitarios de representación o de cualquier otro tipo de asociación funcional, como resultaba ya práctica habitual en muchas de nuestras Administraciones Públicas.

Sin embargo, debido fundamentalmente a la oposición que los sindicatos mostraron hacia los términos literales en que se formulaba este precepto, acabó suprimiéndose directamente la referencia a las organizaciones sindicales y a las demás estructuras organizativas, lo que ha sido un factor determinante de la importante dosis de ambigüedad que ahora presenta este apartado (15). Parece razonable interpretar que el precepto no impide que puedan formar parte del órgano seleccionador miembros que estén afiliados a un sindicato, que formen parte de los órganos de representación unitaria de los empleados (delegados de personal, miembros de la Junta de Personal o del Comité de Empresa) o que pertenezcan a cualquier otro tipo de organización o asociación profesional siempre, claro está, que reúnan los demás requisitos de profesionalidad e imparcialidad establecidos en el párrafo primero del art. 60. Lo que se veta es la posibilidad de que este tipo de estructuras pueda designar o proponer a sus miembros, como en algunas Administraciones es ya lo habitual (16). En este caso podrían surgir dudas razonables acerca de la independencia y objetividad de su actuación, esto es, de si sus decisiones responden meramente a un juicio técnico y profesional, como es dable esperar o si, por el contrario, obedecerían al puro clientelismo y a la búsqueda del beneficio de los intereses de la organización que los ha propuesto o de sus miembros.

Estas garantías, en definitiva, consisten básicamente en el establecimiento de ciertas prohibiciones para la conformación de las comisiones de selección del personal investigador, lo que puede suponer un importante punto de inflexión en las reglas para su composición en el ámbito de la Universidad, pues es común que algunos de sus miembros sean designados directamente por las Juntas de Personal del Personal Docente e Investigador de la Universidad (17).

---

(15) Como ha resaltado SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Como Ulises en la cueva de Polifemo, los sindicatos han logrado sustituir su nombre por el de "nadie", también sin duda para escapar de una situación incómoda para sus intereses, con el resultado de cambiar una norma clara por otra ambigua», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, en la obra colectiva coordinada por este mismo autor y editada por Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 408.

(16) Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Zamora de 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 275).

(17) Buen ejemplo de ello podemos encontrar en el art. 9 del *Reglamento de procedimiento para la contratación de personal con cargo a proyectos de I+D+i con financiación externa de la Universidad de Castilla-La Mancha*, que prevé la presencia en dichas comisiones de selección de dos miembros designados directamente por la Junta de PDI.

## 2. Los derechos de naturaleza individual y colectiva

Resultan aplicables al personal laboral de la Administración todo el elenco de derechos de naturaleza individual y colectiva contenido en los artículos 14 y 15 del Estatuto Básico, excepto el de la inamovilidad, que sigue siendo exclusivo de los funcionarios públicos. Ello contrasta notablemente con la falta de mención específica a los derechos de los investigadores que se observa en la correspondiente normativa sectorial (18). Pues bien, entre los derechos existen algunos puntos dignos de mención por las dificultades que existen incluso para encontrar su equivalente en el ámbito del Derecho Laboral. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a «la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos» o los matices que introduce el apartado h) del art. 14 al referirse al «acoso laboral» como figura diferenciada de otras formas de acoso hasta ahora recogidas en el Estatuto de los Trabajadores y relacionándolo con las condiciones de trabajo que sean o puedan ser utilizadas en un sentido negativo contra el investigador (19).

Cabría plantearse la incidencia que puede tener en el régimen del personal investigador el derecho contemplado en la letra c) de dicho precepto, toda vez que consagra el derecho a la progresión en la carrera

---

(18) Así ocurre con los investigadores sometidos al contrato en prácticas al que se refiere el art. 8 del RD 63/2006 o con el contrato especial de prácticas contemplado en el punto b) del art. 1 del artículo 17 de la Ley 13/1986 para los doctores, que sólo ha hecho mención recientemente a que «las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento durante el período de duración del contrato, interrumpirán su cómputo». Al respecto, habría que tener en cuenta la *Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005 relativa a la Carta Europea del Investigador y al Código de conducta para la contratación de investigadores*.

(19) Seguimos en este punto a DEL REY GUANTER, Salvador, «Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico», en la obra colectiva titulada *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, dirigida por Salvador DEL REY GUANTER, Manuel FÉREZ FERNÁNDEZ y Esther SÁNCHEZ TORRES, La Ley, 2008, pp. 112 y ss. Resalta el autor que el concepto de acoso laboral es diferente de los conceptos que utiliza el Estatuto de los Trabajadores, pues hasta ahora sólo se ha contemplado el acoso sexual, el acoso por razón de sexo y el acoso por orientación sexual, a lo que se ha unido el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad o edad, pero no ha existido una conceptualización jurídica positiva diferenciada de un acoso laboral. El denominado mobbing o acoso moral se refería a una conducta de acoso que podría englobar las causas menos tratadas legalmente que las de acoso sexual o por razón de sexo, ahora específicamente recogidas en el art. 7 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

profesional y promoción interna según los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación, y que después concreta el art. 19 para el personal laboral. El reconocimiento de este derecho, que contrasta con la parquedad establecida en los artículos 23 y 24 del Estatuto de los Trabajadores, incide de lleno en el personal investigador de carácter indefinido contemplado en el punto tercero del art. 17 de la Ley 13/1986, para el que, por cierto, abre nuevas expectativas la Disposición Adicional Sexta de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la LOU. Recordemos que dicha disposición contiene un mandato para que el Gobierno elabore un nuevo estatuto del personal docente o investigador que incluya una «estructura de carrera funcional» que esté basada en la obtención de méritos docentes o investigadores.

Especial atención pueden comportar también para este colectivo de personal el derecho a que la Administración adopte medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que después el art. 49 concreta en un listado de derechos, como el derecho a un permiso por parto o por adopción o acogimiento de dieciséis semanas ininterrumpidas, el permiso de 15 días por paternidad para esos mismos supuestos o el permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria. Estos preceptos resultan directamente aplicables a todo el personal laboral, tal como han interpretado las Instrucciones del Ministerio de Administraciones Públicas de 13 de noviembre de 2007. Asimismo, resultarían aplicables a todo el personal investigador contratado, ya lo sea con carácter temporal o con carácter indefinido, toda vez que los bienes y valores constitucionales que están detrás de estos derechos impedirían hacer una distinción en virtud únicamente de la nota de temporalidad de su relación (20). Sin embargo, hasta ahora ello sólo ha tenido

---

(20) Recordemos incluso que las Sentencias del Tribunal Constitucional 240/1999, de 20 de diciembre y 203/2000, de 24 de julio, han extendido el régimen de algunas situaciones administrativas también para el personal funcionario interino en virtud de los valores constitucionales que con dichas situaciones se pretende proteger. Han establecido que la diferencia de trato entre el funcionario interino y el funcionario de carrera resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución, toda vez que la excedencia para el cuidado de los hijos menores, además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad (art. 39.3 CE), constituye un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 CE).

una fúmda plasmación en la Ley 13/1986, que sólo a raíz de la Ley 4/2007, de 12 de abril, para la igualdad de mujeres y hombres, ha previsto estas eventualidades para los contratos en prácticas celebrados para la incorporación de investigadores doctores al sistema español de ciencia y tecnología. En estos supuestos se contempla de forma manifiesta la interrupción del plazo máximo de cinco años al que se someten estos contratos en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento durante el período de duración del contrato (21).

Por lo que respecta a los derechos ejercidos de forma colectiva, el art. 15 del Estatuto Básico les reconoce explícitamente el derecho a la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva (22) y a la participación en la determinación de sus condiciones de trabajo, el derecho de reunión, al ejercicio del derecho de huelga y al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo. La principal novedad que se produce en este ámbito vendría referida a la posibilidad de que se pueda llevar a cabo una negociación conjunta de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública. No obstante, la eventualidad de creación de Mesas conjuntas de negociación sólo se ha previsto específicamente para las Administraciones territoriales, esto es, para el ámbito de los empleados públicos de la Administración General del Estado, para cada una de las

---

(21) Todo ello a pesar de que el art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, reconoce a los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio, no obstante, de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos. Asimismo, cuando corresponda en atención a su naturaleza, cabe la posibilidad de que tales derechos sean reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

(22) En este sentido, llama la atención alguna de las cláusulas contenidas en ciertos modelos tipos de contratación del personal investigador, tal como ocurre con el Anexo IV del modelo de contratación de personal por obra o servicio determinado con cargo a proyectos de I+D+I de la Universidad de Castilla-La Mancha, en el que se detallan las obligaciones de la Universidad y se recoge expresamente que «al presente contrato no le será de aplicación ningún convenio colectivo del personal laboral de las Universidades que en conjunto o individualmente consideradas puedan existir». Se trataría de una cláusula de dudosa legalidad, no ya sólo porque parece negar el derecho a la negociación colectiva en este concreto ámbito, en contra de lo que reconoce el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado público, sino también porque la regulación laboral que de estas figuras contractuales se hace está plagada de remisiones a la negociación colectiva sectorial estatal y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa.

Comunidades Autónomas, en las Ciudades de Ceuta y Melilla y en cada una de las Administraciones Locales. Conviene recordar que la negociación para determinar las condiciones de trabajo del personal investigador se rige por entero por la legislación laboral (art. 32 del EBEP) y a sus reglas, por tanto, tendrá que someterse.

### **3. El nuevo código de conducta, los deberes y el régimen disciplinario**

Frente a los escasamente seis deberes genéricos para los trabajadores que contempla el Estatuto de los Trabajadores, los artículos 52 y siguientes del Estatuto Básico desarrollan con detalle un amplio listado de deberes, principios éticos y de conducta de todos los empleados públicos y, en consecuencia, también del personal investigador contratado. El código de conducta no sólo impone obligaciones y deberes de comportamiento del personal, sino que también está llamado a desempeñar un importantísimo papel en la determinación final del régimen disciplinario, toda vez que los principios y reglas que contienen informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.

Otra de las importantes novedades contempladas en el Estatuto es la relativa a la unificación del régimen disciplinario para los dos colectivos de personal de la Administración, para el personal funcional y para el personal laboral. Ello se va a traducir en mayores garantías para el personal laboral, pero también en mayores niveles de exigencia, lo que se ve, por ejemplo, reflejado en la fijación de los plazos de prescripción de las faltas y de las sanciones.

Efectivamente, el art. 93 del Estatuto somete a ambos colectivos a las normas previstas en su Título VII, de tal forma que «el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral». Ello supone, por lo pronto, la aplicación de los principios aplicables al ejercicio de la corrección disciplinaria por parte de la Universidad de las infracciones que pueda cometer su personal investigador. En este sentido, supone una importante novedad el principio de la presunción de inocencia, toda vez que dicho principio sólo juega en el ámbito de un proceso laboral, pero no rige en el ámbito del proceso disciplinario que se lleve a cabo en el ámbito de las empresas privadas, según se ha venido reconociendo jurisprudencialmente. En el ámbito

público, sin embargo, dicho principio rige también en el procedimiento disciplinario.

En virtud del principio de legalidad y tipicidad, las infracciones y sanciones del personal laboral deberán estar previstas en las normas y en los correspondientes convenios colectivos. De hecho, las faltas muy graves contempladas en el art. 95.2 del Estatuto son las mismas para ambos colectivos. A partir de este listado, los convenios colectivos pueden establecer otras faltas muy graves y determinar las faltas graves y leves para el personal laboral. Otra importante novedad, y a diferencia de lo que ocurre en la normativa laboral, es la relativa a la imposición de sanciones por faltas muy graves y graves, que sólo podrá realizarse a través del correspondiente procedimiento disciplinario basado en los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto investigador responsable. En dicho procedimiento, y también a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, deberá establecerse la correspondiente separación entre la fase instructora y la sancionadora, que tendrá que ser encomendada a órganos diferentes.

Puede decirse que en todos estos aspectos el Estatuto Básico beneficia al personal laboral de la Administración al establecer criterios más garantistas que los previstos para los trabajadores de una empresa privada. Otros, sin embargo, les pueden resultar, en términos generales, bastante menos beneficiosos por venir así exigidos por el interés público. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la determinación del plazo de prescripción de las infracciones y sanciones muy graves que, frente a los sesenta días previstos en el Estatuto de los Trabajadores, se prolonga a tres años desde la comisión de la falta en el ámbito de la Administración (23).

También existen significativas novedades en materia de sanciones disciplinarias. La más relevante, sin duda, es la relativa a los efectos del despido disciplinario. Por un lado, efectivamente, para el personal laboral sólo podrá imponerse esta sanción en caso de faltas muy graves y comportará automáticamente la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaba, de forma paralela

---

(23) Efectivamente, mientras que el art. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores ha previsto que las faltas leves prescriban a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido; el Estatuto Básico ha previsto un plazo de prescripción de 3 años para las faltas muy graves; 2 años para las graves y 6 meses para las leves.

a lo que ocurre con la separación de servicio de los funcionarios públicos. De otro lado, cuando el despido sea declarado improcedente, procederá automáticamente la readmisión, aunque de esta medida sólo puede beneficiarse el personal laboral fijo, y no el indefinido (24) (art. 96.2 del EBEP).

Ello supone una evidente diferencia respecto de lo que ocurre en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que su art. 56 concede el derecho de optar a favor del empresario entre la readmisión del trabajador improcedentemente despedido o el pago de una indemnización. En este caso, el principio de legalidad ha llevado a la adopción de esta solución. Ello es lógico si se tiene en cuenta que la Administración no es un empresario privado, sino que tiene un estatus constitucional que le obliga a actuar de acuerdo siempre con la legalidad vigente. Por eso, no se aviene a esa premisa la facultad de despedir cuando no exista una causa objetiva legalmente prevista. Además, esta medida supone una importante garantía del cumplimiento de los principios constitucionales que rigen en el acceso a la Administración, toda vez que, como puso de manifiesto el Informe del Comité de Expertos, bastaría con despedir al candidato seleccionado en función de estos principios sin una causa legal para burlar por completo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

## **VI. POSIBILIDAD DE NOMBRAMIENTO DE INTERINOS CON CARGO A PROYECTOS DE I+D PARA EVITAR LA «INDEFINICIÓN» DE LOS CONTRATOS LABORALES TEMPORALES**

### **1. Problemas que puede plantear la contratación del personal investigador, especialmente cuando se recurre al contrato para obra o servicio determinado**

Ciertamente la contratación del personal investigador a través de los contratos de trabajo de carácter temporal exige un importante esfuerzo

---

(24) Conviene tener en cuenta, no obstante, la interpretación jurisprudencial que de este aspecto está realizando la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Así, la STS de 2 de febrero de 2009 (Sala 4ª), dictada en unificación de doctrina, ha supuesto la aplicación del convenio colectivo del personal laboral de un Ayuntamiento con preferencia sobre el Estatuto Básico, reconociendo a un trabajador indefinido el derecho de opción ante un despido improcedente porque así lo contemplaba su convenio. Ha considerado que la aplicación del art. 96.2 del EBEP sólo a los trabajadores fijos deja sin sentido la especial protección que contempla dicho precepto para los trabajadores que tengan contrato indefinido, si así está previsto en el convenio colectivo que les resulte aplicable.

para los gestores de las correspondientes unidades de investigación de las universidades públicas, que deberán estar muy pendientes de todas las cautelas que establece la legislación laboral para este tipo de contratación para evitar, entre otros, los efectos que puede suponer la contratación temporal irregular, aunque éstas no son las únicas cautelas.

Efectivamente, la nueva redacción dada al art. 49.c del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha introducido importantes modificaciones en el régimen de extinción de los contratos por obra y servicio que, recordemos, es una de las modalidades más usuales de contratación del personal investigador por parte de las universidades Públicas. Aunque los contratos se extinguen por la expiración del tiempo convenido o por la realización de la obra o servicio objeto del contrato, a su finalización se generará el derecho del trabajador a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación, salvo que se trate de un contrato de interinidad o de alguno de los contratos formativos. Se trata, pues, de un importante aspecto a tener en cuenta cuando los contratos se realicen a cargo de proyectos de I+D.

Pero éstas no son las únicas cautelas. Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y el investigador continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación. Asimismo, otro de los problemas más acuciantes para las universidades públicas que puede presentar la contratación laboral temporal de su personal investigador viene dado precisamente por el riesgo de las universidades y organismos públicos de incurrir en una contratación temporal irregular, con las consecuencias que ello tiene en el ámbito laboral, que convierte automáticamente el contrato temporal en un contrato indefinido o fijo (25). En el ámbito de la Administración existe un gran recelo hacia los efectos

---

(25) Sobre las dificultades que existen para deslindar la fase de beca de la del contrato laboral nos remitimos, entre otras, a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2008, de 22 de noviembre de 2005 y de 13 de junio de 1988; así como a la STSJ de Canarias de 28 de marzo de 2008, que contempla la conversión en indefinido de los sucesivos contratos laborales de obra y servicio de los que había sido objeto la becaria recurrente.

perversos que pueden esconderse tras una contratación temporal irregular, pues en no pocas ocasiones éstas se han buscado conscientemente y han acabado convirtiéndose en la excusa perfecta para permitir la entrada y permanencia en el empleo público de trabajadores que han accedido a la Administración a través de un contrato temporal en el que las garantías sobre la igualdad, mérito y capacidad aparecen considerablemente disminuidas.

Efectivamente, los puntos 2, 3 y 5 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, tras las reformas introducidas por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, prevén la conversión del contrato temporal en fijo cuando el investigador no haya sido dado de alta en la Seguridad Social, cuando su contrato temporal haya sido celebrado en fraude de ley y cuando, en un periodo de treinta meses, haya estado contratado durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada. Posibilidad, esta última, que afecta especialmente a los contratos por obra o servicio determinado a través de los que se suele canalizar la contratación de los investigadores en las universidades públicas.

Ello ha planteado un importante debate teórico acerca de las consecuencias que la aplicación de esta sanción que prevé el Derecho Laboral en el ámbito de las Administraciones públicas (26). La postura del Tribunal Supremo en materia de irregularidades cometidas por las Administraciones Públicas en materia de contratación laboral no ha respondido nunca a criterios uniformes sino que, por el contrario, puede decirse que con el paso del tiempo ha ido matizando sus concluyentes resoluciones iniciales

---

(26) Pueden consultarse, entre otros muchos autores, a GARCÍA LÓPEZ, Rafael, «La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, nº 44, 1990; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, «¿Es aplicable el artículo 23.3 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 72, 1995; PRADOS DE REYES, Francisco, «Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público (II)», *Actualidad Laboral*, nº 17, 1990; MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio, *La laboralización de la función pública*, 1996; LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel, «La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública: las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo», *Revista del Trabajo*, nº 99, 1990; FOLGUERA CRESPO, José, «Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisdiccionales», *Actualidad Laboral*, nº 18, 1992.

en las que mantuvo que estas irregularidades formales no transformaban la relación laboral en indefinida, en aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad, que han de respetarse en favor de todos los ciudadanos que deseen acceder a la función pública, mediante el oportuno procedimiento de selección y tal como consagra la Constitución en sus artículos 14 y 103.3. Tras una cambiante jurisprudencia, a finales de los años noventa mantuvo una postura conciliadora de ambos intereses en juego. Ello lo hizo a través de su sentencia de 7 de octubre de 1996 —dictada para la unificación de la doctrina de la Sala de lo Social—, en la que vino a introducir ciertas matizaciones a la aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración (27).

En ella consideró que *«la contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido»*. Nos encontramos nuevamente con una importante modulación del Derecho laboral cuando el empleador tiene la consideración de Administración Pública. Efectivamente, el trabajador injustamente despedido por la Administración y posteriormente readmitido al ser declarado su despido nulo o improcedente, no va a adquirir la consideración de trabajador fijo de plantilla. Simplemente se va a considerar que está vinculado a la Administración por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Según se desprende de la prolija jurisprudencia dictada durante estos años, el trabajador fijo de plantilla sería aquél que, salvo que concurra cualquier causa legal que dé lugar a la extinción de la relación en virtud del despido, sería inamovible en su puesto de trabajo, por haber accedido al mismo a través del procedimiento legal o reglamentariamente previsto. Por el contrario, el trabajador sometido a la Administración en virtud de una relación laboral indefinida sería aquél que ve limitada su relación hasta que la plaza sea cubierta reglamentariamente de acuerdo con los principios de mérito y capacidad a los que hace referencia el artículo 103.3 de la Constitución. Esta diferenciación fue expresamente asumida por el Tri-

---

(27) El mismo pronunciamiento se reitera, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 30 de diciembre de 1996, 14 de marzo, 24 de abril de 1997, 20 de enero de 1998 y 28 de abril de 1998.

bunal Supremo en la Sentencia de 20 de enero de 1998 de la Sala de lo Social dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina. En concreto, ha considerado que *«el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en la plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato»*.

En la misma línea, en la STS de 27 de mayo de 2002, ha aclarado que una vez cubierta reglamentariamente la plaza ocupada por un trabajador indefinido, tras la superación del correspondiente procedimiento selectivo, no existe derecho a indemnización alguna a su favor, toda vez que la Administración no necesita seguir un procedimiento por despido objetivo, en la medida en que la extinción se habrá producido por aplicación de lo previsto en el art. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, por una causa válidamente consignada en el contrato y, en consecuencia, sin derecho a recibir ningún tipo de indemnización (28).

Esta línea jurisprudencial supuso la aparición en el ámbito de la Administración de una nueva figura, la del trabajador indefinido, que se ha erigido como un concepto jurídico diferente al del trabajador fijo o de plantilla. Sin embargo, no tenía ningún apoyo legal explícito, pues respondía por completo al intento realizado por el Tribunal Supremo para armonizar los principios constitucionales rectores del acceso al empleo público con la sanción de indefinición o fijeza que contempla el artículo

---

(28) También ha aplicado estas reglas especiales en el supuesto de cesión ilegal de mano de obra cuando la cesionaria de los trabajadores es la Administración Pública (STS de 12 de marzo de 2002, de 19 de junio y de 17 de septiembre de 2002). En estos casos, la Sala ha atemperado los efectos contemplados en el art. 43.3 del Estatuto de los Trabajadores «en beneficio del fraude en la contratación, llevando a sus últimas consecuencias la distinción entre trabajadores a tiempo indefinido y trabajadores fijos de plantilla, haciendo nuevamente gala de un principio no *pro sino contra operario*». DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14, mayo de 2007, p. 7.

15 del Estatuto de los Trabajadores. Esta solución, por otra parte, no tenía ninguna correspondencia con los conceptos jurídicos del Derecho Laboral, donde ambas figuras se usan de forma indistinta para referirse a la misma realidad, esto es, para designar a aquellos empleados cuyo nexo contractual con la entidad empleadora no es de carácter temporal, sino que se ha constituido con vocación de permanencia. Ello explica que generalmente se haya venido admitiendo que trabajador fijo o trabajador de plantilla se refiere al vinculado a la empresa con contrato indefinido.

## **2. Las respuestas que da el Estatuto Básico al problema de la indefinición de los contratos**

Ya desde el propio Estatuto de los Trabajadores, a raíz de la reforma introducida por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, se habían intentado mitigar algunos de los efectos que la sanción de indefinición de los contratos provoca en el ámbito de las Administraciones Públicas. Esta intención se ha visto reflejada en su Disposición Adicional Decimoquinta, en la que se ha dispuesto que, si bien el régimen establecido en su art. 15.5 para la concatenación de contratos resulta también aplicable en la Administración, surtirá efectos sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios y de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

Desde el ámbito del Derecho Administrativo la principal aportación que ha introducido el Estatuto Básico en este sentido es la de dar cobertura legal a este nuevo concepto que había sido creado por obra de la jurisprudencia, al distinguir en su artículo 11 las tres modalidades de personal laboral existentes en la Administración: la del personal laboral fijo, indefinido o temporal. A pesar de que hubiera sido deseable que el legislador introdujera mayores dosis de seguridad jurídica en esta materia y hubiera concretado las consecuencias jurídicas de esta distinción, hemos de entender que con la consagración legal de esta figura ha querido asumir todas las especialidades que, al menos hasta ahora, ha venido introduciendo la jurisprudencia. Habría venido a asumir, en consecuencia, que el personal indefinido se somete a unas reglas y a un régimen jurídico parcialmente distinto del aplicable a los trabajadores que tienen la consideración de fijos.

Significa ello que cuando la Administración se encuentre con un trabajador declarado indefinido en virtud de una sentencia judicial firme, deberá convocar las correspondientes pruebas selectivas para la ocupación definitiva de ese puesto de trabajo, de tal manera que si el trabajador que de manera indefinida está ocupando ese puesto no obtiene la mejor puntuación, la falta de superación de dichas pruebas selectivas será considerada como «causa lícita» de extinción de la relación. Al considerarse, pues, que concurre una causa lícita, habrá de entenderse que el trabajador no tendrá derecho alguno a indemnización toda vez que, en rigor, no se podría hablar ya de un despido improcedente. En definitiva, pues, el trabajador irregularmente contratado por la Administración sólo tendría derecho a ocupar temporalmente un puesto concreto de trabajo hasta su ocupación definitiva, como si se tratara de un contrato de trabajo de interinidad y, por tanto, sin derecho alguno a indemnización cuando se produzca su cese definitivo. Acontece, no obstante, que la aplicación de esta doctrina general en el ámbito universitario por la sucesión de contratos de trabajo temporales con el personal investigador puede ser todavía más problemática si tenemos en cuenta que todos estos contratos suelen estar ligados a proyectos de I+D, por lo que no resulta nada fácil que la Administración convoque reglamentariamente el puesto de trabajo afectado y que, por su propia naturaleza, es estrictamente de carácter temporal.

Por aplicación, asimismo, de la línea apuntada en algunas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 29 de noviembre de 2005, habrá que entender que la nota de la indefinición del contrato tiene también efectos a la hora de reconocer una posible suspensión del vínculo laboral. En este caso concreto, la Sala dedujo la inaplicación de la institución de la excedencia voluntaria especial que contempla el art. 10 de la Ley de incompatibilidades (la 53/1984) a los trabajadores indefinidos en virtud de la nota de provisionalidad y falta de fijeza que caracteriza a esta modalidad de trabajadores (29). En otras ocasiones se han introducido también impor-

---

(29) Entre otros argumentos, dirá la Sala que la incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía. La excedencia funciona como un garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección. Asimismo, la excedencia voluntaria otorga un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría, por lo que difícilmente podrá concederse al trabajador indefinido no fijo, toda vez que la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa.

tantes limitaciones para participar en los procedimientos de concursos de traslados, imposibilitando que los trabajadores indefinidos no fijos pudieran participar en los concursos de traslados por resultar esta medida contraria a la configuración jurisprudencial que se ha realizado de esta figura, así como a los principios constitucionales que regulan, no sólo el acceso, sino también la provisión de puestos de trabajo en la Administración.

Pues bien, además de estas importantes matizaciones que ha introducido la jurisprudencia durante estos años, también el Estatuto Básico contempla para el personal indefinido un régimen jurídico diferente del aplicable al personal fijo en algunos aspectos esenciales como, por ejemplo, en lo relativo a los efectos del despido improcedente, pues la readmisión automática sólo cabe para el personal fijo (30) (art. 96,2), o en los procesos de funcionarización, que no resultan extensibles a esta categoría de personal (Disposición Transitoria Segunda).

Por último, otra posibilidad que puede abrir el Estatuto es la relativa al recurso al nombramiento de funcionarios interinos para reconducir todos o algunas de las modalidades de contratación temporal que ahora utilizan las universidades públicas para la asunción de su personal investigador. A ello nos referiremos en el epígrafe siguiente.

### **3. El recurso al interinaje funcional como una posible vía alternativa a la contratación temporal laboral del personal investigador. Algunas propuestas de futuro**

El Estatuto Básico del Empleado Público ha ampliado considerablemente el ámbito del interinaje funcional en la Administración en claro paralelismo con algunas de las modalidades de la contratación temporal del ámbito laboral. Junto a los dos supuestos clásicos ya conocidos, esto es, la ocupación de una plaza vacante mientras se realiza el correspondiente procedimiento selectivo y la sustitución temporal del funcionario de carrera, la Administración ha sido expresamente habilitada para nombrar a funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal o por razones de exceso o acumulación de tareas. En este último

---

(30) Téngase en cuenta, no obstante, que la STS de 2 de febrero de 2009, dictada por la Sala de lo social en unificación de doctrina, ha reconocido el derecho de opción a un trabajador indefinido porque así lo había previsto su Convenio Colectivo, aplicando el principio de la norma más favorable y a pesar de lo dispuesto en el art. 96.2 del EBEF.

caso, no obstante, existe una importante limitación, toda vez que sólo puede recurrirse a este tipo de nombramientos por un plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses (art. 10.1 del EBEP). El objetivo confesado que se pretende conseguir en la Administración con la creación de estos nuevos supuestos no es otro que el de reducir al mínimo indispensable la utilización de figuras laborales de los contratos por obra y servicio y por circunstancias de la producción (según las Instrucciones del MAP de 5 de junio de 2007).

Ello supone ampliar considerablemente el baúl de instrumentos que puede usar la Administración para dar respuesta al problema de las vinculaciones estrictamente temporales, apartándose de esta manera de las notas de necesidad y urgencia que ha caracterizado clásicamente la figura del funcionario interino. Efectivamente, tras la prohibición de celebrar contratos temporales sometidos al Derecho Administrativo que estableció la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la Administración se ha visto obligada a recurrir a los contratos temporales de carácter laboral, lo que ha tenido un especial reflejo en el ámbito del personal docente e investigador de las universidades públicas. De hecho, la LOU supuso una reconducción de las diversas modalidades de contratación administrativa hacia el ámbito del Derecho Laboral (art. 48), tanto para el personal docente e investigador como para el personal meramente investigador, que podrá ser contratado para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica en virtud de un contrato para obra o servicio determinado.

Pues bien, la premisa de la que partimos en este estudio es que esta modalidad contractual laboral podría ser de cara al futuro reconducida al ámbito del interinaje funcional para la ejecución de programas de carácter temporal. Y ello porque, a falta de una mayor concreción por parte del legislador de desarrollo, se trata de una modalidad en blanco que todavía está por construir. A nuestro juicio, y al menos desde un punto de vista teórico, no existiría ningún inconveniente para considerar el desarrollo de un específico proyecto de investigación como un programa temporal, que quedaría concluido en el momento de terminación del proyecto o, en su caso, en el momento en que finalizaran los trabajos concretos que el investigador deba llevar a cabo en dicho proyecto. Tampoco existirían inconvenientes para prever expresamente la posibilidad de que el nombramiento fuera revocado en el supuesto de que la evaluación anual

que se llevara a cabo fuera desfavorable, en términos, pues, similares a los previstos en el artículo 17.1.a) de la ley 13/1986 de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica. De la misma manera, la construcción bifásica de las situaciones del personal investigador en formación que ahora hace el RD 63/2006, y que viene artificialmente a distinguir entre la fase de beca de la fase del contrato en prácticas, también podría ser canalizada hacia el ámbito del interinaje, terminando así con muchos de los problemas teóricos y prácticos que plantea esta concreta modalidad de contratación (31).

El Estatuto abre, en consecuencia, nuevas perspectivas para una eventual reconducción del personal investigador hacia el ámbito del Derecho Público. Las ventajas que ello podría suponer son evidentes. Permitiría poner algo de luz en el complejo panorama que para las universidades públicas supone la gestión de las distintas modalidades contractuales a las que antes nos hemos referido, máxime teniendo en cuenta que algunas de ellas han sido construidas con importantes especialidades que las alejan de las figuras establecidas en el Estatuto de los Trabajadores. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto previsto en la letra b) del art. 17.1 de la Ley 13/86 para la incorporación de doctores al sistema español de ciencia y tecnología, que ha configurado una específica modalidad del contrato en prácticas que muy poco tiene que ver con el regulado en el art. 11.1 del Estatuto de los Trabajadores, o en el supuesto establecido en su letra a), que condiciona la vigencia del contrato de obra y servicio determinado a una evaluación positiva anual de la actividad realizada por el investigador.

Por otra parte, ello ahorraría a la Universidad del pago de la indemnización prevista por la nueva redacción del art. 49.c) del Estatuto ante la extinción del contrato por la realización de la obra o servicio objeto del contrato y la liberaría de la espada de Damocles que supone el riesgo

---

(31) Nos remitimos al detallado estudio realizado al respecto por MORENO GENÉ, Josep, «El nuevo estatuto del personal investigador en formación: la combinación de beca de investigación y contratación laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 277, 2006, quien destaca las dificultades para aplicar el régimen general previsto en el Estatuto de los Trabajadores en cuanto al título habilitante para la contratación del becario (el DEA), los problemas que se pueden plantear si el investigador no concluye su tesis doctoral en el plazo máximo de dos años previsto en la normativa laboral, o las dificultades que existen incluso para determinar el trabajador que desempeña el mismo o equivalente puesto de trabajo a la hora de determinar el salario que ha de tomarse como referencia para aplicar los porcentajes que prevé el Estatuto de los Trabajadores (entre el 60 y 75% de dicho salario).

de que el contrato temporal pueda ser convertido en indefinido ante la comisión de alguna de las irregularidades previstas tanto en dicho precepto como en su artículo 15. Todo ello, claro está, sin menoscabo alguno de los derechos de los investigadores interinos, a quienes resultaría aplicable todo el régimen general previsto para los funcionarios de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición (art. 10.5 del EBEP).

Otro aspecto importante a tener en cuenta sería la solución al problema teórico que a día de hoy presenta la disociación de regímenes jurídicos del personal investigador en formación. Como expresa la propia Exposición de Motivos del RD 63/2006, durante los dos primeros años de formación del personal investigador resulta imposible someterlo a la situación jurídica de contrato laboral por faltar la nota esencial de «ajeneidad» que exige el art. 2 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que se ha considerado que durante esta fase prima el estudio y formación del becario, sin que ello conlleve ninguna aportación al centro, organismo o universidad de adscripción (32). Al no concurrir, por tanto, todos los elementos exigidos para el nacimiento de la relación laboral, el modelo de formación del personal investigador se ha construido a partir de una importante fisura entre los dos regímenes jurídicos previstos, el de beca y el de contrato laboral (2+2), lo que rebaja considerablemente la cobertura jurídica y social del becario y complica notablemente la aplicación a los becarios de los derechos relativos a la conciliación de la vida personal y familiar. Pues bien, este importante problema conceptual podría tener remedio

---

(32) La negación del carácter laboral de la relación durante los dos primeros años de la carrera investigadora, como recuerda MORENO GENÉ, ha encontrado apoyo en alguna resolución judicial que, con anterioridad al estatuto del becario y ante la ausencia de regulación alguna en relación a los investigadores en formación, calificaron como extralaboral la actividad desarrollada por los becarios durante todo el período de duración de las ayudas a la investigación al considerar que en dicha actividad primaba el elemento formativo sobre el productivo (STS de 11 de diciembre de 2001). Sin embargo, la importante participación del personal investigador en formación en las tareas investigadoras, contribuyendo sensiblemente a la producción científica y tecnológica del país, así como su colaboración ordinaria en las tareas docentes universitarias, constituirían a juicio de este autor, argumentos más que sobrados para poner en evidencia que la frontera que se ha tratado de levantar sobre la función formativa de las becas y la función productiva del contrato de trabajo es apenas imaginaria. En cualquier caso, sobre el interesante debate planteado en torno a esta cuestión y a la posibilidad de que una norma reglamentaria pueda establecer la exclusión del personal investigador en formación del régimen laboral nos remitimos a MORENO GENÉ, Josep, «El nuevo estatuto del personal investigador en formación: la combinación de beca de investigación y contratación laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 277, 2006, pp. 37 y ss., así como a la copiosa bibliografía allí citada.

con la reconducción de todo el período formativo del personal investigador al ámbito del Derecho Administrativo, toda vez que estos problemas teóricos son por completo desconocidos en el ámbito funcional (33).

Somos conscientes, no obstante, de las limitaciones que supone el derecho positivo actual que, como hemos apuntado antes, ha reconducido la contratación de los investigadores al ámbito del Derecho Laboral, por lo que la superación de todo este panorama exigiría la intervención del correspondiente legislador sectorial. Ello nos sitúa ante un panorama de partida que ciertamente no resulta fácil de superar, y a lo que no contribuiría en modo alguno la ausencia de algún cuerpo o escala de funcionarios de carrera investigadores que sirviera como modelo de referencia para la aplicación del régimen correspondiente a los funcionarios interinos. De hecho, el Estatuto Básico delimita la posibilidad de nombramiento de estos funcionarios «al desempeño de funciones propias de funcionario de carrera».

Ello no obstante, debe ponerse en relación con el momento actual de los cambios estratégicos que se están planteando en materia de investigación, en el que no se puede olvidar el importantísimo papel que está llamado a desempeñar la universidad como uno de los principales recursos investigadores en España, que tiene como misión fundamental la generación de conocimiento a través de la investigación, en la medida en que ello constituye la clave para el desarrollo del sistema español de ciencia, tecnología y empresa (34). Así lo constata con toda claridad el art. 39 de la LOU, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, que señala como uno de los objetivos esenciales de la universidad el desarrollo de la investigación científica y la formación de investigadores. Pues bien, en este contexto ha de insertarse también la previsión contemplada en la Disposición Adicional Sexta de la Ley orgánica 4/2007 de creación de un nuevo estatuto del personal investigador universitario que incluya la regulación de una estructura de carrera funcional que esté basada en la obtención de méritos docentes o investigadores, así como las

---

(33) En este caso, el programa de carácter temporal vendría dado por el desarrollo de un trabajo de investigación que se concreta en un proyecto de tesis doctoral.

(34) Según datos de 2006 proporcionados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, el peso de las universidades como agentes ejecutores de las actividades de I+D dentro del conjunto del sistema es del 27,6%, con un gasto de 3.265 millones de euros en ese año. El personal empleado en el sector universitario en actividades de I+D en ese mismo año ascendió a 70.950 personas, lo cual supone un 37,5% de todos los recursos humanos del sistema español de ciencia y tecnología.

condiciones en las que los profesores o investigadores funcionarios universitarios puedan participar en la gestión y explotación de los resultados de su investigación. La creación de un nuevo cuerpo de investigadores universitarios de carrera, como parece vislumbrarse en ese mandato, abre, sin duda, nuevas expectativas que podrían contribuir a solucionar algunos de los problemas que acabamos de mencionar por la falta de referencias para la puesta en práctica de un modelo de interinaje funcional.

Por otra parte, somos conscientes de las dificultades que plantearía la reconducción al Derecho Público del régimen de los investigadores, dada la existencia de un modelo de investigación mixto, donde las actividades de investigación se llevan a cabo en un sistema de I+D+i heterogéneo y complejo. Ahora bien, esta disociación de regímenes jurídicos, privado y público, ya es una realidad tras la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, toda vez que ha supuesto la creación de una relación laboral de carácter especial para el personal laboral de la universidad, introduciendo, pues, importantes modificaciones respecto del régimen al que se someten los investigadores que realizan su actividad en el marco de una empresa privada. La solución pasa por que se pueda desarrollar la carrera investigadora con iguales posibilidades de reconocimiento del mérito y recompensa, con independencia de la condición laboral o funcional, en las instituciones de I+D de titularidad o tutela pública y por la previsión de mecanismos que faciliten el flujo y la movilidad entre el ámbito público y privado (35).

---

(35) Así, al menos, se puso de manifiesto en las Jornadas de Debate sobre la nueva Ley de Ciencia y Tecnología celebradas los días 9 y 10 de octubre de 2008 organizadas por el Ministerio de Ciencia e Innovación ([https://lcyt.fecyt.es/?page\\_id=141](https://lcyt.fecyt.es/?page_id=141)). En ellas se concluyó que para el buen funcionamiento del sistema de investigación es imprescindible la mejora general del sistema de recursos humanos del personal investigador, de tal forma que la nueva ley debería basar el modelo en los principios de mérito y recompensa sobre la base de los resultados investigadores, con independencia de la condición laboral o funcional del personal investigador, potenciar la movilidad del investigador, reducir las incompatibilidades para la implicación de los empleados públicos en actividades empresariales y facilitar la implicación del personal investigador en tareas de gestión de la I+D y de asesoramiento científico-técnico a las Administraciones con reserva de plaza y puesto.



# AGUAFUERTES SOBRE LA INVOCACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS COMO CUESTIÓN POLÍTICA O PURAMENTE ADMINISTRATIVA(\*)

CARLOS COELLO MARTÍN

«Los guipuzcoanos, vizcaínos y alaveses, que en el interés de derechos y nacionalidad siempre han marchado unidos con los navarros no podían en esta guerra dejar de adoptar el mismo partido que estos.»

*(Memorias del general don Francisco Espoz y Mina escrita por el mismo publícalas su viuda doña Juana Maria de Vega condesa de Espoz y Mina. Imp. de M. Rivadeneyra, Madrid, 1851, t. 1, p. 109)*

«Quare relicta Navarra ad finitimas contendimus Biscajae et Guipuzcoae provincias, quae maximam efficiunt Cantabriae veteris partem. Vulgata res est gentem libertari si auqea alia Hispaniae, assuetam vel maxime esse, feroces item fortemque, nec subjugatu plane dominioque absoluto subjectu facilem: quare et mitius ac reliquae omnes a regibus tractari nec dimidium tributorum, quae Castellae utriusque incolae solvunt (...)» (De Frankenau, 1703)\*\*).

Brachtet ihr iene Löwen hierher vom großen Pireus  
Uns zu zeigen daß hier eben Pireus nicht sey  
*Venezianische Epigramme (Goethe).*

A los profesores Clavero Salvador y Monreal Zía.  
A Henrike Knörr, hombre en tiempo de oscuridad

---

(\*) Corresponde a un desarrollo del guión de la conferencia impartida en los *Cursos de verano de El Escorial* respondiendo a la amable invitación de los profesores VILLAPALOS y DIEZ SAMPEDRO, de cuyas atenciones no puedo sino ser agradecido. El guión original estaba pensado para su exposición oral y con motivo de la publicación se ha añadido el aparato crítico que entendíamos más acorde para entender las notas, referencias, alusiones o reflejos de la bibliografía consultada sin ánimo de agotar esta veta.

(\*\*) DE FRANQUENAU (1990), p. 453, «Por ello dejando Navarra, nos dirigimos a las vecinas provincias de Vizcaya y Guipúzcoa que conforman la mayor parte de la antigua Cantabria. Es cosa divulgada que este país está más acostumbrado a la libertad que ningún otro en España, feroz y fuerte, no es fácil de subyugar ni someter al dominio absoluto, por lo que los reyes lo tratan con más suavidad que a todos los demás, sin permitir que se les imponga la mitad de los tributos que pagan os habitantes de ambas Castillas».

**SUMARIO:** I. LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES: LAS NORMAS CONSTITUCIONALES HISTÓRICAS: 1. El Código-constitución: la excepción foral: De los apéndices a las compilaciones. La unidad política y la fragmentación jurídica. 2. Los derechos históricos: forma regiminis o forma imperii. 3. Las normas constitucionales de petrificación, invocación o legitimación histórica. 4. La Adicional Primera de la Constitución y normas conexas como «derechos retenidos». ¿Los derechos históricos agrietan el poder constituyente?— II. LA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN AUTONÓMICA: 1. El caso vascongado. 2. El caso navarro.— III. ¿UNA SEGUNDA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS? ¿DE VASCONIA A OTRAS COMUNIDADES?— IV. LA INVOCACIÓN DE LOS DERECHOS FORALES O HISTÓRICOS COMO TÉCNICA DE SALVAGUARDA COMPETENCIAL.— V. DE ESTE PRINCIPIO SUBVERSIVO SE DERIVA: LA INVOCACIÓN DE LOS DERECHOS FORALES O HISTÓRICOS COMO SUBSISTEMA TRIBUTARIO.

**RESUMEN:** La invocación de los derechos históricos no se limita al orden estatutario. El *nomos* el Estado se legitima históricamente no cívicamente. Así también algunas instituciones como la Corona su legitimación histórica. La invocación de los derechos históricos se ha utilizado tradicionalmente como cláusula de salvedad competencial en el orden constitucional y en el administrativo. Esta invocación no sólo se produce en el derecho público sino también en el privado, y no se limita territorialmente al país vasconavarro.

**Palabras clave:** derechos históricos; legitimación histórica; limitaciones en el orden constitucional y administrativo.

**ABSTRACT:** *The invocation of historical rights is not limited to the statutory realm. The State's nomos is historically, not civilly, legitimized, just as some institutions such as the Crown are historically legitimized. The invocation of historical rights has traditionally been used as a proviso to delimit authority in the constitutional and administrative realms. This invocation occurs in both public and private law and is not limited geographically to the Basque Country and Navarra.*

**Key words:** *historical rights invocation; historical legitimation; constitutional and administrative realms limitations.*

## I. LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES: LAS NORMAS CONSTITUCIONALES HISTÓRICAS

1. Puede aparentemente sorprender que los «*derechos históricos*», concepto sobre el que volveremos, puedan servir como técnica constitucional específica. Tempranamente GARCÍA PELAYO había advertido de la necesaria dosis de historicismo que debía predicarse de la CE de 1978, mas sabido es que cuando la realidad se expulsa por la puerta entra por la ventana. Recientemente MUÑOZ MACHADO ha señalado, al calor de las reformas estatutarias y constitucionales propuestas que:

«no hay derechos históricos que puedan sobreponerse a la Constitución salvo que ella misma lo consienta. El Tribunal Constitucional lo ha dicho muchas veces sobre los derechos históricos territoriales, y el Tribunal Supremo ha aplicado dicha regla este mismo año, a la sucesión de los títulos nobiliarios, imponiendo que la igualdad de sexos se aplique retroactivamente, desde la fecha de publicación de la Constitución. Una vez establecida la regla de la sucesión del primogénito, con indiferencia del sexo, en la propia Constitución, una disposición transitoria que la aplazara ¿podría considerarse una norma constitucional inconstitucional? (1)

Se comparta o no el juicio de este ilustre administrativista lo cierto es que el texto de la CE de 1978 consiente y relegitima la historia o los derechos derivados de la misma —si es que esa fuere la fórmula— en diversos y cualificados preceptos de orden institucional y material.

2. La Constitución se «*abre a la historia*» de modos insospechados, aun cuando sujete al canon de la *norma normarum*, «el carácter histórico de una institución no puede excluir, por sí solo, su contraste con la Constitución» (STC 126/1997 de 3 de julio) (2).

Algunos de esos modos, en concreto la invocación de los «*derechos históricos*» han vuelto al escenario público de la mano de las reformas estatutarias iniciadas en las dos «*naciones*» problemáticas. Así en el caso vasco, con el fallido *Proyecto de nuevo Estatuto Político para la Comunidad Autónoma Vasca* (3), en *vulgata* conocido como *Plan Ibarretxe* y en

---

(1) MUÑOZ MACHADO (2008), p. 8.

(2) LUCAS VERDÚ (1993) y COELLO NUÑO (2005).

(3) Aun cuando el citado proyecto recuperaba una doctrina pacticia de unión que se plasma, entre otros, en el artículo 1º del *Proyecto de Estatuto General del Estado Vasco* propuesto por la

el caso del *Principado de Catalunya*, con los recelos, resquemores y odios africanos que suscitó en el *casticismo hispano* la aprobación del Estatuto de Cataluña (4).

En ambos casos se sostuvo que esas reformas estatutarias quebrantaban o modificaban la Constitución Española de 1978 (5). Contagiados todos del mismo «*virus constitucional*», en cualquier modificación estatutaria, ya fuere la de Andalucía (6) o la Valencia (7), ora la de Aragón (8), ora la de Castilla-La Mancha se aparecía el *golem* de la *deconstrucción* del Estado (9).

Aun cuando la doctrina expuesta en la STC 247/2007 de 12 de diciembre no ha sido recibida pacíficamente por la doctrina (10), desde voces doctrinales, políticas y periodísticas diversas se reclama del Tribunal Constitucional que como un nuevo *artesano cisor* en el cuento de LEZAMA LIMA, dicte sentencia por la que decapite los elementos simbólicos y jurídicos más relevantes del Estatuto de Cataluña, y que, en expresión del *derecho simbiótico*, la «*autoridad del Tribunal*» esté por encima de la *magia estatutaria*.

Se critica toda *deconstrucción histórica* que se aparte del *troquel de un discurso casticista y organicista constitucional*, y desde un determinado *canon epistemológico* de la «*verdad histórica*», censuran cuál sea el *auténtico sujeto político u objeto historiográfico* historiable (11). De

---

Sociedad de Estudios Vascos de 31 de mayo de 1931, si bien en clave y lenguaje constitucional la vieja tesis de la unión personal con la Corona deviene en unión de ordenamientos y en fórmulas de cosoberanía. A este respecto ESTORNES ZUBIZARRETA (1990).

(4) Analizado este clima por GONZÁLEZ CASANOVA (2009), pp. 97 y ss.

(5) En ocasiones se invoca el denominado «*espíritu de la transición*» o la apelación al consenso por formaciones políticas cuyos diputados se abstuvieron o votaron en contra del texto constitucional o propusieron el voto negativo al Estatuto de Autonomía vasco o al catalán, como puso de manifiesto las alegaciones del Parlamento Vasco en la STC 76/88 de 26 de abril. Bien podría traerse la vieja admonición del *guárdate de la fe del converso*.

(6) BALAGUER CALLEJÓN (2008).

(7) GARRIDO MAYOL (2008).

(8) TUDELA ARANDA (2008)

(9) Parafraseando a Z. BAUMMAN, BLANCO VALDÉS (2008) califica esa situación de *política líquida y estado gaseoso*; BILBAO UBILLOS (2004), lleva la «*desintegración*» al rubro del artículo

(10) Analizan la STC 247/2007 de 12 de diciembre sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, FERNÁNDEZ FARRERES (2007) y CABELLOS ESPÍERREZ (2008), pp. 106-144. A juicio de TAJADURA TEJADA (2008), p. 139 el Tribunal Constitucional sufre una «*crisis de credibilidad*» desde la añada jurisprudencial de 2007. ¿Y porqué no desde el año 2003?

(11) Nos remitimos a los diversos trabajos recopilados por Carlos TAIBO, singularmente PÉREZ GARZÓN (2007), NÚÑEZ SEIXAS (2007), BASTIDA FREIXEDO (2007). Un ejemplo es el trabajo de MOLINA

modo que se tacha, cuando menos de *falsificación o invención histórica*, cualquier *reconstrucción identitaria*, que se desvíe del objeto y de la función «*nacionalizadora*» de la historia sagrada del Estado, elija otros «*sujetos historiográficos*», o se limite, en el menor de los casos, haciendo suya la visión histórica de Américo CASTRO, a poner de manifiesto la *endeblez* de cualquier historia hispana que se inicie con los primitivos pobladores de un ente político inexistente a la sazón (12). Empero se acepta de plano en el *corpus identitario español* lo que rechaza en el «*otro*», poniendo de manifiesto, además que los «*falsarios*» siempre son los otros (13).

**3.** No es casual que la *vieja planta austracista de reynos* reapareciera y con ellos la invocación de nuevos derechos históricos u originarios (*expresos, tácitos, implícitos, simbólicos* etc.), como cláusulas de *derechos retenidos o reservados* propias de algunas constituciones federales (14).

Como señalara el Fundamento Jurídico Segundo de la STC 76/1988 de 26 de abril, la Adicional Primera:

«viene pues a referirse a aquellos territorios integrantes de la monarquía española que, pese a la unificación del derecho público y de las instituciones políticas y administrativas del resto de los reinos y regiones de España, culminada en los decretos de Nueva Planta de 1707, 1711, 1715 y 1716, mantuvieron sus fueros (entendidos en el sentido de peculiar forma de organización de sus poderes públicos como del régimen jurídico propio

---

APARICIO (2005), que propone una construcción del identitario vasco como proyección del enemigo en la praxis política del liberalismo español,

(12) LÓPEZ FACAL (2007).

(13) «*Este despotismo propio de la fase de formación de los Estados-Nación es el unitarismo que traspasó a la Revolución francesa y al liberalismo estricto, tal como ya enseñó Alexis de Tocqueville. En la Corona de Aragón y en el País Vasco y Navarra, liberales o parte de ellos, de orientación avanzada en etapas de democracia censitaria, supieron ver. el filón más libertario que había en los antiguos fueros. La historia realizada desde el españolismo unitarista (pero también del nacionalismo catalán o vasco) ha escondido, ignorado o subvalorado, los hechos que aquí hemos apuntado. Una historia que debe ser construida y que lo puede ser desde las perspectivas ahora existentes y las que se pueden pergeñar en nuestro futuro caminar constitucional*», E. LUCH (2000), p. 58.

(14) SAIZ ARNAIZ (2006), pp. 87 y ss. Sorprende, no obstante, que se sostenga en algunas voces doctrinales la asimilación cuantitativa del estado autonómico al estado federal y sin embargo se rechacen las *cláusulas de reserva* en la adhesión en los estados federales de determinado tipo, sean aquellas más simbólicas que reales. Ciertamente el Reino de España no es un estado federal.

en otras materias) durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, llegando incluso hasta nuestros días manifestaciones de esta peculiaridad foral. Tal fue el caso de cada una de las provincias vascongadas y de Navarra. En lo que atañe a las primeras [...] sus regímenes forales afectados por la Ley confirmatoria de 25 de octubre de 1839, y, posteriormente, por la Ley de 21 de julio de 1876, que vino a suprimir gran parte de las particularidades forales aún existentes, si bien las tres provincias vascongadas mantuvieron, a partir del Real decreto de 28 de febrero de 1878, que aprueba el primer concierto económico, un régimen fiscal propio, interrumpido respecto a Vizcaya y Guipúzcoa, por el Decreto-ley de 23 de junio de 1937, pero que se mantuvo para la provincia de Álava. Incluso de tan sucinta exposición se desprende que las peculiaridades forales (del régimen público) de las tres provincias vascongadas han atravesado fases históricas muy distintas, como son la correspondiente al Antiguo Régimen (hasta 1812), la anterior a la Ley de 1839 (bajo la vigencia de las Constituciones de 1812 y 1837), la posterior a esta Ley hasta la Ley de 1876, y, tras ésta, una etapa de conciertos económicos, bajo las Constituciones de 1876 y 1931, prolongada en el caso de Álava, hasta la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981 aprobatoria del Concierto Económico. Se trata, por tanto, por un lado, de regímenes forales de variable contenido sin que sean, como es lógico, comparables las peculiaridades existentes bajo la Monarquía del Antiguo Régimen (pase foral, régimen aduanero, exención de quintas, organización judicial propia) con las que se conservaron en el régimen constitucional, ni tampoco sean, ni mucho menos, homogéneas las características del régimen foral de cada provincia durante la vigencia de las diversas Constituciones de 1812 a nuestros días; y, por otra parte, es obvio que esos regímenes forales surgieron o cobraron vigencia en contextos muy distintos del que representa la actual Constitución, los principios que proclama y la organización territorial que introduce».

**4.** Hay, también, una clara decisión política. La voluntad unificadora de la legislación pública y privada se quiebra, entre otras concausas, por la terquedad de los *hechos de armas* (15). Así en el caso vasco, tras la llamada primera guerra carlista concluida bajo la partitura de la proclama de *paz y fueros* de MUÑAGORRI —recreada de forma inigualable por Pío BAROJA en varias de sus novelas de «acción» y en el orden jurídico público

---

(15) Baste releer la Exposición de Motivos del Decreto de 29 de octubre de 1841 sobre reorganización de la administración de las Provincias Vascongadas que puede consultarse en el libro de ESTECHA, «desmintiendo sus continuas protestas de lealtad las diputaciones de las tres provincias Vascongadas levantaron la bandera de la insurrección».

se introducen desde la Leyes de 1839 y 1841. Tras la segunda o tercera guerra carlista, con el sitio de Bilbao desde febrero de 1873 hasta mayo de 1874, descrito de modo admirable por Miguel de UNAMUNO en su *Paz en La Guerra* (1897), con la Ley de 21 de julio de 1876 se culmina la integración política en el régimen «*constitucional*» general y la subsiguiente extinción del derecho y de las instituciones forales públicas (16).

Ahora bien, esa integración se realiza de modo peculiar en el orden administrativo y en el financiero. En el primero se consagra con el artículo 1º de la Ley de 25 de octubre de 1839, que «*confirma los fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía*» (17). La cláusula del *sin perjuicio* será una fórmula de estilo y un criterio de reconocimiento y atribución de competencias administrativas de las instituciones forales.

En el segundo, la contribución de las provincias vascongadas al «*concierto*» general cristaliza de la mano del RD Decreto de 28 de febrero de 1878, por el que se fijaron los cupos de contribuciones de las provincias Vascongadas, ora se entiendan aquellas como disposiciones *puramente administrativas y/o políticas* (18).

Esa cláusula de confirmación del régimen foral sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía experimenta una cierta *mutación institucional* al transformarse en una cláusula de salvedad del régimen institucional foral, mediante una fórmula, sobre la que volveremos más adelante, que causa canon, el *sin perjuicio del régimen foral*.

Esa fórmula, se entienda como mera disposición *puramente administrativa y/o política constitucional* —es hija no olvidemos de dos decisiones del soberano que cierran dos hechos de armas en 1839 y 1876— va adquiriendo matices propios como *cláusula de derechos históricos, retenidos o reservados*.

Se adapta, además, cual derecho dúctil e integrador a formulaciones político-administrativas diversas, de varias corrientes del pensamiento polí-

---

(16) Las preguntas de PI Y MARGALL (1979), pp. 58 y ss. eran en sentido premonitorias. Sobre este período RUBIO POBES (1996), pp. 261 y ss..

(17) PORTILLO VALDÉS (20006), pp. 123 y ss.

(18) *Gaceta de Madrid* de 1 de marzo de 1876. Desarrollado y completado por la RO de 23 de noviembre de 1878. Véase la voz *provincias vascongadas*, COS-GAYÓN Y CÁNOVAS DEL CASTILLO (1860), aun cuando se trata de la edición anterior a la ley de 1876.

tico, que se extienden desde el fuerismo y/o foralismo vasconavarro, al lenguaje republicano federal o a la extensión del *principio de las nacionalidades* que se ven especularmente reflejados en la misma (19).

Las expresiones político-constitucionales y administrativas que arropan son diversas: *pacto con la corona, reintegración foral plena, libre asociación, libre federación, constitucionalismo útil* etc (20).

**5.** Sin embargo lo relevante de la Adicional Primera de la Constitución de 1978 es que constitucionaliza esa *cláusula de salvedad*. Con la excepción del artículo CXLIV de la Constitución de Bayona de 1808 (21), los textos constitucionales españoles del Siglo XIX y del XX no ofrecían precedente alguno de un artículo en el cuerpo constitucional o en alguna de sus disposiciones que se dedicara a la *cuestión foral*, trasunto de la *cuestión nacional* (22).

No obstante podemos exceptuar, los proyectos de Constitución de los Estados de inspiración republicano federal y nacidos al amparo de la Constitución *non nata* de la Primera República. Estos *Proyectos o Propuestas* están, como diría Benjamín CONSTANT, más apegados a la realidad de cada comunidad. Los republicanos federales vasconavarros usan el lenguaje fuerista como sinónimo. Los federales andaluces usan un lenguaje distinto. Si releemos el *Proyecto de Constitución Futura de Navarra de 4 de marzo de 1883*, su artículo 1º (*origen del poder*), declaraba:

«Navarra siguiendo su tradición histórico-legal conforme al primer libro de sus antiguos Fueros y de acuerdo con el ejemplo consignado en Consti-

---

(19) Como señalaba Miguel de DORRONSORO, *La Corona de Castilla al aceptar la cesión que de parte de su libertad hizo Guipúzcoa a favor de ella se comprometió a respetar la parte reservada por esta Provincia; no son pues nuestros Fueros privilegios otorgado por la Nación, y sí derechos reservados al incorporarnos a ella, y la condición sine qua non de nuestra unión. Si Castilla no cumple su compromiso, indisputable es nuestro derecho a declarar rota la unión y a recuperar nuestra independencia, como lo hicieron nuestros abuelos respecto al Reino de Navarra, del que formó parte Guipúzcoa antes que de Castilla.*

(20) Los apuntes de ARECHEDERRA ARANZADI (1991), pp. 95 y ss. son especialmente sugerentes. Algunas de sus reflexiones nos remiten directamente, entre otros, al Capítulo XIV (*Efectos de la Unidad Política y administrativa. Provincias Vascas*), de PI Y MARGALL (979) pp. 206 y ss.

(21) Que señalaba: «Los fueros particulares de las provincias de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava se examinarán en las primeras Cortes para determinar lo que se juzgue más conveniente al interés de las mismas provincias y al de la nación».

(22) IRIGORAS ALBERDI (2008) pp. 23 y ss. ALONSO OLEA (1999).

tuciones modernas de Repúblicas libres y democráticas se dará su constitución en el nombre de Dios Todopoderoso» (23).

En el caso andaluz, el *Proyecto de Constitución Federal de 1883*, manifestaba:

«Andalucía es soberana y autónoma; se organiza en una democracia republicana representativa, y no recibe su poder de ninguna autoridad exterior al de las autonomías cantonales que le instituyen por este Pacto»

El lenguaje *republicano federal* y el *fuerrista* se aúnan en el siglo XIX y en el primer tercio del siglo XX (24). El *concepto pacticio* de las leyes dará lugar a diversas *propuestas federativas o pacticias* que invocan en ocasiones el propio derecho histórico —los reinos compuestos de las Españas— o hijas del principio de las nacionalidades, se decanten por la defensa del *derecho de autodeterminación* de los *pueblos*, o de la unión federativa de Portugal (25). Esas tesis con el *calderón normativo y moral* que supuso el régimen franquista, y con la amnesia de la transición caerán en el olvido con la reforma pactada del mismo (26).

---

(23) Probablemente la mano de Serafín OLAVE esté presente en la redacción del texto. Dicho proyecto tuvo sus réplicas. En el caso riojano se propuso la *Constitución republicana federal del Estado Riojano* aprobada por la Asamblea del mismo celebrada en Haro el 23 de abril de 1883, uno de cuyos ejemplares editado por la Imprenta Pastor e Hijos, puede consultarse en la Biblioteca Nacional (Signatura V.C<sup>o</sup> 32-3). Su artículo 1<sup>o</sup> declaraba que la «*región riojana es uno de los estados soberanos de la Federación Española*», y el artículo 84 reservaba a la región riojana el derecho de unirse si «*conviniere á sus intereses, á otro Estado de la Federación Español*». Sobre esta cuestión GARCÍA-SANZ MARCOTEGUI, IRIARTE LÓPEZ, MIKELARENA PEÑA (2002) pp.105-110. Sin entrar en otra consideración, la constitución federal propuesta se refería a la «*rioja castellana*», por utilizar la denominación de una de las sociedades de amigos del país, frente a la *Rioja Alavesa*, denominación tradicional de la comarca documentada desde el siglo XVIII, por lo que se pone de manifiesto que las alegaciones de la Comunidad Autónoma vertidas en el proceso constitucional resuelto por la STC 96/2002 de 25 de abril, amén de un renovado desconocimiento histórico puede deberse a ese afán autonómico común de fortalecer o «*recrear*» identidades comunitarias regionales.

(24) MARX Y ENGELS (1998), p. 138, «*pero en las Vascongadas las asambleas, enteramente democráticas, no admitían ni siquiera al clero*».

(25) Entre otras en el *Programa aprobado por el Consejo del Partido Federal a la Nación* de 22 de junio de 1894 firmado como Presidente por PI I MARGALL. Sobre el iberismo luso (OLIVEIRA, ANTERO DE QUENTAL, etc.), LACASTA ZABALZA (1988).

(26) Se llega a sostener incluso en estos tiempos de «*revisionismo*» histórico, que la cuestión «*nacional*» no es sino una desviación de la vindicación político constitucional propia de la lucha contra la dictadura franquista en la que se incurrió en una clara ingenuidad política y como fórmula de compromiso con los movimientos nacionalistas de las nacionalidades históricas. Véase LACASTA ZABALZA (1999, 1998, 2001).

6. En un orden de cosas más limitado no es infrecuente la invocación o la cita de los derechos históricos en los procesos jurisdiccionales y constitucionales para la determinación o justificación de una determinada competencia. Hay un uso forense de los *derechos históricos, originarios o forales*, invocado, como cuestión «*puramente administrativa*» como límite a la cuestión político-constitucional de fondo (27).

Este es, por ejemplo, el uso *alternativo* del argumentario del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de España contra la Ley 9/2008 de 27 de junio, *de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la CAV sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política*, resuelto por la STC 103/2008 de 11 de septiembre (28).

---

(27) En el sentido apuntado *avant la lettre* por ARECHEDERRA ARANZADI (1991), p. 99 y nota 87.

(28) Recogen los antecedentes de la STC 103/2006 de 11 de septiembre la argumentación relativa a la invocación de los derechos históricos, sosteniendo la Abogacía del Estado que se infringe con la Ley de Consulta, los arts. 1.2 y 2 en relación con el artículo 168 y la Adicional Primera de la Constitución. Según los propios antecedentes, *tras referirse a la jurisprudencia constitucional relativa a la unidad y supremacía del interés de la Nación (por todas, STC 247/2007, de 12 de diciembre) y recordar la doctrina establecida en materia de reforma de la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo), el Abogado del Estado afirma que la reforma del art. 2 CE pasa indefectiblemente por el procedimiento del art. 168 CE, esto es, por una decisión del pueblo español, titular de la soberanía. Por tanto, el reconocimiento de un nuevo sujeto soberano en el País Vasco (un sujeto con capacidad para autodeterminarse políticamente, sea mediante «asociación» o «nueva relación» con el Estado Español, sea incluso mediante desmembración del Reino de España) requiere una previa decisión constituyente, políticamente imputable al soberano constitucional («el pueblo español», art. 1.2 CE) y encauzada a través del procedimiento del art. 168 CE, sin que pueda dilucidarse en «un proceso de negociación» entre «los partidos políticos vascos, sin exclusiones» y culminada en un referéndum en el que sólo participarían los electores de la Comunidad Autónoma del País Vasco, como presupone la pregunta b) del apartado 1 del artículo único de la Ley impugnada. Dicha pregunta, concluye el Abogado del Estado, entraña que una parte del pueblo vasco (la del pueblo de los territorios históricos que actualmente forman la Comunidad Autónoma del País Vasco) es titular de una soberanía nacional distinta a la del pueblo español, con lo que se viola el art. 1.2 CE. Se pretende consultar a esa fracción del pueblo vasco, fracción también del pueblo español, sobre el modo de articular el ejercicio de un supuesto derecho a autodeterminarse («a decidir»), rebasando los límites que la Constitución impone al ejercicio del derecho a la autonomía. A lo anterior no cabría oponer los derechos históricos mencionados en la disposición adicional primera de la Constitución, pues los sujetos de tales derechos son los territorios forales, aun cuando su actualización sólo procede a través del Estatuto de Autonomía, es decir, de la norma que es resultado del ejercicio del derecho a la autonomía dentro de la «indisoluble unidad» de la Nación española (art. 2 CE) y con absoluto respeto a la Constitución (STC 76/1988, de 26 de abril, FF JJ 3 y 4). No puede admitirse una suerte de imaginario pacto con valor originario y supraconstitucional, que ya excluyó la STC 76/1988, en la que se recordó que la actualización de los derechos históricos supone la supresión o el no reconocimiento de los que contradigan los principios constitucionales. Nos remitimos a las reflexiones de LASAGABASTER HERRARTE (2008).*

En otro orden de cosas la cita o invocación resuelve una cuestión sobre el origen de una determinada potestad o competencia administrativa. Así la reciente STJCE de 11 de septiembre de 2008 los denomina «derechos de origen antiguo denominados fueros», que permite a las provincias vascongadas «percibir y recaudar impuestos» (29).

## **1. El Código-constitución: la excepción foral: De los apéndices a las compilaciones. La unidad política y la fragmentación jurídica**

**1.** La pretensión codificadora del orden jurídico burgués es un elemento más del proceso de *nacionalización jurídica* del Estado (30). El Código es *código-constitución* del orden jurídico burgués como puso de relieve de modo magistral Paolo GROSSI (31). La pretensión codificadora es expresión del *suzerain*. Advertía Benjamín CONSTANT que «los intereses y los recuerdos que nacen de las costumbres locales contienen un germen de resistencia que la autoridad soporta con disgusto y que se apresura en intentar erradicar» (32).

**2.** En el caso hispano, esa pretensión de unificar bajo un mismo código todo el orden burgués peninsular solo alcanza un éxito relativo con la aprobación de un régimen jurídico-estatutario, el *Código de comercio*. Siguiendo esa dualidad del burgués y del ciudadano fracasa en la conjunción de los diversos regímenes jurídico-privativos forales coterráneos y coexistentes si bien limitados a derechos familiares, reales y sucesorios principalmente y algunas cuestiones relevantes en materia de fuentes (33).

En ese sentido constituye el Código Civil de 6 de octubre de 1888 no solo una expresión parcial de la modernización hija de la racional-

---

(29) Asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06 sobre el carácter selectivo de las normas fiscales vascas.

(30) Codificación que, por otra parte, constituye una expresión del «*déclin du droit común et l'essor des nationalismes juridiques*», como pone de manifiesto HALPÉRIN (1999).

(31) GROSSI, Paolo (2003), pp. 88 y ss. Para el caso español Bartolomé CLAVERO (1982), pp. 5 y ss. *in totum*.

(32) CONSTANT (2008), p. 57.

(33) Son de enorme interés las observaciones de PI Y MARGALL (1979), recogidas en el Capítulo XI (*Ineficacia del principio unitario. Legislación foral de Vizcaya, Navarra, Cataluña y Mallorca. Fueros en las mismas provincias de Castilla*) y en el Capítulo XIII (*En qué se ha establecido hasta ahora la unidad*).

zación técnica y normativa, sino singularmente una expresión de la «*facultad*» de una determinada tradición, en este caso castellana (34).

Los problemas no surgen con la misma intensidad empero, en la redacción de las bases contractuales —*pacta sunt servanda*— de un orden a la par *bucólico y burgués* (35). Las del «*propietario agrario*», arquetipo a la sazón del *ciudadano censitario* triunfan así como las del emergente burgués hijo del mercantilismo de la Corona.

Empero los problemas surgen, como apuntara PI I MARGALL en «*lo más sustancial del derecho*», es decir en aquellas instituciones jurídicas más apegadas a un mundo *preburgués* en el que las *reglas económicas* no están desvinculadas del mundo moral (ese *oikos* compuesto por la familia, la propiedad vinculada, el régimen sucesorio, etc.) (36).

Se da la paradoja, ya puesta de manifiesto por algún tratadista de la época, que las propias instituciones forales, así en materia de libertad de testar por ejemplo, eran más «*avanzadas*» que las recogidas en el código común (37). Para algunas voces ese *fracaso* pone en evidencia el carácter fallido del proceso de nacionalización del Estado en el siglo XIX español (38).

**3.** Así también en el orden privado nos encontramos con fenómenos parejos en el proceso codificador que cristaliza en el vigente y provisional Código Civil de 1888. La codificación civil presenta unos ritos y trámites que se repiten en el último tercio del Siglo XIX, en el primero del Siglo XX, en los años cuarenta a cincuenta y en las postrimerías del franquismo. De algún modo la conservación de las instituciones civiles forales se presenta como un bandoneón, cerrado como *Apéndice foral* del propio Código Civil, abierto en plenitud con las *Compilaciones forales* (39).

De esas Compilaciones forales culminadas en los últimos años del régimen franquista, se salta al reconocimiento en los primeros estatu-

---

(34) MALLUQUER DE MOTES BERNET (1990), SANCHO REBULLIDA (1990), DE PABLO CONTRERAS y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS (1990).

(35) ALONSO PÉREZ (1990),

(36) PI Y MARGALL (1979), p. 194.

(37) PI Y MARGALL (1979), pp. 193 y ss.

(38) Ese fenómeno no es exclusivo. Véase Lutz RAPHAEL (2008), pp. 22 y ss.

(39) LASARTE ÁLVAREZ (1990).

tos de competencia legislativa civil especial o foral de las Comunidades Autónomas (Galicia, Valencia, País Vasco y Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares).

**4.** Como queda indicado la voluntad de uniformidad de las *leyes, pesas y medidas* llega de la mano de una *cláusula de conservación* de aquellas instituciones forales que conviniera preservar. El mecanismo es similar: declaración legal y encomienda a una comisión de juristas para depurar y decantar qué institutos debían conservarse y unirse como *anexa pars* al código común (40).

**5.** Así el artículo 6 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, encomendaba al Gobierno la realización de los *Apéndices* del Código Civil en los que se contuvieran las «*instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias ó territorios donde existen*». Con dicha finalidad se creaban unas Comisiones Especiales por Real Decreto de 24 de abril de 1899 (*Gaceta de Madrid* del 25), correspondientes a *las provincias de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya, Mallorca y Galicia*» (41).

La labor de estas Comisiones no llegó, en general, a buen puerto (42). Se retoma con el mismo procedimiento, la cuestión de los *Apéndices* en la Dictadura de Primo de Rivera, creándose y constituyéndose todo una serie de comisiones para la redacción del correspondiente *Apéndice foral*.

En el caso de Aragón en virtud de la citada autorización de la Ley de Bases de 1888, se aprobaba por RD de 7 de diciembre de 1925 el *Apéndice* correspondiente al derecho foral de Aragón, «*con fuerza y autoridad de ley*» (43).

---

(40) Esa serie de comisiones de juristas aparecían en mayor o menor grado vinculadas funcional u orgánicamente, según los períodos con la *Comisión General de Codificación* reorganizada por RD de 10 de mayo de 1875 (*Gaceta de Madrid* de 15 de mayo de 1875).

(41) La comisión especial vizcaína vería ampliada su composición por Decreto de 15 de mayo de 1899 (*Gaceta* del 18 de mayo), a petición de la Diputación de Álava que interesaba se designara representación «*propia y genuina*» de los ayuntamientos que formaban parte de las antiguas «*Hermandades de Ayala, Llodio, Arastarría y Aramayona*».

(42) Para la cuestión específica del derecho navarro, DE PABLO CONTRERAS y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (1990).

(43) *Gaceta de Madrid* de 15 de diciembre de 1925.

6. Este proceso se recobra en los años cuarenta en pleno régimen totalitario (44). Cristaliza en el famoso *Congreso de Zaragoza*, organizado por el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés y cuya celebración autorizó por Orden de 1 de agosto de 1944 el Ministro de Justicia Eduardo AUNÓS.

De algunos de sus avatares tenemos el testimonio de primera mano del jurista catalán Maurici SERRAHIMA quien describe en sus memorias el ambiente, timbre y tono de las reuniones con singular destreza (45). Hijo del mismo es la creación, por Decreto de 23 de mayo de 1947 de *Comisiones de Juristas para el estudio y ordenación de las instituciones del derecho foral* [Aragón, Cataluña, Baleares, Galicia y Vizcaya y Álava] (46).

Algunos años después, entre 1959 y 1977, algunas de las nuevas compilaciones forales o civiles especiales se declararán en sus exposiciones de motivos deudas de los trabajos del *Congreso de Zaragoza* (47). Los *Apéndices*, como el *bandoneón* del que hablábamos, devienen en *Compilaciones*. El *nacionalismo totalitario* español consolida la fragmentación del ideal codificador, ya menos bucólico pero igual de burgués.

---

(44) No fue ajeno al mismo la distinta percepción que sobre el «*hecho foral*» —trasunto de la cuestión regional— tenían las distintas familias políticas del régimen. En ese primer período el Ministerio de Justicia estuvo encabezado por dirigentes integrados en el mundo del tradicionalismo y del corporatismo español (DOMÍNGUEZ ARÉVALO, BILBAO EGUIA, AUNÓS, etc.)

(45) SERRAHIMA (2003), pp. 319 y ss. La Exposición de Motivos de la Ley 3/1992 de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco, expresamente se refiere al mismo, señalando como para modernizar los «*evidentes valores intrínsecos del Derecho Foral*» que aparecen «*todavía bajo el ropaje de formulaciones arcaicas que es indispensable actualizar al modo que el viejo derecho común español se modernizaba en el Código Civil y las numerosas leyes posteriores. Por supuesto que no bastaba con un trabajo de recopilación o compilación como pretendió el Congreso de Zaragoza*»

(46) Desarrollada por la Orden de 24 de junio de 1947 (BOE 29 de junio). La Orden de 23 de julio de 1947 (BOE 31 de julio) establecía el procedimiento de designación de miembros por las Universidades que «*radiquen en territorio de derecho foral*». Los nombramientos se efectuaron por Orden de 10 de febrero de 1948 (BOE 25 de febrero de 1948), salvo en el caso de la Diputación de Navarra a quien le correspondía el nombramiento con arreglo al Decreto de 1947. Los trabajos no se presentaron en el plazo previsto por lo que la encomienda fue objeto de prorroga por Orden de 28 de julio de 1948 (BOE 26 de agosto).

(47) En relación con el caso vizcaíno y alavés, la Ley de 30 de julio de 1959 sobre *Compilación del Derecho Civil Foral de Álava y Vizcaya*; en el caso balear por Ley 5/1961 de 19 de abril; la gallega por Ley 147/63 de 2 de diciembre, el supuesto singular de Navarra por la Ley 173/1973 de 1 de marzo de la Jefatura del Estado se aprobaba la *compilación de derecho civil foral de Navarra*; para Cataluña la Ley 40/60 de 21 de julio de la Jefatura del Estado aprobaba su *Compilación de Derecho Civil*. La compilación de Aragón fue aprobada por Ley 15/67 de 8 de abril.

Observa CAPILLA RONCERO que la quiebra del sistema de los *apéndices forales* —que presuponían un código civil común— da paso a la propuesta de elaboración de unas compilaciones que actualizarán las instituciones propias del derecho foral; y esa actualización se produce, en el período que «abarca desde la aprobación de la primera (el año 1959, la de Vizcaya y Alava) hasta la última (la Navarra en 1973), un sustantivo cambio en su tenor y alcance, de la estricta compilación de las instituciones forales debidamente actualizadas hasta la elaboración de un casi Código Civil navarro paralelo», lo que supone, concluye, la «potenciación del foralismo» en el seno de un régimen eminentemente centralista, singularmente en el discurso dominante y en la praxis de las diversas familias de ese conglomerado del régimen franquista (48).

El cierre de este proceso viene de la mano de la reforma del Título Preliminar del Código Civil que incorpora un nuevo artículo 13 [Capítulo V *Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional*] que declara:

«el pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que estén vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del lo sea en cada una de aquéllas, según las normas especiales».

Ese precepto confirma la «*factualidad*» del Código Civil: no es hija del racionalismo técnico que hubiere incorporado todas aquellas instituciones forales o no que hubieren sido convenientes para la libertad civil, sino que presenta una determinada «*factualidad histórica*» como expresión de la ciencia jurídica (49).

**7.** Este proceso de *conservación institucional* del derecho foral por los órganos del Estado central no está exento de contradicciones. El caso aragonés pone de manifiesto cómo con una institución señera del derecho foral aragonés, el consorcio foral o fideicomiso foral aragonés había desaparecido, ignoramos si por pura *desuetudo* o por decisión de los juristas de corte— en la Ley de 1925, mientras que como escribiera MERINO HERNÁNDEZ, «*cuarenta y dos años después, y a la hora de redactar la compilación de 8 de abril de 1967, el nuevo legislador optara por revi-*

---

(48) CAPILLA RONCERO (1989), p. 43-44

(49) DELGADO ECHEVERRÍA (1990), ROCA I TRIAS, Encarna (1990)

*talizar legislativamente una institución que había sido ya prácticamente olvidada» (50).*

Lo relevante es que una disposición del legislador estatal preconstitucional, servirá posteriormente, como *canon de petrificación histórica* de la competencia civil de las Comunidades Autónomas instauradas en la Constitución Española de 1978 al publicarse los diversos textos correspondientes al derecho foral o civil especial

En efecto, esa *cláusula de salvedad*, se redescubre, *mutatis mutandis*, en el artículo 149.1 8º de la Constitución Española, al limitar la competencia del Estado en materia de legislación civil, «*sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales y especiales allí donde existan*».

Ese inciso final, «*allí donde existan*», originó diversos problemas de interpretación y algún que otro conflicto cuyo *thema decidendi* aquí simplemente apuntamos: a) si la competencia objetiva en lo relativo al derecho civil, foral y especial, tenía como límite la «*fijación de la imagen histórica*» de las instituciones consagradas en las respectivas *Compilaciones*; b) si la competencia se refería única y exclusivamente al derecho escrito o al consuetudinario y si este último tenía en tal caso la condición de derecho foral alterándose su naturaleza y orden de prelación en el sistema de fuentes con la publicación como ley civil especial (51), c) si cabía, en algunos casos, regular instituciones históricas civiles invocando determinados preceptos estatutarios relativos a los derechos históricos, d) si la competencia autonómica permitía extender el ámbito territorial de los «*compilados*» derechos forales (52), y e) si la consideración del código civil como una norma materialmente constitucional puede o no predicarse y extenderse, en aquellos casos en los que los derechos forales introducen reglas que afectan al estatuto de la propiedad (limitaciones en *el ius disponendi* o en la libertad contractual) o a las reglas de reconocimiento del sistema de fuentes aplicable (prevalencia de la costumbre, etc.).

---

(50) MERINO HERNÁNDEZ (1976), p. 16.

(51) Esta es una de las cuestiones que se suscitaron en el recurso interpuesto contra la Ley 6/1986 de 15 de diciembre de *Arrendamientos históricos valencianos*, resuelta por la STC 121/1992 de 28 de septiembre; y constituía el núcleo argumental básico del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 3/88 de 25 de abril de las Cortes de Aragón sobre equiparación de los hijos adoptivos.

(52) Véase HERRERO DE MIÑÓN (1998).

## 2. Los derechos históricos: *forma regiminis o forma imperii*

1. Escribe Karl MARX en un artículo publicado en el *New York Daily Tribune* el 24 de noviembre de 1854, que lo

«cierto es que la Constitución de 1812 es reproducción de los antiguos fueros pero leídos a la luz de la Revolución Francesa y adaptados a las necesidades de la sociedad moderna. El derecho de insurrección, por ejemplo, es considerado una de las innovaciones más audaces de la constitución jacobina de 1793, pero encontramos este mismo derecho en los antiguos fueros de Sobrarbe donde es designado como Privilegio de la Unión»,

Añade cómo la «*ansiosa limitación del poder real — el rasgo más llamativo de la Constitución de 1812 (...) tenía su origen en los antiguos fueros de España*», y apostilla:

«Las Cortes de Cádiz no hicieron más que trasladar el control de manos de los Estamentos privilegiados a manos de la representación nacional. Hasta qué punto los reyes españoles temían los antiguos fueros se comprueba en el hecho de que cuando fue necesaria, en 1805, una nueva recopilación de leyes españolas, una ordenanza real mandó quitar de ella todos los restos de feudalismo contenidos en la última recopilación de leyes, restos correspondientes a una época en la que la debilidad del monarca obligaba a los reyes a establecer con sus vasallos compromisos humillantes para el poder soberano» (53).

Lo sorprendente es que los lenguajes son recurrentes, reviven y reverdecen, por ejemplo, el atinado juicio del autor, entre otras piezas, de la *Cartilla Foral*, Hermilio de OLÓRIZ cuando dirigiéndose a CÁNOVAS DEL CASTILLO, le espetara que su concepto del derecho *no era sino el de fuerza pura*.

La cuestión foral se transforma en la *cuestiones vascas, catalana* y en menor medida, por la debilidad del propio movimiento político galleguista, en gallega. Discusión circular entre la identificación previa del *nomos* —hijo de la historia— y la pretensión de crear, desde un truncado Estado decimonónico, «*nacionales españoles*» (54).

---

(53) MARX y ENGELS (1998), pp. 136 y 137.

(54) Construcción de la que puede predicarse los apuntes de Slavoj ŽIŽEK (2009), p. 53, «*La Historia del surgimiento de los Estados nacionales es la historia (a menudo extremadamente violenta) de la «transubstanciación» de las comunidades locales y se sus tradiciones en Nación moderna*

Esa cuestión que subyace es, siempre la misma, como «*aparejar*» las *provincias exentas o las Provincias Unidas del Pirineo* con el «*corpus político*» general, o parafraseando aquella propuesta, que se publicara en 1838 en el *Boletín Oficial de Pamplona*, cómo determinar las *Bases para la adhesión de Navarra y los Territorios Vascos a la Monarquía* (55).

**2.** Abandonando la cuestión del *Código-Constitución* del orden público, los principales conflictos se trasladan, sin embargo, al *orden político constitucional*. La invocación de los *derechos históricos o forales de carácter público*, se ha revelado una cuestión político-constitucional de primer orden, nada pacífica en la doctrina *iuspublicista* y habitual *Campo de Marte impolítico*, dado que afectan o pueden afectar, se dirá, no sólo a la *forma regiminis* sino a la *forma imperii* del Estado.

Las categorías y clasificaciones son varias: *constitución normativa versus constitución como fórmula de integración política*, «*unidad normativa*» *versus* «*constitucionalismo útil* (56)», *iusnaturalismo versus positivismo* (57), *decisionismo versus pactismo*. Legitimidad histórica o legitimidad democrática (58).

---

*en cuanto comunidad imaginaria. Este proceso supuso una represión a menudo cruenta de las formas auténticas de los estilos de vida locales y/o su reinserción en una nueva «tradición inventada» omnicompreensiva. Dicho de otro modo la «tradición nacional» es una pantalla que esconde No el proceso de modernización sino la verdadera tradición étnica en su insostenible factualidad.*

(55) El texto puede consultarse en ESTORNÉS ZUBIZARRETA (1990), pp.571, Jean BAPTISTE BUSAALL (2005) y Lartaun de EGIBAR URRUTIA (2005) analizan la acomodación del discurso constitucional en el caso navarro.

(56) HERRERO DE MIÑÓN (2003 b), la perspectiva de la constitución abierta en LUCAS VERDÚ (1993), que es analizada por COELLO NUÑO (2005).

(57) LÓPEZ CALERA (2007), p. 61-68.

(58) TAJADURA TEJADA (2008) llega a calificar, aplicando los conceptos de Otto BACHOF, a la Adicional Primera de la Constitución Española de 1978, como *norma constitucional inconstitucional*, presentando un *dilema falsable* en el sentido popperiano del término, entre la legitimidad democrática y la histórica Apostilla (pp. 138 y ss.) «*contra toda lógica jurídica y política democrática*» el constituyente de 1977-1978, «*bajo la presión del terrorismo etarra*», introdujo, esa «*insidiosa simiente confederal*», y apartándose de los antecedentes históricos añade, «*es la sobrevivencia del privilegio foral que Franco había otorgado a la «nueva Covadonga insurgente de las provincias de Álava y Navarra para premiar su decisivo apoyo al Alzamiento pero que la democracia consagró ampliándolo a las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya con la fallida esperanza de apaciguar al independentismo y al terrorismo vascos. Ese arcaico privilegio foral, incompatible con una Hacienda de tipo federal, se ha articulado en forma de unos excepcionales Conciertos Económicos privativos de las provincias vasconavarras que les garantizan en la práctica una financiación independiente derivada de su efectiva soberanía fiscal, y que desde luego contradice la letra y el espíritu de la igualdad de los españoles ante la ley en materia fiscal*». Siguiendo la doctrina clásica sabemos que todo *poder constituyente* que actúa bajo presión del terrorismo, no es *poder constituyente* que pre-

3. El *nomen iuris* de las diversas corrientes del pensamiento político jurídico varía mas la cuestión de fondo permanece casi inalterable desde los inicios del constitucionalismo hispánico: la melancolía por la fallida nacionalización «*casticista*» de la población dada la impotencia del estado español sedicentemente liberal del siglo XIX (59).

Nuestra pretensión es algo más limitada. Señalar o poner de manifiesto como se invoca funcionalmente esa categoría jurídica en diversos sectores del ordenamiento jurídico público tanto en lo relativo al denominado «*bloque de constitucionalidad*» (*Constitución y Estatutos*) cuanto en cuestiones de menor calado dogmático pero de mayor influencia cotidiana.

Para ello nos centraremos en poner de manifiesto algunas normas constitucionales de «*petrificación, invocación o legitimación histórica*», analizaremos de modo sucinto la concreta actualización de los «*derechos históricos*» en la institucionalización autonómica (*caso vascongado y navarro*), así como en los nuevos estatutos de autonomía, nos detendremos en su reflejo en los regímenes tributarios forales, y en un orden menor nos referiremos a la invocación de los derechos forales como técnica de salvaguarda competencias en el ordenamiento jurídico español. Bastantes cosas quedan en el tintero pero los límites de una conferencia y su versión escrita nos obligan a dejar para otro momento los efectos de la cláu-

---

supone la decisión soberana incondicionada. Hay datos más relevantes sobre otras presiones que recogen BASTIDA FREIXEDO y el ponente constitucional SOLÉ TURA (1985), Siguiendo a Carl SCHMITT del texto se colige que tampoco fue el auténtico soberano. Siguiendo la lógica del artículo volcada en la Adicional Primera, habría que concluir que la institución de la Corona —principio de legitimación histórica— es también inconstitucional. Pero sabemos que el discurso jacobino se torna jacobita. Sostener que el constituyente no puede introducir excepciones de determinados principios constitucionales —si es que así fueren— olvida cual es el fundamento político del soberano. De hecho el *legislador español constituido*, ha progresado en la creación de *cláusulas de excepción y derechos fundamentales (état de siège effectif y fictif)*, o como apuntaba AGAMBEN (2004), p. 11, la «*creación deliberada de un Estado de excepción permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) ha pasado a ser una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, incluidos los denominados democráticos*». Fórmula que Sheldon WOLIN (2008) califica como una perversión de la democracia el totalitarismo invertido, que ha surgido «imperceptiblemente (...) en una aparente continuidad ininterrumpida con las tradiciones políticas de la nación» (p.83).

(59) Se preguntaba MARX (1998), *¿porqué precisamente en el país en el que primero surgió, entre todos los estados feudales, la monarquía absoluta en su forma menos mitigada, nunca lograra echar raíces la centralización?* Entre esos *materiales refractarios* se encontraban, precisamente los fueros. Apostillaba, España (...) «*continuó siendo una aglomeración, mal administrada, de repúblicas regidas por un soberano nominal*». Ese mismo pasaje sirve de proemio a Joaquín MAURÍN (1977), pp. 118 y ss. para reflexionar sobre la cuestión nacional y la fallida nacionalización del Estado.

sula de los derechos históricos en la arquitectura interna de la CAV o los efectos que está produciendo en los criterios sobre competencia objetiva de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 8 y 10 de la LJCA).

### **3. Los normas constitucionales de petrificación, invocación o legitimación histórica**

**1.** La Constitución Española de 1978 incluye en su articulado diversas cláusulas de salvedad «*históricas*». Quizás sea la más conocida la Adicional Primera de la Constitución (60).

Súmase, referidas expresamente a la *nación* o «*cuerpo político*» de las *provincias exentas* o también llamadas *provincias unidas* de Navarra, Vizcaya, Álava y Guipúzcoa —según la conocida fórmula de CADALSO en sus *Cartas Marruecas*— la Disposición Transitoria Cuarta que establece un *régimen privativo* de incorporación de la primera a la Comunidad Autónoma constituida por las tres vascongadas (61).

Cierra este catálogo de normas las cláusulas derogatorias de la propia Constitución (62). En esa admonición derogatoria se advierte que:

«en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839, en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos, se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876».

---

(60) «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

(61) MARCICHALAR Y MANRIQUE (1868) p. 599, recogen que en el libro I de derechos de la provincia, se menciona un acuerdo de 19 de noviembre de 1515 en que hablando de D. Fernando V se dice: «*que por su alteza está mandado que las provincias de Alava y Guipúzcoa é Condado de Vizcaya, sean una Nación e un cuerpo*». La percepción del espacio foral común de Vasconia es habitual. El RD de 12 de enero de 1924 del Directorio Militar, por el que se disolvían las Diputaciones Provinciales —dado que «*muchas de las corruptelas que el directorio quiere expulsar de los Ayuntamientos, tiene franca cabida todavía en bastantes Diputaciones provinciales*», disuelve las actuaciones diputaciones provinciales de España con la única excepción de las de Alava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya (art. 1º).

(62) Sobre los problemas de las cláusulas constitucionales de derogación explícita de la legislación precedente, Ricardo GUASTINI (2008) pp. 94 y ss.

**2.** El *duende del «poder constituyente»*, derogaba, eludiendo la polémica sobre el carácter *confirmatorio* o *abolitorio* de los fueros de aquella ley fruto del Convenio de Vergara, que aparece de modo velado en la clásica obra de MARICHALAR Y MANRIQUE (2ª edición, 1868) (63), así como en lo relativo a la Ley de 21 de julio de 1876 (*Gaceta de Madrid* de 23 de julio) que extendía a los «*habitantes de las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava*, los «*deberes constitucionales*» —así como los derechos— de prestación del servicio militar y de contribución en proporción a sus haberes a los gastos del Estado. El artículo 4º de esta última autorizaba al Gobierno para que acordare con audiencia de las provincias vascongadas, «*si lo juzga oportuno, todas las reformas que en su antiguo régimen foral exijan, así el bienestar de los pueblos vascongados como el buen gobierno y la seguridad de la nación*».

**3.** Cierto es, y va ser una constante legislativa, se incluyen en el propio texto legal regímenes de excepción singular tanto en lo relativo a la conscripción militar cuanto en el reconocimiento de dispensas de pago a quienes acreditaran que «*ellos ó sus padres*» habían sostenido con las armas en la mano, durante la última guerra civil, «*los derechos del Rey legítimo y de la nación*». La percepción de quien fuere el *rey legítimo*, como reflejan las crónicas y coplas de la época, era distinta en la *Gaceta de Madrid*— vocera del poder soberano— y en los *bertso-paperak* recopilados en el monumental cancionero de Antonio ZAVALA (64).

Sin embargo ese *carácter abolitorio* o *confirmatorio* de los fueros —presente en el argumentario de la STC 76/1988 de 26 de abril— explica las semillas de algunas divergencias y de caminos interpretativos diferentes en el seno del fuerismo vasco (*vascongado* y *navarro*) como apuntara el profesor Bartolomé CLAVERO (65).

---

(63) Sostenían, p. 668, en relación con el Convenio de Vergara y a la Ley de 25 de octubre de 1839, «*reconociendo los fueros de las provincias Vascongadas y autorizando al Gobierno para proceder a su arreglo, oídas las provincias. La dificultad de uniformar los distintos fueros de las provincias y de respetar su esencia, armonizándola al mismo tiempo con los intereses generales de la Nación, ha ocasionado que hasta hoy no haya sido posible hacer el repetido arreglo, que tiene que ser obra del tiempo, de gran meditación y estudio. La homogeneidad del antiguo Reino de Navarra, facilitó mucho el arreglo de esta provincia, pero no sucede lo mismo en Vizcaya, Guipúzcoa y Alava que rigiéndose por distintos fueros que afectan á su constitución y estado civil, es mucho mas difícil llegar á un acuerdo satisfactorio para todos los intereses*».

(64) ZAVALA (1992).

(65) Véase CLAVERO SALVADOR (2003) pp. 613 y ss. y especialmente en la transcripción del debate posterior, pp. 671-679. A este respecto SANTAMARÍA PASTOR (1992). Sin embargo no puede,

4. No es, sin embargo, una cuestión de mera crítica historiográfica. Baste leer la argumentación desarrollada por la STS de 9 de julio de 1997 (recurso 296/2005. Ponente Fernández Montalvo), esgrimida para resolver una cuestión indirectamente vinícola, fundada en la regulación del artículo 19.5º de la Ley del IVA.

En efecto, la Sentencia resolvía el recurso interpuesto contra la resolución de la Junta Arbitral prevista por el artículo 51 del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, relativo a la competencia para regular, aplicar y revisar el IVA que grava la desvinculación del régimen de depósito no aduanero de mercancías. Viejas polémicas sobre tributación de consumos y de alcoholes en la historia fiscal provincial y foral, que reverdecen. En su argumentario el Alto Tribunal se hace eco de la naturaleza «*paccionada*» y del carácter *abolitorio*, para las provincias vascongadas y confirmatorio para Navarra, de la Ley de 1841 (66). La descripción de CLAVERO SALVADOR, quedaba soterrada:

«Aun precedida efectivamente en negociaciones, esta ley para Navarra de 1841 no merece, ni por su forma ni por su sustancia, el calificativo de «*paccionada*» y «*foral*» que hoy recibe incluso en disposiciones oficiales: de hecho, ni siquiera garantizaba propiamente el derecho foral, habiendo de resultar, según su disposición, erradicados los fueros por el propio desenvolvimiento del sistema constitucional. Por entenderlo precisamente así, los territorios vascos se resisten a la negociación en nombre de sus propios fueros, apuntándose ya en su ámbito hacia planteamientos más políticos de sentido incipientemente federal. (67)

Aun cuando el *oxímoron* de la Ley de 16 de agosto de 1841 que no se abroga pese a ser norma de desarrollo de la Ley de 1839 expresa-

---

a nuestro juicio, sostenerse la interpretación de TUDELA ARANDA (2007) p. 148, apoyada en otros autores, de que «*puede decirse que la Ley de 1839 abrió una escisión teórica entre dos concepciones (racionalismo e historicismo) que no llegó a soldarse*». Sobre la integración del régimen foral y la construcción del espacio jurídico vasco como excepción, PÉREZ NÚÑEZ (1996), pp. 86 y ss. PORTILLO VALDÉS (1991 y 2006), MOLINA APARICIO (2006). La construcción identitaria en el caso navarro, sobre la base de la Ley «*paccionada*» y la pretensión abolitoria de fueros del Ministro GAMAZO, GARCÍA-SANZ MARCOTEGUI, IRIARTE LÓPEZ, MIKELARENA PEÑA (2002) pp.111 y ss.

(66) Y en el mismo sentido, entre otras, la STS de de abril de 2002 y la STS de 20 de septiembre de 2002.

(67) CLAVERO SALVADOR (1981), p. 50. Recientemente TUDELA ARANDA (2007) en un sugerente artículo, y por otra vía, identifica la Ley de 1841 como «*mal llamada paccionada*».

mente abolida ya fue puesto de manifiesto, una vez más, por el magisterio del profesor CLAVERO SALVADOR (68).

**5.** Mas no solo se integra en el *corpus* constitucional. La Ley Orgánica 13/82 de 10 de agosto, denominada de *reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra* (LORAFNA) (69), la invoca no solo en el ámbito «*declamatorio*» de sus exposiciones de motivos sino que se recibe como título competencial en el articulado (70).

En ese sentido establece el artículo 2 de la LORAFNA que.

«los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la Ley de 25 de octubre de 1839, a la Ley Paccionada de 16 de agosto de

---

(68) CLAVERO SALVADOR (1985 a), p. 96, y SANTAMARÍA PASTOR (1992), pp. 29 y ss.

(69) La Exposición de Motivos del Decreto-Ley 19/75 de 26 de diciembre por la que se modificaba la compilación de derecho civil foral de Navarra aprobada por la Ley 173/1973 de 1 de marzo, la calificaba también de «*mejoramiento del fuero*» para usar la expresión tradicional.

(70) En su extenso preámbulo señala la «*norma institucional básica*» de la Comunidad Autónoma de Navarra, «*Avanzado el siglo XIX, Navarra perdió la condición de Reino, pero la Ley de 25 de octubre de 1839 confirmó sus Fueros, sin perjuicio de la unidad constitucional, disponiendo que, con la participación de Navarra, se introdujera en ellos la modificación indispensable que reclamara el interés de la misma, conciliándolo con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía. A tal fin, se iniciaron negociaciones entre el Gobierno de la Nación y la Diputación de Navarra y, en el acuerdo que definitivamente se alcanzó, tuvo su origen la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, aprobada por las Cortes de la Monarquía española. Al amparo de las citadas leyes, que traían causa de sus derechos originarios e históricos, Navarra conservó su régimen foral y lo ha venido desarrollando progresivamente, conviniendo con la Administración del Estado la adecuación de facultades y competencias cuando fue preciso, acordando fórmulas de colaboración que se consideraron convenientes y atendiendo siempre las necesidades de la sociedad*». Y apostilla, «*En justa consideración a tales antecedentes, la Constitución, que afirma principios democráticos, pluralistas y autonómicos, tiene presente la existencia del régimen foral y, consecuentemente, en el párrafo 1º de su disposición adicional 1ª, ampara y respeta los derechos históricos de Navarra y, en el ap. 2 de su disposición derogatoria, mantiene la vigencia en dicho territorio de la Ley de 25 de octubre de 1839. De ahí que, recién entrada en vigor la Constitución, se promulgara, previo acuerdo con la Diputación Foral, el Real Decreto de 26 de enero de 1979, con el que se inició el proceso de reintegración y mejoramiento del régimen Foral de Navarra. Es, pues, rango propio del Régimen Foral navarro, amparado por la Constitución que, previamente a la decisión de las Cortes Generales, órgano del Estado en el que se encarna la soberanía indivisible del pueblo español, la representación de la Administración del Estado y la de la Diputación Foral de Navarra, acuerden la reforma y modernización de dicho Régimen. Dada la naturaleza y alcance del mejoramiento acordado entre ambas representaciones, resulta constitucionalmente necesario que el Gobierno, en el ejercicio de su iniciativa legislativa, formalice el pacto con rango y carácter de proyecto de Ley Orgánica y lo remita a las Cortes Generales para que éstas procedan, en su caso, a su incorporación al ordenamiento jurídico español como tal Ley Orgánica*».

1841 y disposiciones complementarias, a la presente Ley Orgánica y a la Constitución de conformidad con lo previsto en el párrafo 1.º de su disposición adicional primera»

Con una fórmula evocadora, añade que «*Lo dispuesto en el apartado anterior no afectará a las Instituciones, facultades y competencias del Estado inherentes a la unidad constitucional.*

Cierre la remisión con su disposición final cuyo texto es singular:

«continuará en vigor la Ley de 25 de octubre de 1839, la Ley *Paccionada*, de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias, en cuanto no se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica» (71).

**6.** Son menos conocidas, por su menor alcance objetivo, subjetivo y territorial, la Adicional Segunda —la denominada enmienda «*aragonesa*» (72)— o la Adicional Tercera que establece, según la doctrina, una *garantía institucional* del régimen fiscal singular del Archipiélago Canario (73).

**7.** En esa apertura de la *norma normarum* a la «*historia*», la invocación del *pasado* permite establecer un proceso singular de acceso al autogobierno autonómico de determinadas «*regiones*» establecida en el Título VIII del texto constitucional.

Así la Disposición Transitoria Segunda establece una vía singular de acceso al régimen autonómico fundada en que algunos territorios «*en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía*».

El *pasado desmemoriado* se transforma en un presupuesto institucional para configurar una vía privativa de acceso al régimen autonómico al amparo del artículo 151 de la CE de 1978. Desmemoriado toda vez que

---

(71) Sobre estos «*derechos originarios*», PULIDO QUECEDO (1982).

(72) La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado. Puede leerse los apuntes del Profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (1984), pp.419 y ss. sobre sus labores como senador constituyente en relación con la enmienda aragonesa. Recientemente y a feliz iniciativa del Justiciazo aragonés, han sido agavillados y publicados a modo de «*compilación*» trabajos de diversa factura, unificados por los derechos fundamentales y la constitución (2009), entre los que puede leerse el editado con el título de *Aragón en el proceso constituyente*, pp. 257 y ss.

(73) La modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico.

ni invoca ni evoca la única historia constitucional posible, la de la aprobación, vigente la Constitución Republicana de 1931, de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Vasconia. La integración política en ambos casos va a seguir caminos diferentes.

La Ley de 15 de septiembre de 1932, dictada al amparo de la Constitución de 1931, aprobaba el Estatuto de Cataluña, en virtud del cual se produjo el traspaso de funciones y servicios a la misma. Constituido el nuevo Estado Totalitario, la Ley de 5 de abril de 1938 declaraba «*revertidos al Estado la competencia de legislación y ejecución que le corresponde en los territorios de derecho común y los servicios que fueron cedidos a la región catalana en virtud de la Ley de quince de septiembre de 1932*». Consecuentemente al restablecerse provisionalmente la Generalidad de Cataluña, por el Real Decreto Ley 41/1977 de 28 de septiembre, se derogaba expresamente aquella histórica disposición de la Jefatura del Estado de abril de 1938 así como las demás normas conexas.

El restablecimiento de una institución previa, escindido el *nomos* de su jurisdicción —*Catalunya*— y la legitimación democrática —que solo podía ser hija de una cadena de legitimidad y validez histórica— de su Generalidad en el exilio. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de *restitución a la Generalidad de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro Documental de la Memoria Histórica*, «supuso también el renacimiento del derecho de sus Instituciones a recuperar su memoria histórica y a la restitución de su archivo institucional, por tanto, de los documentos y efectos incautados en aquel trágico período de la historia de España». En el orden *político-simbólico* el nombramiento como Josep TERRADELLAS como presidente de la Generalidad refunde la legitimidad político-democrática del exilio con la nueva planta institucional *preconstitutione*.

El caso vasco anduvo por caminos diferentes. El Real Decreto-Ley 1/1978, de 4 de enero, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el País Vasco, *instituye pero no restablece* un Consejo General Vasco, desvinculándose la *legitimidad político-democrática* y simbólica del Gobierno Vasco en el exilio con el nuevo ente preautonómico creado *preconstitutione* y sustituido, por el Gobierno Vasco nacido del Estatuto de Guernica aprobado por la LO 3/1979 de 18 de diciembre.

8. La posición institucional de la monarquía puede calificarse de un *prius* y algunos de sus preceptos reguladores casan mal con los derechos fundamentales consagrados en el propio texto (74).

En este orden de cosas el título II de la Constitución Española de 1978 introduce todo un género de invocaciones de carácter histórico y de *derecho monárquico o legendario*. Como apuntara Francisco AYALA en su Presentación de la *Teoría de la Constitución* de Carl SCHMITT, «debajo del Estado de Derecho, duerme en efecto, la Monarquía» (75). Ignoro si como señalara SPIEGEL, citando a SCHRÖTTER, el estudio del orden de sucesión a la corona es indiscutiblemente el problema primordial del derecho político en todo reino hereditario, y «envuelve los más intrincados problemas del estado» de modo que determinar cual sea el «sucesor del trono pone al descubierto las pretensiones de cada cual y los pilares esenciales de toda constitución, porque revela cuál es el régimen que impera, si el derecho de primogenitura o el gobierno común de varios príncipes o la división del reino» (76).

Lo cierto es que con arreglo al artículo 57 de la Constitución:

«la Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos».

Acto seguido el propio texto constitucional hace suya la «dignidad del Príncipe de Asturias» así como de los «demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España» (Príncipe de Viana, et alii).

Convendrá cualquier lector no excesivamente avezado en el «bloque legendario» de la institución monárquica, que calificar al actual Jefe del Estado como «legítimo heredero de la monarquía histórica», «a mentís á las leyes históricas», que dijere Don Emilio CASTELAR (77), o remitirse al

---

(74) Juan ALTUSIO (1990) p. 116.

(75) Francisco AYALA (1934-1982), p. 16.

(76) Ludwig SPIEGEL (1933), pp. 17 y 18.

(77) CASTELAR (1870), p. 58, y previamente se preguntaba a la p. 56 ¿dónde están los títulos de esa monarquía? No es el derecho divino, porque el derecho divino ya no lo invocan ni los mismos reyes. No es el derecho histórico, porque contra ese derecho se levanta, desde el punto de

«orden regular de primogenitura», y con ello a un derecho sálico de preferencia, ponen de manifiesto que cual *norma constitucional inconstitucional*, se ha transmutado en *iure positum* principios y reglas propias del *derecho histórico o legendario* monárquico (*principios de primogenitura, masculinidad, propincuidad, matrimonio morganático* etc.), que aparecen positivadas por remisión al *bloque legendario* del propio principio monárquico (78).

Aun cuando «*la mentalidad nobiliaria no puede mantener hoy su axiología como un sistema referencial socialmente dominante, pues ya no lo es, ni en todo caso compatible con la Constitución*» (STC 27/1982 de 24 de mayo), y se entendiera, por el propio Tribunal Constitucional que «la adquisición de un título de nobleza sólo viene a constituir un «*hecho diferencial*» (STC 27/1982) cuyo significado no es material sino sólo simbólico» (STC 126/1997 de 3 de julio, F. 12 A)] y configurara «el uso del título de nobleza, como *nomen honoris* [mención honorífica]» (F. 12 C)] (79)

Circunstancia ésta última agravada por la aplicación de este orden regular al ámbito de la sucesión nobiliaria consagrado por la desafortunada STC 126/1997 de 3 de julio (80), y que tuvo que ser corregida por la disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, *sobre igualdad del hombre y de la mujer* en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (81). Como ha prescrito un reciente pronunciamiento jurisdiccional, del que se hace eco la doctrina científica, se

---

*vista de nuestras ideas, la independencia mejicana y desde el punto de vista de las ideas antiguas, la dinastía española»*

(78) Sobre la legitimidad monárquica, FERRERO (1991), pp. 147 y ss. El concepto de norma constitucional inconstitucional, en OTTO BACHOF (1994).

(79) Sobre los elementos crematísticos del *nomen honoris*, puede consultarse la STS de 14 de noviembre de 2008 (recurso 4795/2000, Ponente LEDESMA BARTRET), sobre la inscripción como marca del *Marqués de Domecq* para unos centros de turismo rural, así como la STS de 15 de octubre de 2008 (recurso 3149/2006. Ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ) relativo a la inscripción de la marca ganadera con el mismo *nomen honoris*.

(80) Véase Jesús GARCÍA TORRES (1998), pp. 219 y ss. LÓPEZ VILAS y MARTELO DE LA MAZA (2009), pp. 123 y ss.

(81) Sobre la que se suscitó una cuestión de constitucionalidad por la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Auto de 10 de septiembre de 2007, en relación con los apartados tercero y cuarto de la disposición transitoria única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, *sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios*, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14, que fue inadmitida por Auto 389/2008 de 17 de diciembre del Tribunal Constitucional. Sobre la misma, LÓPEZ VILAS y MARTELO DE LA MAZA (2009).

refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos Contencioso-Administrativos, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil (82).

Como decíamos, la propia posición institucional de la Corona en el orden constitucional aparece como un *privus*. Según el Preámbulo constitucional, el Rey promulga el texto con la fórmula manida de «*las cortes y el Pueblo Español*» ratifican la Constitución.

Escribía el maestro Don Jesús LALINDE ABADÍA en el año 1979 que «*la Monarquía es ante todo un poder «de facto», impuesto por el régimen político del General Franco, consistente en una instauración y no en una restauración, toda vez que se hace sin respetar el orden dinástico, aunque esto se haya tratado de corregir posteriormente por la propia dinastía borbónica, con una abdicación que se produce cuando ya gobierna el sucesor, y concluye: «La forma monárquica no se pone a discusión en ningún momento, ni se somete a «referéndum» especial aunque se estima*

---

(82) Como ha señalado la reciente STS de 3 de abril de 2008, por la que se resuelve el recurso de casación 4913/00, en los siguientes términos: «*Sin olvidar la etapa jurisprudencial en la que nuestro Tribunal Supremo proclamó que la locución que tradicionalmente se ha seguido en esta materia que se contiene en el art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 había que interpretarla como el mejor derecho a la posesión de los títulos nobiliarios, debe discernirse primero, por el título de concesión y, en su defecto, por las normas que regulan la sucesión a la Corona (STS de 19 octubre de 1960, Marqués de Villarrubia de Langre, 6 de julio de 1961, Marqués de Leis, 28 de marzo de 1978, Marqués de Fuenteblanca, etc.). Doctrina que el Tribunal Supremo ha rectificado posteriormente en el sentido de que no puede confundirse de forma interesada la sucesión a la Corona con la sucesión nobiliaria (STS de 28 de abril de 1989 [RJ 1989\9886], Conde de Casa Lasquetty, 21 de diciembre de 1989 [RJ 1989\8861], Conde de Retamoso, 8 de abril de 1995 SIC [RJ 1995\3421], Duque de Pinohermoso, etc.). No basta con la globalización para resolver conceptos tan abandonados (desde el punto de vista jurídico y legislativo) como el de la línea «nobiliaria». Las homologaciones son siempre peligrosas y más aún, en temas enclavados en arenas movedizas en las que se asienta el derecho nobiliario donde confluyen normas tan dispares como el derecho histórico (cuya manifestación más reciente ha sido la de la sentencia de 6 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Constitucional que derogó (¿?) la doctrina plenamente consolidada del Tribunal Supremo que había proclamado la inconstitucionalidad sobrevenida del medieval principio de varonía y el derecho de gracia reconocido en la CE art. 62. f) y en la propia legislación especial (RRDD de 12 de mayo de 1912, 8 de julio 1922 222/1988, de 11 de marzo etc.). Esta sentencia, tiene además, un interés añadida dado que cita expresamente los trabajos doctrinales de «D. Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros y Marqués de Montesacro, nombrado en 1961, Magistrado del Tribunal Supremo, miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, maestro en derecho nobiliario, en su obra «Estudios de Derecho Nobiliario», dos tomos, publicada por la Fundación Beneficencia et Peritita Iuris (Madrid, 2001), dice en la pag. 728 del tomo I:»Sobre la misma LÓPEZ VILAS y MARTELO DE LA MAZA (2009), pp. 161-163.*

que la aprobación total de la Constitución implica finalmente ese reconocimiento» (83).

De algún modo el texto de 1978 no se ocupa del poder monárquico que precede a la propia Constitución en virtud de la designación del régimen político franquista, ni del supuesto «*poder soberano*» que el propio texto reconoce *ex post* en el titular de la soberanía (84). A ese orden histórico corresponde singularmente, el Título II de la Constitución (*De la Corona*, artículos 56 a 65). Expresamente el título constitucional declara al actual monarca como «*legítimo heredero de la dinastía histórica*».

Sin entrar a dilucidar el grave problema dinástico que se arrastró en los reinos de las Españas a lo largo del siglo XIX, lo cierto es que tal calificación constitucional quebranta el propio orden de la *cadena legitimista monárquica* y escinde, ocultándola, la *histórica* construcción del derecho público dinástico que distingue entre la *legitimidad de origen* y la *de ejercicio*.

Siguiendo ese derecho público dinástico, capital en el juicio de Ludwig SPIEGEL, para identificar la naturaleza de esa «*forma política del estado español*» (art. 1.3 CE 1978), el precepto constitucional elude el origen de la legitimidad del Jefe del Estado, que se remonta a la Ley de 26 de julio de 1947 de sucesión y a los artículos 1º y ss. de la Ley de 4 de enero de 1977 para la reforma política (85).

La *posición institucional* de la Corona, en expresión de HERRERO DE MIÑÓN, es un *prius* que deviene en un *plus* constitucional. Expresiones o restos de la *dualidad corpórea* o de *cierta unción regias*, se aprecian en el articulado de la Carta Magna, en esa *silente convención constitucional* que envuelve la institución monárquica (86), o en la atribución de unas facultades o poderes implícitos pero engarzados con esa dual posición

---

(83) Añade el profesor LALINDE ABADÍA (1977), pp. 16-15, «*Como en 1876 el Rey es una fuerza política respaldada por el ejército que sin embargo, no se siente con fuerza suficiente para gobernar por sí solo, y aspira a contar con el asentimiento de los súbditos y a gobernar con sus representantes. La base fundamental del pacto lo constituye el reconocimiento del pluralismo político por el Rey y el reconocimiento de la Monarquía de los partidos políticos, unido a una serie de concesiones mutuas diversas, como puede ser por parte de los partidos políticos la propiedad privada o la familia*».

(84) FIORAVANTI (2001), pp. 71 y ss.

(85) Cuestión que abordamos de modo alegórico COELLO MARTÍN (2004) pp. 120 y ss.

(86) Vide Fritz KERN (1955), pp. 68 y ss.

institucional (*poder moderador, arbitral, guardián de la constitución* etc.) (87). O en acuñada expresión en la doctrina legal sobre la sucesión y rehabilitación de títulos nobiliarios, aquellos:

«supuestos en que la Administración no actúa tanto por sí, como en nombre de un *poder de soberanía* que corresponde al Rey en ejercicio de competencias no administrativas, sino constitucionales —artículo 62.f) de la Constitución y Sentencias de esta Sala de 18 de junio de 1984 (Ar. 4631) y 24 de enero de 1986 (Ar. 889), y sentencias del Tribunal Constitucional 27/1982, de 24 de enero de 1982, y 68/1985, de 27 de mayo de 1985— (88).

Su posición institucional es un *prius* cuando el Rey sanciona, pero no jura la Constitución Española de 1978. Es además, un *plus*, siguiendo institutos históricos de irresponsabilidad del patrimonio regio, un «*princeps legibus solutus*» (art. 56.3 en relación con los artículos 93,94 y 95.1), lo que ha obligado a introducir determinadas reservas en relación con el tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional (89).

En el orden *simbólico-histórico*, instituciones como la Regencia (art. 59), (90) las competencias regias sobre *sanción* y *promulgación* de las Leyes (art. 91), sobre convocatoria del *referéndum* (art. 92), (91) el nombramiento y dimisión de la Presidencia del Gobierno (art. 114, 115), la disolución del órgano representativo de la soberanía nacional (art. 115), el nombramiento del presidente del legislador negativo (art. 169) son categorías del derecho público monárquico (92).

---

(87) Sobre esas dobles funciones, *política-simbólica* y *política-jurídica*, que opera la primera a través de cauces no formalizados (influencia) y la segunda a través de cauces formalizados (competencia), ARAGÓN REYES (2004).

(88) STS de 16 de abril de 2002 (recurso 115/98. Ponente: LECUMBERRI MARTÍ), por el que se resolvía y desestimaba el recurso relativo a la rehabilitación de un título carlista. La atribución de un *poder de soberanía* al Rey se reproduce en la STS de 5 de junio de 2001 (Recurso 500/97. Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO).

(89) Véase HERRERO DE MIÑÓN (1991) pp. 1921 y ss.

(90) Véase Amelia PASCUAL MEDRANO (1998).

(91) FANLO LORAS (1991) y ARAGÓN REYES (1991) ob. cit. pp. 1940 y ss y 1961 y ss. respectivamente.

(92) Baste señalar en relación con la sanción de las leyes que es una categoría vacía que responde a la antigua potestad regia de veto de las disposiciones. Ha señalado ARAGÓN REYES (2000) p. 16 que «La sanción no puede significar en nuestro ordenamiento lo que significó en el pasado, cuando el Rey también era legislador. El Rey no tiene (ni podría tener en una monarquía parlamentaria democrática) el derecho de veto, ni puede rehusar la sanción. La sanción es un acto jurídico, sin duda, pero un acto debido, una competencia regia de obligado ejercicio, como se des-

En otro *orden simbólico quasi taumatúrgico*, el Título VI (*Del Poder Judicial*), declara que la justicia aun cuando emana del pueblo, «*se administra en nombre del Rey*», quien nombra a propuesta del Consejo General del Poder Judicial al Presidente del Tribunal Supremo (art. 123.2) y al Fiscal General del Estado (art. 124.4) (93).

#### **4. La Adicional Primera de la Constitución y normas conexas como «derechos retenidos». ¿Los derechos históricos agrietan el poder constituyente?**

**1.** La *definición del sujeto aparentemente constituyente* es, también, hija de la historia y no de la voluntad cívica. La determinación del sujeto político — del *nomos* constituyente— es uno de los problemas no resueltos por la teoría constitucional liberal.

El «*nomos*» y el «*terroir*» que delimitan el ámbito subjetivo del titular de la soberanía no pueden explicarse desde una concepción meramente normativa de la Constitución (94). Como ponía de manifiesto Stephen HOLMES, con la mirada en Carl SCHMITT, los principios constitucionales sirven para todo menos para explicar la predeterminación histórica del sujeto constituyente —la nación y el pueblo *sélon le cas*—, o de otro modo, la aceptación del previo sujeto histórico constituyente sólo pueden funcionar en la práctica en «*los confines de fronteras territoriales legítimas*» pero tales principios son «*por completo incapaces de crear o justificar tales fronteras*» (95). Ese conflicto sobre las fronteras que permiten asignar o excluir derechos, es una continua *causa de desazón* en la cofradía del *patriotismo constitucional* (96).

---

*prende del significado jurídico de la monarquía parlamentaria (art. 1.3. CE), de la atribución a las cámaras de la potestad legislativa (art. 66 CE) y de los términos imperativos que utiliza el art. 91 CE («El Rey sancionará...»). El Rey, al sancionar, no puede ejercer ninguna competencia de examen sobre la constitucionalidad de la ley, que ello sólo corresponde al Tribunal Constitucional.*

(93) La vieja distinción de BODIN (2006), expuesta en el Libro III, pp. 125 y ss. entre el soberano —*suzerain*— propietario y el magistrado usufructuario aparece velada en el *corpus* constitucional. Véase Fritz KERN (1955).

(94) FIORAVANTI (2001), p. 85.

(95) Stephen HOLMES (1999), pp. 80 y ss. Véase Carl SCHMITT (2003), pp. 91 y ss.

(96) En ese sentido son de enorme interés las reflexiones de Will KYMLICKA (2006), que se refiere a esa fuente de desazón «*para los liberales de todo tipo*», y qué decir tiene que si para el pensamiento liberal es *fuelle de desazón*, para el pensamiento democrático es *manantial de perturbación* y para el nacionalismo de estado, *causa de excepción soberana*.

Los elementos definitorios para la ciencia política y del Estado tradicional, el territorio y la población, no pueden justificarse, si se justifican desde el *contractus reciprocus* cívico sino que son hijos de la historia y del propio intento de nacionalizar a sus habitantes que promueve el poder público desde finales del siglo XVIII, a lo largo del siglo XIX y el siglo XX, con resultados contradictorios en el caso español.

Paradójicamente el hogaño *Reyno de España* que es hijo de la agregación de reinos y territorios (97), se transubstancia constitucionalmente (98). No es la Constitución el acta fundacional de España, sino que es ésta, la nación española la que «*se constituye*», aun cuando la crítica política y jurídica de los llamados nacionalismos periféricos olvide, también, que es el Estado quien crea nación, o en evangélico modo dicho, ven la *paja en el ojo ajeno pero no la viga en el propio* (99).

La Constitución —«*parte de la unidad de la Nación española* (STC 4/1981 FJ3<sup>º</sup>), cuya *demarcación objetiva (nomos) y subjetiva (demos)* no es fruto de la *voluntad cívica* sino de la historia. Sin embargo de modo rotundo el Tribunal Constitucional en una de sus conocidas decisiones, introduce la cesura de la transfiguración del sujeto político histórico preexistente:

«El carácter de norma suprema de la Constitución (...) resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2) (...) La constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas (...) sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ellas situaciones históricas anteriores» (STC 76/1988, FJ 3<sup>º</sup>).

Sostiene ALÁEZ CORRAL al estudiar los límites materiales de la reforma de la Constitución Española de 1978, que la «*indisoluble unidad de la nación española*», no constituye una invocación de una entidad metafísica cuya existencia se funde en una «*identidad sustancial*», sino en una *unidad normativa* (100). Sin embargo el *nomos* es presupuesto, precon-

---

(97) PI Y MARGALL (1979), pp. 153 y ss.

(98) Sobre la cartografía «*ad intra*» del territorio español GARCÍA ÁLVAREZ (2002) y BURGUEÑO (1996), ZABALZA (2009).

(99) THIESE (2001).

(100) ALÁEZ CORRAL (2000) pp. 378 y ss.

dición y condición de esa «*unidad normativa*». El *sujeto político* definido constitucionalmente es el propietario sublimado del «*poder*», prerrogativa secularizada de los antiguos *derechos regalianos*.

Según el conocido *dictum* de la Política de ALTUSIO la *propiedad del reino es del pueblo y la administración del Rey* (101). Mas España es el sujeto político que «*se constituye en un Estado Social y democrático de derecho*» (art. 1.º), e identifica el sujeto político soberano (la «*soberanía nacional reside en el pueblo español*», art. 1.2.º), y la forma política del Estado Español es la monarquía parlamentaria (art. 1.3), que sin embargo ni la representación orgánica del Estado —el *corpus* y las *anexa pars* del mismo— pueden disponer de la «*unidad normativa*», no pueden alterar ni modificar su propio *corregimiento gubernativo*.

Como concluye un jurista de la finura de Landelino LAVILLA, al analizar el sujeto constituyente, de España nace la constitución, no es la *norma normarum* quien la crea (102). Es la *entidad metafísica* quien crea la unidad normativa indisoluble.

Como fuere labrada la piedra angular (*indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*) de esa «*unidad normativa*» y de esa «*unidad metafísica*» consagrada en el artículo 2º de la CE de 1978 — que sirve para edificar el *nomos* constitucional— fue descrito magistralmente por Xacobe BASTIDA en *La nación española y el nacionalismo constitucional* (103) y abordado, desde otro plano político— simbólico en la incisiva e imprescindible obra *El escudo de Arquíloco* de Juan ARANZADI (104).

Lo cierto es que en el orden constitucional español realmente existente se produce una amalgama entre la nación cívica (*demos*) y la nación histórica (*ethnos*) cuyo crisol, en lenguaje organicista, se plasma en el preámbulo constitucional y en los artículos 1º y 2º de la Constitución Española de 1978, de una nación que ya no es ultramarina como en la Constitución de 1812 (105). Reflejan los citados preceptos, como apun-

---

(101) Juan ALTUSIO (1990) p. 116.

(102) Landelino LAVILLA (2007), pp. 269-282. Sobre esta cuestión Pedro CHAVES y Juan Carlos MONEDERO (2003) pp. 79 y ss.

(103) Xacobe BASTIDA (1998) y (2007) pp. 113 y ss.

(104) Juan ARANZADI (2001), pp. 537 y ss.

(105) LEGAZ LACAMBRA (1975) quien de introductor de Kelsen en España acaba bebiendo de la teoría *schmittiana* (p. 802), había advertido que los «*vínculo nacionales son estrictamente*

taba GOMES CANOTILHO, «o mito da subjectividade originaria». (106) Al fin y al cabo los límites del *nomos*, no pueden ser justificados sino históricamente, la nación española, dogma de fe constitucional, *no es sino una entidad jurídico política autónoma que tiene como soporte la unidad de una población históricamente definida como residente en el territorio donde se ejerce la normatividad jurídico-política del Estado*. Es el Estado quien crea las naciones, incluso la propia (107).

**2.** La esencia metafísica se transubstancia en unidad normativa merced a las virtudes taumátúrgicas de ese *duende* o *bálsamo de fiebrás* que es el *poder constituyente*. La invocación del *poder constituyente* es presupuesto y ficción y constituye una mitología específica de la modernidad jurídica con la que se presenta el proceso «*constituyente*» (108).

Ha de recordarse que aquélla se funda en una reforma «*ad intra*» del régimen dictatorial franquista (109). El escenario de voluntad general sujeta a la inercia del propio régimen, a las expresas y veladas amenazas golpistas o a la propia actividad *relegitimadora* del Estado que supuso —y supone— la actividad criminal que en esa concepto válvula llamamos «*violencia armada o terrorismo*» (110).

Si aplicamos el canon interpretativo constitucional, ningún «*poder constituyente*», que fuere un poder *incondicionado, soberano, prejurídico, exterior y anterior al derecho*» según los rasgos que dogmática-

---

*comunitarios, su fundamento no es el «pacto», una nación no es, siguiendo la conocida frase de Renan, un plebiscito de tous les jours, pues todo plebiscito implica la posibilidad de decir «no» en el momento que a uno le place. Además los vínculos de la comunidad nacional no sólo se extienden por la superficie horizontal del presente, sino que se sumergen en el pasado y se prolongan hasta el futuro; en este sentido puede afirmarse que la esencia de la nación es una continuidad, una tradición*». A este respecto, LÓPEZ GARCÍA (1996) pp. 139 y ss y en su libro (1996 b).

(106) GOMES CANOTILHO (2000), pp. 75 y ss.

(107) ZARKA, Yves Charles (2004), p. 111 y ss.

(108) Joan GARCÉS (2000). Las observaciones afinadas de REQUEJO PAGÉS (1998).

(109) HERRERO DE MIÑÓN (2003), pp. 5 y ss.

(110) TAJADURA TEJADA (2008). Empero la violencia criminal de ETA, en la tesis indicada, si condicionó al «*poder constituyente*» para incluir la Adicional Primera, pondría de manifiesto que la condición fáctica desvirtúa su propia existencia. Aun cuando la violencia criminal de la citada banda, tenga en el orden político constitucional unas funciones más propias de aquellas que describe el situacionista SANGUINETTI en su clásico *Terrorismo y Estado*, o de las que novela CHESTERTON en el *Hombre que fue jueves*.

mente lo definen, es quien redacta y aprueba la Constitución Española de 1978 (111). No hay ni ruptura política ni simbólica con el régimen dictatorial, sino una «*transición*» de las estructuras en un discurso que, además, se ha acendrado, de modo que se nos presenta el régimen dictatorial como presupuesto jurídico y material necesario para la instauración de un régimen democrático-burgués. La invocación del «*poder constituyente*» en el caso español, prolongado en el *poder estatuyente* (112), es en ese sentido un *duende mendaz* (113).

**3.** Todo ese género de *normas preconstitucionales*, permitían, a juicio de REQUEJO PAGÉS (1998) alterar el mito del *poder constituyente*. La Constitución en vigor —concluye—, no es en sí misma nada más que la expresión formalizada de una voluntad *sólo parcialmente constituyente*» y se difumina en la conjunción de aquella con las formalizadas en la constitución del pasado», de modo que el ordenamiento no es tanto la «*consecuencia de un poder que lo constituye ex novo cuanto el precipitado que resulta de la articulación de una serie de poderes constituyentes hilvanados en el tiempo por un principio de continuidad*» (114).

Es más, la expresa invocación de la *imago fori*, de los derechos forales tanto la Adicional Primera de la Constitución cuanto las correlativas del Estatuto de Autonomía de Guernica cuanto de los derechos originarios de Navarra, permite «*abrir una vía de agua al poder constituyente*» (115).

---

(111) Sigo en este extremo la sucinta descripción de Carlos DE CABO MARTÍN (2003), *in totum*, y pp. 30 y ss. Son de interés las observaciones de Benito ALÁEZ CORRAL (2000) pp. 281 y ss. La misma conclusión se extrae de la lectura de RUIPÉREZ (2003), pp. 9 y ss. cuyo canon del poder constituyente es inaplicable al propio proceso de la transición española estudiado y confrontado, por ejemplo, con las tesis del «más conspicuo defensor del principio monárquico de la España contemporánea» (p. 245.).

(112) APARICIO PÉREZ (2005) pp. 9 y ss.

(113) Que es invocado expresamente en la doctrina legal. Así para el caso navarro, la STS de 19 de diciembre de 2003 (r.c. 4721/98), lo recuerda «*He aquí el fundamento actual de los regímenes forales, y, por tanto, del de Navarra, pues ha sido el Pueblo español, como poder constituyente originario, el que ha reconocido dichos derechos históricos, subordinándolos y actualizándolos como no podía ser menos a la Constitución, del Estatuto de Autonomía de Navarra y a la situación política, social y económica de la España actual*».

(114) REQUEJO PAGÉS (1998).

(115) SOSA WAGNER y SOSA MAYOR (2006), pp.148-151. Una crítica de las tesis que se sustentan en ese trabajo en ARZOZ SANTIESTEBAN (2007).

Con una mayor normalidad, la STS de 3 de abril de 1990 (116), que resuelve una cuestión relacionada con el control de legalidad de actos locales ejercido por las Diputaciones Forales, que:

Lo mismo puede decirse de la invocación de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, que se limita a «amparar y respetar los derechos históricos de los territorios forales, añadiendo que su actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía», *ya que la discusión parlamentaria pone de manifiesto que el origen de la mencionada Disposición se produjo respecto del principio de soberanía (independencia originaria de los territorios forales y soberanías, y forma de actualización de los derechos históricos o mediante una Ley paccionada o mediante la Constitución y los Estatutos de Autonomía)*, y, en el presente caso no nos hallamos ante uno de tales «derechos históricos» que afectan la libertad e independencia del pueblo Vasco, sino ante la posibilidad de que los acuerdos de sus Ayuntamientos en materia económico fiscal, puedan ser o no fiscalizados por órganos de la propia Administración, o deban seguir el régimen de los restantes Municipios del Estado, lo que no puede elevarse al rango de «derecho histórico» de los mencionados en la Disposición Adicional Primera de la Constitución

**4.** La interpretación de la Adicional Primera de la Constitución por tanto, oscila entre su concepción dogmática como un «derecho retenido» hasta su consideración como una mera cláusula de atribución de competencias singulares, como ocurre con el caso característico de las competencias en materia de enseñanza y policía en el caso del Estatuto de Guernica (117).

## II. LA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN AUTONÓMICA

**1.** La Disposición Transitoria de la CE de 1978, con esa *fórmula vergonzante* nos remite al «pasado» de aquellos territorios que hubiesen ple-

---

(116) Reproduce la doctrina la STS de 3 de abril de 1990, para el caso del Concierto económico calificado como paccionado, en la STS de 20 de noviembre de 1999. Esa doctrina se reitera en la STS de 24 de enero de 2000, STS de 15 de abril de 2002 y en la STS de 9 de diciembre de 2004. Esta última compendia en su FJ Octavo la doctrina legal relativa a las normas tributarias forales ampliando los extremos recogidos en el FJ Quinto de la STS de 20 de noviembre de 1999

(117) Sobre el concepto de derecho retenido, PERNTHALER (1999), pp. 98 y ss. Para el caso del *estado libre de Baviera* en el seno de la República Federal Alemana, Josef C. KARL (2008).

biscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía. Ese pasado no puede ser otro que el período del estado integral republicano.

En el caso vasco ese período nos ofrece procesos contradictorios desde los primeros proyectos estatutarios, denominado del *Estatuto de Estella*, hasta el Estatuto definitivamente aprobado y limitado territorialmente a Vizcaya y Guipúzcoa. Este proceso se inició en el período republicano con la aprobación del Decreto de atribución a las corporaciones forales de las facultades para la promoción y aprobación del Estatuto Vasco y lo hace en los siguientes términos:

«ha resuelto investir a las Diputaciones de Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra de las facultades necesarias para el encauzamiento de esas aspiraciones, ajustándose a las normas que en relación con las autonomías regionales se han establecido en la Constitución próxima a aprobarse. El gobierno no debe prejuzgar si esa autonomía ha de legalizarse en un estatuto uniforme para las tres provincias Vascongadas y Navarra, o si por el contrario, se articulará en un Estatuto por cada provincia, respondiendo así al régimen tradicional que, con peculiaridades distintas, tuvo por Código, los fueros de Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra, cuya diversidad legislativa nunca debilitó los vínculos fraternales que en todo tiempo unieron a los cuatro provincias, y por ello el Gobierno, respetuoso con la voluntad de aquel país, deja a su albedrío esa resolución invitándole a optar por un Estatuto uniforme o por Estatutos diversos» (118).

---

(118) Exposición de Motivos del Decreto de 8 de diciembre de 1931, suscrito por CASARES QUIROGA, como Ministro de Gobernación y refrendado por Manuel AZAÑA (*Gaceta de Madrid*, 9 de diciembre de 1931). TUDELA ARANDA (2007) p. 149 se ciñe al artículo 1 del Estatuto de las Gestoras y señala: *Ni en éste ni en otros preceptos se aludía por el Estatuto a la restauración de las instituciones preliberales*. No contempla ni la disposición sobre constitución de la comisión para redacción del Estatuto Vasco ni los sucesivos proyectos estatutarios, entre otros el denominado Estatuto General del Estado Vasco aprobado en la Magna Asamblea de Municipios Vascos celebrada en Estella (Lizarrza) el 14 de junio de 1931 cuyo artículo 1º establecía: «Se declara que el País Vasco, integrado por las actuales provincias de Alava, Gipuzkoa, Nabarra y Bizkaia, constituye una entidad natural y jurídica, con personalidad política propia y se le reconoce como tal el derecho a constituirse y regirse por sí mismo, como estado autónomo dentro de la totalidad del Estado Español, con el que vivirá articulado conforme a las normas de la ley de relaciones, concertada en el presente estatuto. El pueblo vasco es reconocido como soberano en todo lo que no está limitada su soberanía por las atribuciones de que taxativamente hace cesión, en este estatuto, al Gobierno español. Por consiguiente asumirá todos los derechos y facultades que no se reserven para el poder del estado español, en este estatuto, y los ejercerá con la máxima intensidad y plenitud, incluyendo la cláusula de no renuncia a la reintegración foral plena.

**2.** Como queda indicado a Adicional Primera de la Constitución es una piedra angular para el desarrollo y aplicación de la teoría de los derechos históricos. La Adicional Primera de la Constitución ha sido invocada como título específico de acceso al autogobierno que reforzaba el propio artículo 151 de la CE en el caso vascongado y como vía específica de acceso fuera del marco constitucional del Título VIII, en el caso de Navarra, que se transforma de provincia de régimen jurídico privativo o especial o en Comunidad Autónoma mediante la llamada Ley de *Amejoramiento del Fuero* (119).

## 1. El caso vascongado

**1.** Encuentra su correlato primero en otra adicional en este caso, la del estatuto de Guernica en la que textualmente se señala:

«La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico».

Si diéremos *notitia utriusque vasconiae*, (120) la realidad institucional de Vasconia desmiente esa condición de *provincias unidas* de las que hablaba CADALSO en sus *Cartas Marruecas* (121). La *Vasconia Peninsular*

---

(119) Como señala la doctrina constitucional: «el acceso de las nacionalidades y regiones a la autonomía aparece regulado en la Constitución de acuerdo con unos principios dispositivos que permiten que el régimen autonómico se adecue en cada caso a las peculiaridades y características de esas regiones y nacionalidades. Principio dispositivo que alcanza a materias como la denominación a adoptar, que podrá acomodarse a la tradición histórica; el procedimiento de acceso a la autonomía, que presenta diversas modalidades, como se desprende de los arts. 143, 144, 151, disposición adicional primera, disposiciones transitorias primera, segunda, cuarta y quinta de la CE, competencias a asumir, como resulta de los artículos 148 y 149, entre otros, de la CE, e instituciones de los entes autonómicos, siempre dentro de los límites que la Constitución señala. Como consecuencia, y en virtud de las disposiciones constitucionales, el acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones se ha producido por vías diversas y se ha configurado en formas muy distintas de un caso a otro» (STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 2).

(120) Que recoge el clásico libro de un conocido intelectual «sabiniano» llamado Arnaud D'OIHERNART, cuyo incipit es: «*Notitia utriusque Vasconiae, tum Ibericae, tum Aquitanicae, qua praeter situm regionis et alia scitu digna, Navarrae Regum, Gasconiae Principum, caeterarumque, iniis, insignium vetustae et dignitate familiarum stemmata ex probatis Authoribus et vetitis monumentis exhibentur*», cuya segunda edición fue publicada en París en 1656, que ha servido de base para su edición por el Parlamento Vasco, en 1992 con un estudio preliminar de Ricardo CIÉRBIDE.

(121) CASTELLS ARTECHE (1996), *passim* y pp. 60 y ss.

está organizada en dos *cuerpos políticos*: CAV y la CAN (122). La primera, la CAV está constituida hogaño por tres provincias —rebautizadas con escasa gracia como territorios históricos— Álava, Vizcaya y Guipúzcoa. O en palabras del Tribunal Constitucional:

«junto a la actualización que la Constitución por sí misma lleva a cabo, es el Estatuto de Autonomía el elemento más decisivo de actualización en lo que a los regímenes forales de los tres territorios históricos integrados en la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere. En efecto, el Estatuto de Autonomía se configura como norma fundacional de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ... integrando en una organización política superior a tres territorios históricos que ya disfrutaban de un régimen foral de autogobierno» (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 5).

La cuestión de la titularidad de los derechos queda en otro *campo de Marte*: sostener que se residencia única y exclusivamente en las provincias o mantener que se ha producido una *novación parcial subjetiva* de modo que cabe hablar de una cotitularidad (123).

**3.** La Adicional Primera de la Constitución Española de 1978 juega como título específico de legitimación en el acceso a la autonomía al amparo del artículo 151 de la CE de 1978. Respondiendo al *concepto pacticio* del fuerismo y del foralismo vascongado, la Adicional Primera se presenta como expresión, por tanto, de la *reserva de derechos*.

Se manifiesta como fórmula política y jurídica que da cobertura a diversas expresiones político-jurídicas, que pasan de la vindicación del *ius secessionis*, la unión personal con la Corona o la unión o yuxtaposición de ordenamientos, o propuestas federalizantes o confederales en el apajeo del Estado con las provincias vascongadas (124).

**4.** En otro orden de cosas la Adicional Primera de la Constitución se presenta como la encarnación de la garantía institucional del régimen foral vascongado (STC 76/88 de 26 de abril). Doctrina de la *garantía institucional* aplicada doctrinalmente para la defensa de cierta imagen de la foralidad pública, reconstruida en la República de Weimar por Carl

---

(122) Sobre la voz «*Vasconia*» Manuel RISCO (1838) el *Diccionario* (1802) y Xabier ZABALITZA (2005) pp. 17 y ss.

(123) Como sostiene de modo sopesado y argumentado HERRERO DE MIÑÓN a lo largo de su fecunda obra dedicada a estos asuntos.

(124) RUIPÉREZ (2003).

SCHMITT, que se recibe de la mano de PÉREZ SERRANO en su clásico *Tratado de Derecho Político*, y que halla eco en algunos trabajos de la doctrina administrativista (PAREJO ALFONSO, EMBID IRUJO) y encuentra eco en la doctrina legal (125)

Así con arreglo al artículo 24 del EV los poderes de la Comunidad Autónoma Vasca se ejercerán a través del Parlamento, del Gobierno y de su *Lehendakari* (*presidente*). Pero los Territorios Históricos (art. 24.2 y 37 EG) mantienen su *régimen jurídico privativo* en virtud de la llamada *garantía institucional* de la «foralidad».

Dada la peculiar arquitectura interna de la Comunidad Autónoma, y las singulares relaciones entre las llamadas Instituciones comunes (*Gobierno y Parlamento Vasco*) y los Territorios históricos (*Diputaciones y Juntas Generales*), esa cláusula *garantista «constitucionalizada»* se invoca, *ad extra*, en las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma, y, «*ad intra*», en las relaciones entre la CAV y las provincias forales; es esgrimida doctrinalmente en pleno fragor de la elaboración de la Ley de Territorios Históricos, cristalizada en el artículo 37 del Estatuto Vasco (STC 76/1988 de 26 de abril). Dicho precepto se configura como garantía de la relación entre las Instituciones Comunes y los Territorios Históricos (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, URIARTE ZULUETA, IBARRA ROBLES y ZURITA LAGUNA, etc.) o en una versión más ambiciosa como mecanismo de integración política en un constitucionalismo útil (HERRERO DE MIÑÓN).

La doctrina de la garantía institucional, tiene su expresión en el Fundamento Jurídico Cuarto de la STC 76/88 de 26 de abril al señalar cómo:

«la garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad preserve la imagen identificable de este régimen foral tradicional. Es este núcleo identificable lo que se asegura, siendo, pues, a este último aplicables los términos de nuestra STC 32/1981 de 8 de Julio, cuando declaraba que, por definición la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (F.J. 3º). Todo ello en el bien entendido que esa garantía— referida a los Territorios Forales—, si bien no especifica exhaustivamente las competencias históricas que protege (esto es, un haz determinado de competencias concretas) si alcanza,

---

(125) Entre otras la SSTS de 28 de octubre de 1995 y la de 7 de abril de 1997.

como mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos (...). *Dentro de estos límites, es al proceso de actualización previsto en la Disposición Adicional Primera C.E. al que corresponde precisar cuál es el contenido concreto que, en el nuevo marco constitucional y estatutario, se da al régimen foral de cada uno de los territorios históricos, garantizado por la C.E.»*

**5.** En el orden competencial es título específico de determinadas competencias, así las de carácter financiero —el régimen de concierto— las de policía, y enseñanza. Recientemente la STS de 27 de mayo de 2008 (r.c. 2648/2006) compendia esta doble función:

el referido reconocimiento expreso de los derechos históricos y de su actualización que se realiza en la Disposición Adicional Primera de la Norma Fundamental, y que ha servido, de una parte al Tribunal Constitucional para que, en sentencia 76/1988, de 26 de abril, al pronunciarse sobre la Ley de Territorios Históricos, acogiera la tesis de la foralidad como institución garantizada por la Norma Fundamental; y, de otra, a esta Sala para que reconociera las potestades normativas de las Instituciones de los Territorios Históricos en el ámbito tributario (SSTS de 20 y 27 de noviembre de 1999, 24 de enero de 2000).

## 2. El caso navarro

**1.** Escribía John Stuart Mill, en *Del Gobierno representativo*, que: «*nadie puede dudar de que no sea más ventajoso para un bretón o para un vasco de la Navarra francesa ser arrastrado en la corriente de ideas y de sentimientos de un pueblo altamente civilizado y culto— ser miembro de la nacionalidad francesa, todos los privilegios de un ciudadano francés y de la dignidad y prestigio del poder francés, que vivir adheridos a sus rocas, restos semisalvajes de los tiempos pasados, girando sin cesar en su estrecha órbita intelectual, sin participar ni interesarse en el movimiento general el mundo*» (126). En el resto de las merindades de ultrapuertos —vista allende los pirineos— sobre esas rocas se ha edificado la institución foral.

El caso navarro es sumamente ilustrativo por dos motivos concurrentes. En primer lugar la Adicional Primera de la Constitución Española de

---

(126) MILL (1985), p. 185.

1978 —y la siempre vívida discusión sobre la Disposición Transitoria Cuarta— se invoca como título que ha permitido una denominada «*actualización total o parcial*» del régimen jurídico privativo navarro y su transformación en una Comunidad Autónoma de régimen especial.

Con cierta *sorna ribera* podíamos apuntar que se ha cumplido el vaticinio de Don Justo GARRÁN Y MOSO cuando en 1935, en su conocido y citado libro «*El sistema foral*», ya advertía que estas cosas del sufragio universal (hijo *jacobino* y *marxista* lo tildará) y los estatutos «*nacionalistas quieren utilizar las aficiones forales para imponer modelos parlamentarios*», ajenos a la tradición foral (127).

Nunca hubiere imaginado aquel, que vigente ese pecaminoso sufragio universal, se utilizara nuevamente, la afición foral para *amejorar el fuero* instaurando un modelo autonómico, pero sin *cauce expreso* constitucional ni *pacto previo*, sin que fuere sometido al cuerpo electoral de la *nación navarra*, que diría el Padre ISLA, y con la argamasa de restos de ese *foralismo navarro antisufragista* (128).

Menos hubiere imaginado que, a salvo TOMÁS Y VALIENTE, pocas voces manifestaran su duda constitucional ante la actualización general del régimen foral navarro, y apostillara *quizá pudiera especulativamente dudarse de la escrupulosa constitucionalidad del peculiar acceso de Navarra a su actual régimen autonómico*» (129).

Es ciertamente ilustrativo por cuanto lo ha hecho sin ajustarse a ninguno de los procedimientos de acceso al régimen autonómico previsto en la CE de 1978 (STC de 6 de febrero de 1984, de 25 de abril y de 3 de mayo de 1988). No deja de ser una paradoja casi olvidada, que esa vía de actualización foral fuere hija de una enmienda del grupo vasco en el Congreso, y no encontrara otro eco que la actitud silente de la representación navarra (130).

Por otra parte, la Adicional Primera en el discurso foralista navarro permite entroncar y encauzar determinada construcción sobre el «*pacto*

---

(127) GARRÁN Y MOSO (1935), p. 126.

(128) Este proceso ha sido analizado minuciosamente por BARAIBAR ETXEBARRIA (2004) e IZU BELLOSO (2001).

(129) TOMÁS Y VALIENTE (1985) pp. 156-157.

(130) RAZQUIN LIZARRAGA (1992), pp. 152 y 22. y 170 y ss.

*foral*» entre el Estado y el *Reyno que devino en provincia* como relación jurídica pública de la unión de Navarra y el Estado (131).

**2.** La construcción de esa imagen foral es parte consustancial de ese *lieu de mémoire* navarro administrado por esos nuevos *clérigos forales* en la acepción de Julien BENDA (132). La historiografía española, en ese sentido, ha utilizado, por razones *coterráneas* y *coetáneas* más constitucionales que históricas, un determinado canon interpretativo de la construcción del imaginario vascongado y en menor medida del navarro.

En el caso navarro se da la paradoja política y simbólica que ese mismo «*constructum*» se va afianzando en las postrimerías del franquismo en el que se da un fenómeno aparentemente contradictorio; por una parte se recobran algunos discursos sobre los *derechos históricos* de Navarra que serían límite indisponible de la reforma *político-constitucional*, que reproducen los que periódicamente se escuchan en el *viejo reyno* cuando se palpa el advenimiento de algún régimen constitucional.

Hay un determinado lenguaje foral que permanece, aquel que le permitía decir, por ejemplo, al Diputado por Vizcaya Marcelino OREJA ELÓ-SEGUI, que «*nuestro derecho a la autonomía es muy anterior a la constitución del Estado español*» (133). Por otra parte la «*rigidez flexible*» del régimen foral permite no solo su *mutación normativa* sino que la clerecía foral —*hija del peso gótico*— administre desde el discurso *neoforal*, los oficios públicos forales, marchando las primeras, una vez más, por la senda constitucional de 1978 (134).

**4.** Si retrocedemos en el tiempo, hay algunos actos legislativos que van encaminados a crear esa lógica de la excepción que exige «*pactar*» o «*paccionar*» normas relativas a derechos civiles e incluso políticos, para su aplicación ordinaria en las merindades navarras.

---

(131) RODRÍGUEZ GARRAZA (1968) analiza el conflicto entre la unificación *político-administrativa* del gobierno español y la construcción de un régimen foral autónomo como mutación del sistema del antiguo régimen. En ese sentido los apuntes de BUSAALL (2005) y de DE EGIBAR URRUTIA (2005) son de interés.

(132) Sobre la construcción de ese *lieu de mémoire* LEONÉ PUNCEL (2005) especialmente pp. 238 y ss. JIMENO ARANGUREN (2008 y 2008 a), SÁNCHEZ-PRieto y NIEVA ZARDOYA (2004) y SÁNCHEZ-PRieto (2008).

(133) Intervención en un acto político en Guernica que recoge MUGARZA MECOLALDE (1974),

(134) El concepto de clerecía descansa en BENDA (1927).

Se emplean dos fórmulas o cláusulas singulares y de éxito. La primera, propia de técnica legislativa, es que la disposición se presenta como norma de artículo único que recoge el auténtico cuerpo jurídico acordado. La segunda refuerza el carácter «*paccionado*» al obligar al acuerdo previo con la Diputación Foral tanto para aplicar la norma cuanto para modificar el derecho privativo navarro.

Así en el caso de la Ley 1/1973 de 1 de Marzo de la Jefatura del Estado por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (135), su artículo único responde al primer tipo y «*reconoce como vigente el derecho civil foral de Navarra que a continuación se transcribe que queda aprobado y entrará a regir como Compilación del Derecho Civil de Navarra*», y la Disposición Final Primera acorde con el segundo tipo de cláusulas, consagraba que para «*cualquier modificación o alteración de la vigencia total o parcial de esta Compilación será necesario nuevo convenio previo con la Diputación Foral al efecto de su ulterior formalización*» (136).

Ambas cláusulas o fórmulas permiten presentar, a los ojos de determinada doctrina, la citada Ley 1/1973 de 1 de marzo como *Ley paccionada* formalizada directamente entre la Jefatura del Estado y la Diputación Navarra (137).

Ese lenguaje *pretendidamente pacticio* que construye simbólicamente el imaginario «*foral navarro*», tan caro a ciertas *corrientes tradicionalistas*, tiene su octava y sus novenas, en dos aspectos de enorme relevancia en tierras de matriarcado vasco: la licencia marital y la mayoría de edad, o el «*huevo y el fuero*», o viceversa.

Respecto a la primera y bajo esa «*veste paccionada*» se aprueba el Decreto-Ley 16/75 de 26 de diciembre de modificación de determinadas leyes de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, relativo entre otras cuestiones, a la supresión de la licencia marital modificada en el Código Civil. La justificación de la norma es significativa:

---

(135) Se dicta con arreglo a la prerrogativa atribuida al Jefe del Estado —en cuanto titular en el sentido *schmittiano* del auténtico poder soberano— y que preserva la Disposición Transitoria Primera de la LOE de 1967, permite aprobar, a iniciativa de la Diputación Foral, el texto de la compilación del Derecho civil foral de Navarra por la Ley 1/1973 de 1 de marzo.

(136) Precepto que fue suprimido por el artículo 3 de la Ley Foral 5/1997 de 1 de abril.

(137) Véase, por todos, SARDINA PARAMO (1979), pp. 218 y ss.

«el derecho histórico de Navarra, fielmente recogido en su Compilación de derecho privado fue siempre favorable en comparación con otros ordenamientos más restrictivos a reconocer la capacidad de la mujer casada. Ya la Ley Cincuenta y siete de la Compilación hacía varias excepciones a la exigencia de la licencia marital pero las más recientes corrientes doctrinales y legislativas que han llevado a modificar también en este mismo sentido el Código Civil no deben dejar indiferente al Derecho navarro, habida cuenta de que la reforma del Derecho general no puede sin más tener aplicación en Navarra».

De modo que con este «*amejoramiento del Fuero*» —*para usar la expresión tradicional— el Derecho navarro, exento de particularismos injustificados, vuelve a mostrarse congruente con su historia y con las exigencias de los tiempos modernos*» (138).

Respecto a la segunda, la fijación de la mayoría de edad, conjunción de derechos políticos y civiles en el sentido hegeliano del término, ese imaginario se refleja en el «*espejo foral*». Así el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, fijaba la mayoría de edad en los 18 años. Esta disposición cristalizaba los dos lenguajes que respecto a la concepción foral mantenía el legislador orgánico. En relación con la *foralidad aragonesa* se modificaban directamente los artículos 6, 27 y 99.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón aprobada por la Ley 15/1967 de 8 de abril.

En relación con la navarra, sin embargo, se abandona el cuerpo del articulado y se acudía a la sempiterna adicional, una vez más, la segunda, y se establecía, en «*tono tan imperativo como respetuoso*» a juicio de GAYA SICILIA, que «*para modificar la Compilación del Derecho Civil Especial de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra en el ámbito que le es propio, se procederá conforme a lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley 1/1973, de 1 de marzo*».

Siguiendo el *espejo paccionado*, se publica en el mes siguiente, el RD-Ley 38/1978 de 5 de diciembre, que incorpora ambas cláusulas: se modifica de acuerdo con la Diputación Foral de Navarra y se reconoce como derecho vigente el texto «*acordado*» de la Ley 50 (*Capacidad*) del llamado Fuero Nuevo de Navarra (139).

---

(138) Sobre esa «*fidelidad*» del «Fuero Navarro» al derecho histórico navarro, son de gran lucidez las observaciones de ARECHEDERRA ARANZADI (1991).

(139) GAYA SICILIA (1989), p. 148. Fenómeno que, *mutatis mutandis*, en el ámbito de los ordenamientos civiles común y foral, se había producido en la Segunda República. Como pone

Con estos y otros precedentes no ha de extrañarnos que con motivo de la reinstauración en el régimen general del divorcio por la Ley 30/81 de 7 de julio por el que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación divorcio, se alzaran determinadas voces en la doctrina iusprivatista —por no decir «*voces de salida*» de carácter político— que sostenían que la reforma era *un contrafuero* en su forma y fondo, por lo que no era de aplicación en Navarra, convirtiéndose ésta en una *arcadia, ínsula o relicario foral* que *preservaba y reservaba la institución del matrimonio canónico civilizado* (140).

**3.** Invocar la doctrina del *pactismo jurídico* en Navarra tiene, sin embargo, política y simbólicamente una función *quietista*. El *escalpelo del normativismo* constitucional decae en el caso navarro. Se cambia la herramienta. Se dirá que la soberanía invocada, lo es *conforme a fuero*, por ende *extra constitutione*. Había advertido Jean BODIN, que el *medio que se sirvió Fernando de Aragón para quitar el Reino de Navarra a Pedro de Albret fue persuadirle para que se mantuviese neutral entre él y el Rey de Francia, con el propósito de que se viese desasistido cuando precisase ayuda. El camino de la neutralidad de la «soberanía foral», neque amicos parat, neque inimicos tollis* (141)».

Si el *iure retentionis navarrae* con motivo de la conquista de Navarra, según reseña el historiador portugués Martim DE ALBURQUERQUE, sirviera de argumento sobre la *soberanía bodiniana* en el siglo XVI (142), el lenguaje del fuerismo y foralismo navarro del Siglo XIX y XX adoptará

---

de manifiesto GAYA SICILIA (1989), pp. 145-154, en el año 1935 nos encontrábamos con este panorama relativo a la mayoría de edad, presupuesto y condicionante de la validez y eficacia del contrato, que con arreglo al derecho foral aragonés se situaba en los 20 años, la Ley catalana de mayoría y habilitación de edad de 8 de enero de 1934 la había fijado en 21 años, el artículo 329 del C, la fijaba en los 23 años, en Navarra, se reconocía la existencia de una «*costumbre contra ley a cuyo tenor la mayoría de edad se alcanzaba a los 23 años*», mientras que el Código de Comercio la fijaba en 25 años y en el orden político la capacidad electoral se iniciaba a los 23 años.

(140) El *décalage* de la legislación especial foral, sin embargo, se produce en otros casos cuando la legislación de beneficencia o de seguridad social modifica e iguala el régimen de prestaciones sociales sin perjuicio del vínculo contractual o institucional existente, ESPADA MALLORQUÍN (2009), pp. 95 y ss, 137 y ss. en relación, por ejemplo, de los beneficiarios de seguros en el caso de las denominadas «*parejas de hecho*».

(141) Jean BODIN (1575, 2006), p. 250.

(142) Martim de ALBURQUERQUE (1978), pp. 97 y ss.

la huella dejada en ese intuitivo rechazo de esa noción de soberanía, que bien valdrá también, como con Enrique IV una misa (143).

Ese rechazo a un *concepto casi pagano* en algunos tratadistas encuentra, sin embargo, eco con variantes distintas, en el *ámbito decisionista* desde el absolutismo monárquico a la constitución normativa, en este caso, acogándose la *doctrina pacticia* del fuero y su vinculación con el ordenamiento jurídico español —*suprema auctoritas*—.

Mas la aplicación de esos conceptos políticos no hacía tremolar la propia *unidad normativa* de la Corona o del Estado, entendida, convenría recordar, como «*suprema auctoritas*» pero no como «*suzerain*». ¿Polémica sólo barroca? En ciertas corrientes del pensamiento *foralista* el discurso y la narración del derecho reconstruye una relación y unas normas pacticias (*sunt leges pactionate*) entre el Estado y Navarra, como advirtiera José ALONSO, amén de autor de una conocida *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra (1848-1849)*, y de un conocido comentario sobre la Ley de 1841 publicado en 1848, que fuere utilizado con la obra de YANGUAS Y MIRANDA, *Manual para el Gobierno de los Ayuntamientos de Navarra (1846)*.

Conviene precisar, además, que en esa corriente de pensamiento *fuerista y/o foralista* navarro, suele ser preterida en los estudios sobre la cuestión vasca, dado que, al parecer, sus tesis no perturban la quietud estatal o como puso de manifiesto LACASTA ZABALZA, sirven para poner de manifiesto el enteco conocimiento del pensamiento fuerista navarro entre la «*intelligentsia*» *jacobina* y *jacobita* hispana.

Las tesis del *pacto político* tan caras a Serafín OLAVE, se presentan en la literatura fuerista y/o foralista Navarra con dos alcances diversos a lo largo del Siglo XIX, XX y en nuestros días (144).

Una corriente doctrinal que sitúa ese *pacto político en lenguaje consuetudinal* y aquella otra que lo encuadra en *lenguaje foral subordinado*

---

(143) Y no solo con la conquista de la Navarra Peninsular. Piénsese en la construcción de *Cono Superantius Vasco* expuesta bajo el seudónimo de STEPHANUS JUNIUS BRUTUS (2008), publicada en 1580, y que pone de manifiesto en pleno conflicto hugonote la reformulación sobre el principio de soberanía de los monarcómacos y Enrique IV de Navarra. Sobre la correspondencia de *Cono Superantius Vasco* con Enrique IV, Hugues DAUSSY (2002), p. 248, que reitera MELLET (2007), p. 120.

(144) OLAVE Y DIEZ, Serafín (1878).

*al constitucional* (145). En el caso vascongado esa corriente será preponderantemente «*constitucional*» mientras que en el caso navarro hay una mayor presencia del lenguaje del *pacto foral*. En el primer caso los sujetos políticos entran en concurrencia sobre el *espacio de la excepción soberana* de la delimitación del *nomos*, en el segundo no se discute el sujeto político sino que la excepción foral se presenta, en *derecho legendario*, como un género de *derecho retenido* protegido y acomodado en el cuerpo político, fuere constitucional o no.

Ese discurso se ve reforzado con la invocación de la Adicional Primera que permite, por utilizar la expresión del *Proyecto de Constitución de Navarra* redactado en Tudela (1883), «*según el espíritu de los antiguos fueros acomodados a las formas modernas*», articular en la doctrina navarra en forma de pacto entre el Estado y Navarra, y como si fuere un tracto ordinario y consecuente de cuerpos políticos diversos, actualizar total o parcialmente su régimen jurídico privativo.

De ese modo, la Adicional Primera de la Constitución juega, materialmente, en el caso navarro como un «*derecho retenido*» que permite explicar cuando no justificar la vía dudosa de su transformación en comunidad autónoma *uniprovincial atque foral* (146).

Manifestación de esa concepción —y pensada en buena medida como límite al legislador según fuere el tempero constitucional— es la recepción del concepto de «*ley paccionada*», como apuntara LEGAZ LACAMBRA en su *Prólogo* a la traducción de la obra de C. STARCK, «*El concepto de la Ley en la constitución Alemana*». Reconocía el *iusfilosofo* español que la Adicional Primera abría «la posibilidad a una forma de ley que sería la ley paccionada, a la que la Constitución no hace referencia expresa por que deja imprecisa la forma en que se actualizan en el «*marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*. Ese concepto, que encontrará eco en voces administrativistas como la de LÓPEZ RODÓ (147).

---

(145) Con algunas limitaciones debido al canon interpretativo prefijado como libro de tesis la interpretación sobre el doble constitucionalismo propuesta por PORTILLO VALDÉS (2006), pp. 13. y ss. y 31 y ss. aporta reflexiones de interés, reformulando aportaciones anteriores (1991).

(146) Así el artículo 45 de la LORAFNA establece en su ap. 4º que «*Dada la naturaleza paccionada de los Convenios Económicos, una vez suscritos por el Gobierno de la Nación y la Diputación, serán sometidos al Parlamento Foral y a las Cortes Generales para su aprobación mediante Ley ordinaria*». A este respecto la doctrina de la STC 179/89 de 2 de noviembre.

(147) LÓPEZ RODÓ (1981) p.147.

Sin embargo este concepto de *norma paccionada* reaparece cuando la doctrina española analiza la posición institucional del Estatuto de Autonomía dentro del sistema de fuentes o de los poderes normativos (148). La consideración de los estatutos de autonomía como normas paccionadas, «*fruto de la coparticipación de dos voluntades o un acto complejo*» no es ajena a esta institución (149).

4. La interpretación de la doctrina administrativa de esta adicional primera de la Constitución —y una subordinada categoría de los derechos históricos— se refleja como en nuevo *speculum iuris* en la obra ya clásica del *Curso de Derecho Administrativo* de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Se preguntaban en la segunda edición de 1975, que cuenta con tres reimpresiones en 1977, 1978 y 1979, sobre la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la categoría de *leyes paccionadas*, entendiendo por tales aquellas que expresan un verdadero pacto entre el Estado y una instancia extraña al mismo, por lo que requerirían para su «*modificación o derogación una actuación conjunta entre las dos partes que la configuraron*». Tras analizar la aplicación de esta categoría a los fueros de Navarra y de modo singular en el caso de la Ley de Jefatura de Estado de 1 de marzo de 1973 por la que se aprobaba la Compilación de Derecho Civil de Navarra, concluían: «*no existe, en resolución, la pretendida categoría de las leyes paccionadas*», dado que el «*pacto requiere un sujeto que pacte y el poder legislativo no está personalizado ni es un órgano tampoco de ningún sujeto místico-transpersonal a quien llamaríamos Estado; el poder legislativo es la expresión de la comunidad, del pueblo (a través de unas u otras técnicas de representación política) y la libertad del pueblo para ir conformando abierta y originariamente su futuro no puede ser jurídicamente alienada ni por tanto pactada con nadie*» (150).

La tercera edición de 1981, dada la nueva situación generada por la instauración del régimen autonómico, se detiene en el análisis de la posi-

---

(148) Una crítica a esta naturaleza *pretendidamente paccionada* de los estatutos fundada en las especialidades procedimentales en la aprobación de los mismos, expuesta al comentar la cuestión del Condado de Treviño —historia señorial *versus* voluntad cívica— en DíEZ PICAZO (1987), p. 165.

(149) RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (1989), pp. 470 y ss que recoge las diversas opiniones doctrinales en su trabajo sobre los fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero.

(150) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1978), p. 97

ción jurídica de los Estatutos de Autonomía, conviniendo que se trataba de leyes estatales «cuya naturaleza de tales no llega a ser afectada en absoluto por las peculiaridades de orden procedimental», si bien cabía apreciar en el procedimiento más complejo de los artículos 151 y 152 de la Constitución un «cierto matiz paccionado» o un «aliento consensual» (151).

En la quinta, sexta y séptima edición (1989, 1993, 1995) los *derechos históricos* se recuperan al estudiar las relaciones de integración entre los dos ordenamientos, en lo concerniente a la cláusula de suplencia general del derecho del Estado, y se incluye una específica referencia a los ordenamientos forales. En este caso, la Adicional Primera tiene un componente simbólico —promover el *arreglo foral*— y otros de carácter estatutario. Para el caso navarro en cuanto que ha permitido el acceso a su condición de comunidad autónoma por un procedimiento singular y en lo que se refiere a la Comunidad Autónoma Vasca por cuanto que tales derechos históricos han predeterminado una peculiar arquitectura interna entre las denominadas Instituciones comunes y los territorios históricos, estableciéndose un tipo especial de reglamento autónomo para las disposiciones generales dictadas por aquellos (152).

Esta interpretación se consolida en las ediciones posteriores hasta la recién horneada y última edición, la decimocuarta de 2008. Se observa, sin embargo, a la luz del nuevo Estatuto de Cataluña aprobado por la LO 6/2006 de 19 de julio, y la STC de 12 de diciembre de 2007 sobre el Estatuto de Valencia, que sin olvidar el *componente paccionado* en lo relativo al procedimiento de aprobación y reforma estatutario, obliga a redefinir una verdadera superioridad de rango de los Estatutos sobre las leyes a pesar de la dicción del artículo 28.1 de la LOTC (153).

Una senda pareja que hollara MUÑOZ MACHADO en su *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* al sostener que no era desproporcionado calificar al Estatuto de Autonomía como «*norma paccionada*» (154).

**5.** ¿Podemos entender que la pregunta sobre la existencia de *normas paccionadas* en nuestro ordenamiento se ha desplazado del contenido al

---

(151) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1981), p. 263 y 264.

(152) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1989), pp. 364 y ss. (1993) pp. 343-347. (1995), pp. 343-347.

(153) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008), pp. 293-299.

(154) MUÑOZ MACHADO ( )

procedimiento? De algún modo el encaje doctrinal de la LORAFNA, entre esas normas de naturaleza paccionada (155), ¿obliga a mudar o flexibilizar las categorías de modo que la *cláusula pacticia* permita en Navarra lo que proscribe en la Comunidad Autónoma Vasca?

De alguna manera la Adicional Primera o, si se estima más adecuado, la «*cuestión foral Navarra*» —entendida como proscripción de una comunidad autónoma común a las cuatro provincias forales— permite, al modo de una cierta *convención constitucional*, utilizar categorías *decisionistas* y *normativas* más dúctiles y flexibles, que por una parte han permitido explicar el acceso de Navarra a la condición de comunidad autónoma singular mediante un procedimiento ajeno a la Constitución Española de 1978 y por otra parte reforzar un «*imaginario foral*», una «reintegración foral» encarnada en el cuerpo político del Estado autonómico (156).

Pero la acepción ha dado el salto de la doctrina científica a la doctrina legal. Con toda crudeza lo expuso LUCAS MURILLO:

Los ejemplos más significativos de la bilateralidad y del pacto son el Concierto Económico y el Convenio navarro. Asimismo, la apelación al carácter paccionado de la Ley de 1841, ha servido para exceptuar a la LORAFNA (artículo 71.2) de los procedimientos de elaboración de los estatutos previstos en el Título VIII CE, sin que el Tribunal Constitucional se haya decidido a cuestionar directamente tan peculiar fórmula (STC 16/1984, FJ 1). En mi opinión, la única explicación posible a esa aceptación tácita de una nueva salvedad o excepción constitucional es, precisamente, la llamada a la actualización de los derechos históricos de la Disposición Adicional Primera que no sólo supondría, según se ha avanzado, la recuperación debidamente adecuada al marco constitucional de instituciones e institutos jurídicos del pasado, sino también, de la forma de relación jurídico-institucional, basada en el acuerdo y el pacto entre los órganos estatales y los de los territorios forales que dio cobertura a la formación de dichos derechos.

La concepción de los Estatutos de Autonomía como normas paccionadas no empece para tildar así las diversas expresiones de los «*derechos históricos*» u *originarios* de las provincias que fueron unidas, ha creado un canon interpretativo en la doctrina legal tanto del Concierto

---

(155) Por todos COSCULLUELA MUNTANER (1992), pp. 271-291.

(156) Sin perjuicio que el caso navarro se utilice como argumento *a fortiori* para explicar otros aparentes supuestos en el caso de las leyes y acuerdos con las confesiones religiosas, BRETAL VÁZQUEZ (1993).

Económico cuanto del Convenio Económico o en otras manifestaciones del régimen foral privativo (157).

### III. ¿UNA SEGUNDA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS? ¿DE VASCONIA A OTRAS COMUNIDADES?

**1.** La cuestión de los *derechos históricos* o de la legitimación histórica ha reverdecido en el campo abonado de la reforma estatutaria (158). Aun cuando buena parte de la doctrina constitucionalista había limitado el ámbito de aplicación de la Adicional Primera de la Constitución a las *cuatro provincias unidas o forales* constituidas en una comunidad autónoma «*constitucional*» y en una comunidad autónoma «*foral*» por lo que hemos apuntado anteriormente, la invocación, simbólica o con vocación competencial, de los derechos históricos por otras Comunidades Autónomas ha tomado carta de naturaleza (159).

**2.** Con arreglo a la doctrina constitucional conocida es preciso que los Estatutos de Autonomía incorporen una cláusula de salvedad del derecho histórico para que pueda ser invocada (STC 214/89 de 21 de diciembre).

**3.** Las reformas estatutarias emprendidas han tenido dos referentes significativos, que vienen a dotar de cierta *corporeidad*, algunos de los problemas puestos de manifiesto por la doctrina sobre la inexistencia de un auténtico *poder constituyente*. La descripción de Javier PÉREZ ROYO sobre el origen de la estructura del Estado español, que descansa en la división y complementariedad *del proceso constituyente y del estatuyente*, recobra su virtualidad (160).

De ahí que algunos sectores doctrinales hayan sostenido y pretendido que las reformas estatutarias en curso —singularmente la del Estatuto de

---

(157) Cfr: STS de 30 de septiembre de 1995, STS de 7 de marzo de 1997, STS de 20 de noviembre de 1999, STS de 4 de diciembre de 1999, STS de 15 de abril de 2002, STS de 19 de diciembre de 2003, STS de 9 de julio de 2007, STS de 27 de mayo de 2008.

(158) Una visión crítica de este «*revival*» en TUDELA ARANDA (2007), PEMÁN GAVÍN (2006) y SAIZ ARNAIZ (2006).

(159) SAIZ ARNAIZ (2006), pp. 87 y ss. LAPORTA (2006), pp. 12 y ss.; REY MARTÍNEZ (2004), pp. 111 y ss. entiende que la Adicional Primera no puede dar cobertura a la invocación de las «*historias*» de otras Comunidades Autónomas que no sea la vascongada y la Navarra.

(160) PÉREZ ROYO (1994) pp. 642 y 649.

Cataluña— constituían una reforma constitucional encubierta del «*modelo de estado*» (161).

Empero, esa *interpretación monista* suele olvidar que los primeros estatutos de autonomía, supusieron, según otras voces autorizadas, una *mutación constitucional tácita o a una cierta convención constitucional* sobre la definición del modelo de estructura territorial inexistente en el Título VIII de la Constitución. Convención constitucional que en el caso navarro se torna más evidente.

**4.** En ese orden de cosas la incorporación en el articulado de los nuevos estatutos de la invocación de los *derechos históricos u originarios* como «*derechos reservados o retenidos*», adquiere una especial relevancia como instrumento de *autolimitación del Estado* (162).

Ciertamente puede apreciarse un cierto *articulado de jactancia comparativa* en algunas reformas estatutarias, tanto de orden simbólico cuanto competencial (*derechos históricos, carta de derechos prestacionales, competencias sobre determinadas materias* —aguas—, etc.) (163).

---

(161) Véase la argumentación de los recurrentes en amparo contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 2005, por el que se calificó la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña presentada por el Parlamento de Cataluña como Propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía, se admitió a trámite y se acordó tramitarla por el procedimiento establecido en el apartado II de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 1993, sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía, así como contra el Acuerdo de 25 de octubre de 2005, por el que se desestimó la solicitud de reconsideración contra el anterior Acuerdo de 18 de octubre de 2005, que fuere inadmitido por el Auto de 15 de marzo de 2006 del Tribunal Constitucional.

(162) En la expresión empleada en el voto particular del Magistrado del TC Sr. Gay Montalvo a la STC 96/2002 de 25 de abril. La STS de 5 de octubre de 1990 al analizar un orden más concreto, cual era el sometimiento o no al régimen de impugnación de los actos locales por las administraciones provinciales vascas, se señalaba: *Lo mismo puede decirse de la invocación de la disposición adicional 1.ª de la Constitución que se limita a amparar y respetar los derechos históricos de los territorios forales, añadiendo que la actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, ya que la discusión parlamentaria pone de manifiesto que el origen de la mencionada disposición se produjo respecto del principio de soberanía y en el presente caso no nos hallamos ante uno de tales derechos históricos que afecte a la libertad e independencia del pueblo vasco, sino ante la posibilidad de que los Acuerdos de los Ayuntamientos en materia económico-fiscal puedan o no ser fiscalizados por los Órganos de la propia Administración, o deban seguir el régimen de los restantes municipios del Estado, lo que no puede elevarse al rango de derechos históricos de los mencionados en la disposición adicional 1.ª de la Constitución*

(163) Sobre la cuestión de las aguas en los nuevos estatutos, GARRORENA MORALES y FANLO LORAS (2008).

**5.** Aun cuando la incorporación de los derechos históricos al debate estatuyente es tardía, como apunta LASAGABASTER HERRARTE, se recoge bajo diversas fórmulas (164). Así el artículo 5º del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la redacción de la lengua propia, establece que:

«L'autogovern de Catalunya es fonamenta també en els drets històrics del poble català, en les seves institucions seculares i en la tradició jurídica catalana, que aquest Estatut incorpora i actualitza a l'empara de l'article 2, la disposició transitòria segona i altres preceptes de la Constitució, dels quals deriva el reconeixement d'una posició singular de la Generalitat amb relació al dret civil, la llengua, la cultura, la projecció d'aquestes en l'àmbit educatiu, i el sistema institucional en què s'organitza la Generalitat» (165).

En el Proyecto de Estatuto la invocación de los derechos históricos tenía una función clara: el «*blindaje*» de competencias y la consolidación —al modo vasconavarro— de una cierta *asimetría competencial* (STC 214/1989, de 21 de diciembre, y 140/1990, de 20 de septiembre). De modo sucinto Marc MARSAL ha descrito todo el proceso:

«Inicialmente, el proyecto de Estatuto contenía una actualización de los derechos históricos de acuerdo con la disposición adicional primera CE, con la determinación de las competencias que amparaban, como técnica para blindarlas y, además, justificar un tratamiento singular (asimétrico si se quiere) en relación con las demás comunidades autónomas. Sin embargo, con posterioridad a la emisión del dictamen del Consejo Consultivo (Dictamen núm. 269, de 1 de septiembre de 2005), estos derechos históricos no amparan competencias, aunque sí se actualizan al amparo del artículo 2 y la disposición transitoria segunda de la CE y fundamentan una posición singular de la Generalitat en derecho civil, educación, cultura, lengua y sistema institucional en que se organiza la Generalitat» (166).

En el caso catalán, además, esa vocación de *inmarcesibilidad garantista* se manifiesta en la extensa descripción desagregada del haz de facultades de las competencias autonómicas en el articulado estatutario. Tal vez esa vocación de exhaustividad sea, en caso de conflicto, una rémora más que una garantía competencial (167).

---

(164) LASAGABASTER HERRARTE (2005), pp. 34 y ss.

(165) Una crítica a la vinculación de este precepto con la adicional primera en SAIZ ARNAIZ (2006), pp. 122-128, que sirve de guía a TUDELA ARANDA (2007) pp. 168 y ss.

(166) MARSAL, Marc (2005).

(167) TORNOS MAS (2008).

6. Siguiendo esa *legislación de jactancia* el reformado Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por la LO 5/2007, de 20 de abril, introduce una nueva Adicional Tercera, en el que a imitación de los casos vascongado y navarro, establece que:

«La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución».

Extensión por tanto de la cláusula de salvedad de los derechos históricos al amparo de la Adicional Primera de la Constitución, siguiendo en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional a la que antes habíamos hecho referencia, toda invocación de los derechos históricos exige una previa recepción estatutaria.

#### IV. LA INVOCACIÓN DE LOS DERECHOS FORALES O HISTÓRICOS COMO TÉCNICA DE SALVAGUARDA COMPETENCIAL

1. El núcleo de esos «derechos retenidos» (*históricos, forales u originarios*) se integra de modo especular en el ordenamiento jurídico común como un territorio, un *nomos de excepción o de salvedad*, mediante su introducción, a lo largo del último tercio del siglo XIX, durante el siglo XIX bajo diversos regímenes políticos, hasta nuestro días. Este tipo de *cláusulas de salvedad o de excepción foral* no solo se manifiesta en el orden constitucional en la Adicional Primera, sino que son habituales en el período franquista —bien que limitadas a Navarra y en menor medida a Álava— y se recuperan en el período autonómico tanto en la legislación del Estado cuanto en la legislación autonómica (168). Esa es una de las principales novedades, que esa *cláusula de salvedad* no sólo funciona en las relaciones entre las provincias forales y el Estado sino además, entre aquellas y la propia Comunidad Autónoma Vasca.

2. Los diversos tratadistas del régimen concertado vasconavarro eran conscientes de ese modo de proceder. Una aguda descripción nos la ofrece

---

(168) Para el caso de los Convenios Navarros de 1941 y 1969, y los conflictos entre algunas de las familias del régimen, MIRANDA, ILUNDAIN, BALDUZ (2003) pp. 23 y ss. y 43-131,

en el primer tercio del siglo XIX, José María de ESTECHA Y MARTÍNEZ, quien apuntaba, «desaparecidas las diputaciones forales vascongadas después de haberse negado a cooperar á la ejecución de la ley abolitoria y constituida las provinciales con sujeción á los preceptos generales de las del resto de la Nación, la espera de acción en que éstas se desenvuelven les impedía el realizar cerca del Gobierno gestión de ninguna clase que implicara reforma del sistema foral», la puesta en funcionamiento del nuevo sistema concertado:

«que si las Diputaciones Vascongadas habían de responder al estado del cumplimiento de las bases convenidas era preciso reconocer las atribuciones y otorgar las facultades especiales extraordinarias y amplísimas ya que los medios ordinarios de que disponen las Diputaciones sujetas á la ley general son sumamente limitados, y aunque era de esperar que comprendiéndolo así el Gobierno fijara reglas claras y precisas que determinasen la esfera de competencia dichas Corporaciones, no ha ocurrido nada de esto, sino que el sistema seguido ha sido: 1º usar una fórmula general, muy vaga y confusa, cuál es la de declarar que las Diputaciones Vascongadas tienen facultades especiales en materia económico-administrativas ó la de que continuaran investidas de las que han venido ejerciendo, y 2º decidir en cada caso concreto si el asunto litigioso entra dentro de las atribuciones de las Diputaciones dado su especial régimen», por lo que «careciendo de reglas fijas é invariables de principios fundamentales de donde partir, no podemos a priori enumerar las facultades económico-administrativas atribuidas a las Diputaciones Vascongadas, ni menos señalar su alcance y extensión sino que tenemos necesidad de acudir al medio casuístico, á la jurisprudencia establecida para de hechos particulares sentar la regla general, esto es para poder justificar en su caso ante el poder central que en tal ó cuál materia han venido entendiendo como de su competencia» (169).

El texto de ESTECHA Y MARTÍNEZ (1918) describe el modo de legislar común en relación con las diputaciones vascas, mediante la introducción de la *cláusula de salvedad* o de *excepción foral* del régimen general. Apreciaciones comunes se encuentran en GASCUE (1907), VICARIO Y PEÑA (1909 y 1923) ZABALA Y ALLENDE (1927) y otros comentaristas del régimen concertado.

**3.** Veamos algunos ejemplos casi coetáneos de ESTECHA en relación con la aplicación del Código de la Circulación. Por Decreto de 2 de

---

(169) ESTECHA Y MARTÍNEZ (1918), pp. 6 y 7.

mayo de 1935 (*Gaceta de Madrid* del 3), reiterado por Decreto de 2 de julio de 1935 (*Gaceta* del 4), se declaraba que el *Código de Circulación* de 25 de septiembre de 1934 no era de aplicación en los territorios de las provincias Vascongadas y Navarra, dado que, como argumentaba la extensa exposición de motivos de la disposición el Ministerio de Fomento no

«ha tenido atribuciones, ni tiene actualmente, para intervenir en cuanto se relaciona con el régimen de construcción y conservación y circulación de las carreteras y caminos de las provincias vascongadas y de Navarra, y por tanto, la aplicación del código de circulación, dictado con carácter general a estas provincias no se adapta a la situación legal de las corporaciones de que dependen las vías públicas de aquéllas, regidas de modo especial y privativo que el Gobierno ha venido respetando y por ello se impone el declarar que el Código mencionado no debe tener aplicación en dichos territorios».

Como pone de manifiesto CANO CAMPOS, por ulterior Decreto de 9 de diciembre de 1935 se añadía un nuevo apartado en el que se establecía que quedaban a salvo las facultades «reconocidas a las Diputaciones de Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra» (170).

**4.** Los ejemplos son variados y extensos. No pretendemos confeccionar un breviario de las cláusulas de salvedad, haciendo arqueología normativa, sino poner de manifiesto el mecanismo legislativo (171). Esas cláusulas de salvedad pueden aparecer en el *corpus* articulado o como disposición adicional o final de la norma general. Su contenido varía, en la mayor parte de las ocasiones se presenta como *cláusula de inaplicación* de la misma, en otras se utiliza la fórmula tradicional del «sin perjuicio» (172), y en otras como *cláusula de adaptación* que obliga a la

---

(170) Excepción en la aplicación analizada con profundidad por CANO CAMPOS (1999), pp. 186 y ss.

(171) La competencia sobre carreteras corresponde a los Territorios Históricos, no a las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma es de naturaleza distinta de la que corresponde a otras Comunidades Autónomas, precisamente a causa de los derechos históricos como título competencial específico actualizados por el núm. 34 del art. 10 del Estatuto de Guernica en relación con su art. 37.1 f), en atención a que el régimen foral se encuentra garantizado por la Constitución (SSTC 11/1984, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º, y 76/1988).

(172) Así esa fórmula del sin perjuicio de los regímenes financieros forales de los territorios históricos del País Vasco y Navarra consagrada en la Adicional Segunda de Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública

adecuación posterior del régimen jurídico sustantivo regulado a las peculiaridades del régimen foral (173), que ulteriormente se modulará mediante una norma de interpretación o aplicación «*paccionada*» o mediante convenios de aplicación (174).

**5.** Vienen a consagrar una *vis expansiva* de la cláusula del *orden público jurídico-económico* que salta de la legislación concertista a la legislación ordinaria sectorial. Muestra elocuente son los artículos 14 del RD de 1 de febrero de 1894 (*Gaceta de Madrid* de 7 de febrero de 1894) por el que se aprobaba el Concierto Económico celebrado entre los representantes vascongados y los del Estado y el artículo 15 del RD de 13 de diciembre de 1906 por el que se determinaban las nuevas cuotas contributivas de las provincias vascongadas, que acuña e itera, respectivamente, una cláusula de atribución competencial singular al proclamar que las tres diputaciones vascongadas, «*continuarían investidas así en el orden administrativo como en el económico de todas las atribuciones que vienen ejerciendo*»; fórmula que se reitera entre otras, en la Base 7ª del RD de 9 de junio de 1925 (*Gaceta de Madrid* de 19 de junio) y consecuente artículo 48 del Reglamento del Concierto Económico con las provincias vascongadas aprobado por RD de 24 de diciembre de 1926 (*Gaceta de Madrid* de 28).

Esta técnica legislativa venía, en palabras de GASCÚE, comentarista de los primeros conciertos, a «*dar sanción legal á lo que de hecho ocurría*» (175).

---

y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). En el ámbito urbanístico la Adicional Quinta de la Ley 6/1998 de 13 de abril sobre régimen de suelo y valoraciones.

(173) Véase, para el caso navarro, por ejemplo la Disposición Adicional Octava sobre aplicación en la Comunidad Foral de Navarra de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que establece cómo *Las disposiciones de esta ley orgánica referidas al personal funcionario de carrera perteneciente a los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia se aplicarán en la Comunidad Foral de Navarra en los términos establecidos en el artículo 122 y la disposición adicional primera de la Constitución y en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*.

(174) Entre otros ejemplos, puede consultarse la Disposición Adicional Segunda de la Ley de 27 de diciembre de 1947 de *Ordenación de los transportes mecánicos por carretera* y la Adicional Primera del *Reglamento de Ordenación de los transportes mecánicos por carretera* aprobado por Decreto de 9 de diciembre de 1949 y la Adicional de la Ley de 27 de diciembre de 1947 de coordinación de los transportes mecánicos terrestres, que dará origen a sendos convenios de aplicación de la norma para Alava y Navarra y al Decreto-Ley de 24 de julio por el que se regulaban las facultades de ambas diputaciones en materia de circulación y transporte.

(175) GASCÚE, ob. cit. p. 21.

Directamente engarza con esa atribución de competencias que efectúa el tercer concierto aprobado, la disposición adicional tercera de Ley 12/1981, de 13 de mayo Concierto Económico que considera subsistentes en las Diputaciones Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya las facultades que en el orden económico y administrativo les reconoció el artículo 15 del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906, y que servirán, en algún caso como criterio de determinación de la competencia de carácter histórico en algún pronunciamiento jurisdiccional (176), como es el caso de las emisiones de deuda pública por los territorios forales o por la CAV (177).

**6.** El régimen local ha sido uno de los ámbitos especialmente poblado de este género de *cláusulas de salvedad o de excepción* del régimen jurídico privativo o foral de las provincias vascas. Puede apreciarse ese «*continuum*» recalando, aun cuando sea de modo sencillo, en las diversas disposiciones generales que, desde el Estatuto Municipal de 1924 —llamado

---

(176) Sobre el alcance de esa remisión que además, efectúa la Adicional Tercera de la Ley del Concierto, la STS de 8 de abril de 2002.

(177) La necesidad o no de autorización estatal para la emisión de deuda pública es analizada por el TS en sus Sentencias de 10 de noviembre de 1999 y de 24 de noviembre de 1999, en los siguientes términos: «*Las Administraciones territoriales necesitan de expresas habilitaciones —constitucionales o legales— para ser titulares de poderes jurídicos, de modo que carecen de competencias fuera del marco normativo en que se ha de desenvolver su actividad. En la medida en que la Ley del Concierto —a la que se remite la de Régimen Local no ha reconocido a los Territorios Históricos potestades en materia de emisión de deuda pública (y, menos aún, al margen de la autorización del Estado) la defensa de la existencia de dichas potestades habrá de encontrar otro título legal para justificarla. En este punto del debate podría tener importancia la apelación a la Disposición Adicional Tercera de la Ley del Concierto que, según es bien sabido, deja en vigor las facultades que en el orden económico y administrativo reconoció a los Territorios Históricos el art. 13 del Real Decreto de 13 de diciembre de 1906. Si se demostrara que, efectivamente, aquellos Territorios habían venido ejerciendo la atribución de emitir deuda pública sin la autorización estatal, podría analizarse si esta atribución se integraba entre las que formaban parte de sus «derechos históricos». Habría aun que analizar, en ese caso, si aquella norma, que se dicta en virtud de la actualización general del régimen foral prevista en la Disposición Adicional primera de la Constitución, al declarar subsistentes las facultades reconocidas a las Diputaciones Forales de Álava, Guipúzcoa, y del Señorío de Vizcaya en el orden económico y administrativo, consiente que la competencia debatida se ejercite con independencia de la intervención estatal, para lo cual sería necesario interpretar el añadido y condicionante «sin perjuicio de las bases a que hace referencia el art. 149.1.19 de la Constitución» que acompaña a la referida actualización. Ocurre, sin embargo, que no se ha llegado a acreditar que la competencia para emitir deuda pública en el sentido ya expresado formara parte de los derechos históricos del Señorío de Vizcaya comprendidos entre las atribuciones que la Diputación Foral venía ejerciendo en 1906». Sobre la misma véase el comentario de ZAFRA VÍCTOR (1992) pp. 289-302. Y la STS de 26 de abril de 2002 (r.c. 1251/95) sobre los límites de la indagación histórica del RD de 1906.*

de CALVO SOTELO— hasta la vigente Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985, y la Ley 57/2003 de 16 de diciembre de medidas para la modernización del Gobierno local, se han ido produciendo (178).

La cláusula de salvedad para el caso navarro se atiende por la Orden de 11 de abril de 1924 en cuyo artículo 1º se declaraba que el Estatuto Municipal regiría en Navarra «*como en las restantes provincias de España en todo lo que se no oponga al régimen establecido por la Ley de 16 de agosto de 1841*», debiendo la Diputación Foral de Navarra, dictar las reglas necesarias para «*armonizar su régimen privativo con la autonomía que el Estatuto concede a todos los Ayuntamientos de la Nación*» (art. 2º) (179).

En caso de la Vasconia occidental, la Orden de 14 de abril de 1924 resolvía también las dudas formuladas sobre su aplicación, declarando que regiría en las «*provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, (...) en todo lo que no se oponga a las especialidades de carácter económico y administrativo que caracteriza el régimen de aquéllas conforme al RD de 13 de diciembre de 1906*», debiendo las diputaciones vascongadas «*oyendo a sus respectivos ayuntamientos*» redactar en el plazo máximo de dos meses, las «*Ordenanzas que han de armonizar su régimen económico-administrativo con la autonomía concedida a todos los Ayuntamientos de la Nación*» (180).

Dando un salto en el tiempo, el artículo 207 de la LRL de 1955, declaraba que todas las provincias tendrían la misma categoría legal en «*cuanto a gobierno, administración y régimen económico, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes*», que establecía dos cláusulas de salvedad foral y una insular (art. 210) (181). El artículo 208 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 advertía que la aplicación de

---

(178) Los problemas de aplicación del Estatuto Municipal en el caso navarro en FUENTE LANGAS (1998), pp. 195 y ss.

(179) *Gaceta de Madrid* de 12 de abril de 1924.

(180) *Gaceta de Madrid* de 15 de abril de 1924.

(181) Cláusula que se extiende en los artículos 410-415 para el caso de Álava y en los artículos 416 a 420 para el navarro en el *Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales* aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952, así como en los artículos 76 (Alava) y 77 (Navarra) del *Reglamento de Población y demarcación territorial de las entidades locales*, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952, o en la Disposición Adicional Tercera del *Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales* de 9 de enero de 1953 común para las dos provincias forales.

los preceptos de l LRL se haría en todo lo «*que no se opongan a las especialidades de carácter económico y administrativo consagrados por las disposiciones que configuran su régimen propio*», en lo que a Álava se refería, y, para el caso navarro, sólo se aplicaría la presente Ley en lo que no se oponga ni al régimen que para su diputación foral y provincial y los municipios navarros establece la Ley de 16 de agosto de 1841» (182).

7. En el actual régimen constitucional este modo de proceder descrito por ESTECHA Y MARTÍNEZ, se reproduce, modulado, por la *interpositio personae* de la Comunidad Autónoma Vasca. Unos ejemplos de enorme relevancia son el artículo 39 y la Adicional Segunda y Tercera de la Ley 7/1985 de 2 de abril (LRBRL) para el caso vascongado y navarro respectivamente (183).

## **V. DE ESTE PRINCIPIO SUBVERSIVO SE DERIVA: LA INVOCACIÓN DE LOS DERECHOS FORALES O HISTÓRICOS COMO SUBSISTEMA TRIBUTARIO**

1. En el *Diccionario de Hacienda con aplicación a España*, publicado por José CANGA ARGUELLES, en la Corte, en 1834, hay una entrada que lleva por nombre *provincias exentas*. Señala:

«Este nombre llevan las de Navarra, Vizcaya, Alava y Guipúzcoa, conocidas también con el de vascongadas porque regidas por fueros particulares no pagan las contribuciones reales que las demás de la península ni están sometidas al sistema general que se reconoce a la nación. Por manera que haciendo parte de la monarquía, sus habitantes disfrutaban en España todos los derechos civiles de los españoles, al paso que estos no gozan en ellas los de los naturales; los cuales no acuden con soldados al ejército, ni con levas á la marina; no sufren el peso de los multiplicados impuestos que satisfacen los demas; pagan una cantidad alzada, que ellos acuerdan como donativo; se imponen los tributos, se los reparten y aplican á los objetos que en junta de provincia reputan convenientes; no tienen aduanas ni estanco de sal, ni papel sellado; ni alcabalas, cientos y millones, ni utensilios ni frutos civiles. Alava, Guipúzcoa y Vizcaya no reconocen otra autoridad real que la del corregidor

---

(182) La consecuente Ley 85/1962 de 24 de diciembre de *Reforma de las Haciendas Locales*, establecía en su Disposición Final Segunda que la misma no sería de aplicación en Álava y Navarra que «*continuarán ateniéndose a su régimen especial*».

(183) COELLO MARTÍN (1997).

de Bilbao y del capitán general de Guipúzcoa. El poder legislativo reside en el cuerpo representante de las parroquias y ante iglesias, y el ejecutivo en el diputado general que estas elijen. Sus funciones duran dos años; y ellos solos examinan su conducta, y la aprueban ó reprueban. Este monstruoso sistema, hace de las referidas provincias una nación estraña dentro de la España, siendo origen de su insubordinación. Se apoya en los fueros o privilegios que, obtenidos en los siglos del desconcierto político, han llegado hasta nuestros días á la merced de la generosidad del Gobierno supremo y de la ignorancia en que hemos estado sobre su naturaleza. Creyese hasta aquí que los fueros, exenciones y libertades no las debía Vizcaya á los monarcas sino á la voluntad del pueblo. Esta persuasión estableció una independencia que desliga esta parte del territorio español de los deberes y nexos sociales que reconocen los demás. De este principio subversivo se deriva...»

Desde los *repartamientos* de las cargas de la Corona, sobre la base de los padrones «forales» tales como los *acopiamientos* en Álava, *fuegos* en Guipúzcoa y *fogueraciones* en Vizcaya, la incorporación de la fiscalidad vasca al «*concierto*» general del Reino, da como resultado una nueva *cláusula de salvedad o excepción* que adquiere carta de naturaleza y se constitucionaliza, como puso de relieve en unas reveladoras monografías el profesor Eduardo ALONSO OLEA (184).

Tras la ley de 12 de julio de 1876 derogatoria de los fueros de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa (185) que extendía a los vascongados los deberes (*pecha y leva*) y los derechos constitucionales, por la Ley de 10 de enero de 1877 sobre la aplicación del artículo 6 se reiteraba la extensión a las *provincias exentas* (186). Entre otras disposiciones de desarrollo, por Real Decreto de 28 de febrero de 1878 se fijaban los cupos de contribuciones que las provincias vascongadas debían satisfacer al tesoro a lo largo de ocho años, razón por la que esta última disposición ha sido identificada como el Primer Concierto Económico (187).

Entre este primer y rudimentario concierto económico al vigente hogaño, se habían dictado cinco conciertos económicos para las provin-

---

(184) ALONSO OLEA (1995 y 1999).

(185) *Gaceta de Madrid* de 25 de julio de 1876. Desarrollada por el RD de 13 de noviembre de 1877 (*Gaceta de Madrid* de 14 de noviembre), que definía las contribuciones fiscales, territorial e industrial al que quedaban sometidas las tres provincias desde el 1 de julio de 1877, completada por la RO de 19 de diciembre del mismo año.

(186) ARAMBURU (2005).

(187) *Gaceta de Madrid* núm. 60 de 1 de marzo de 1876.

cias vascongadas y los correspondientes convenios para el caso de Navarra. Con la cesura institucional del franquismo pervive, como veremos, en Álava y en Navarra. Ambos constituirán, además, el *espejo institucional* que sirve de referencia en la restauración de los regímenes concertados en el orden administrativo, en primer lugar, y en el orden financiero, en segundo en las postrimerías del franquismo (188).

El segundo concierto económico se refleja en la Ley de 29 de junio de 1887 de *Presupuestos Generales del Estado para el año económico 1887-1888*. No sólo determina los cupos de contribuciones e impuestos que debían satisfacer las provincias vascongadas así como su forma de pago, sino que, además, se reconocen determinadas atribuciones especiales de las Diputaciones Vascongadas (189). El artículo 41 de la Ley de Presupuestos de 5 de agosto de 1893, para el ejercicio 1893-1894, autorizaba al Gobierno para la revisión de los conciertos de las Provincias Vascongadas así como para concertar con la de Navarra (190).

El tercer concierto económico deriva del acuerdo de las representaciones de las tres diputaciones y de la Comisión del Ministerio de Hacienda designada a tal efecto, aprobándose por RD de 7 de febrero de 1894 (191).

El cuarto concierto económico se aprueba siguiendo una metodología similar, mediante acuerdo de los representantes de la Administración del Estado y de las Diputaciones Provinciales vascongadas, reflejándose en el RD de 13 de diciembre de 1906 (192). Este cuarto concierto económico se consolida como la «*imagen institucional*» del concierto tanto en

---

(188) En el caso alavés por cuanto su concierto económico había sido renovado y aprobado por el RD 2948/1976 de 26 de noviembre (BOE del 27 de diciembre de 1976).

(189) *Gaceta de Madrid* de 30 de junio de 1887. El cambio del lenguaje presupuestario es claro. Si tomamos por ejemplo los artículos 1 a 5 del Presupuesto General de Ingresos del Estado para el año 1845, aprobado por la Ley de 23 de mayo de 1845, en el artículo 5 se refunden en el estado de ingresos, entre otros, «*el donativo señalado á las provincias vascongadas*», e introduciéndose una cláusula para el caso navarro.

(190) *Gaceta de Madrid* de 6 de agosto de 1893.

(191) *Gaceta de Madrid* de 7 de febrero de 1894. Sería parcialmente modificado por RD de 25 de octubre de 1900 (*Gaceta de Madrid* de 26 de octubre). Será prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1906 por RD de 8 de mayo de 1906 (*Gaceta de Madrid* de 9 de mayo).

(192) *Gaceta de Madrid* de 14 de diciembre de 1906, que se verá adicionado por el RD de 23 de octubre de 1913 relativa a la contribución de utilidades de las Compañías Navieras establecidas en las provincias vascongadas (*Gaceta de Madrid* de 25 de octubre).

las atribuciones económicas cuanto en las de orden administrativo, utilizándose como *criterio competencial de mínimos en las negociaciones posteriores* (193).

**2.** Los conciertos económicos se reclaman hijos del acuerdo entre los representantes de la Hacienda central y los de las corporaciones provinciales. Se aprueban, según los casos, como disposiciones insertas en la ley de presupuestos o se homologa el acuerdo alcanzado mediante decreto en el último tercio del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, o ya en período constitucional de 1978, se aprueban como leyes de artículo único que recogen el texto pactado tanto en lo relativo al régimen jurídico tributario cuanto al sistema de determinación del cupo (194). El concierto con la hacienda real muda institucionalmente, adquiere mayor desarrollo de modo especular al propio desarrollo de la normativa tributaria común.

Este proceso de consolidación del concierto económico como «*derecho histórico*» o «*imago fori*» de la foralidad pública, da un paso adelante con la Ley de 12 de enero de 1886 que *autorizaba al Gobierno a prorrogar ese estado de tributación de las provincias vascongadas* (195).

**3.** La *decisión soberana* se abandona, en principio, y se promueven conferencias y acuerdos con las Corporaciones provinciales con el fin de «*resolver en vista de todo ello lo que respecto al sistema actual de tributación de las Provincias Vascongadas se considere más conveniente*»; en dos fases: en la negociación del texto de cada uno de los conciertos y, en caso de discrepancia, se introduce la regla del común acuerdo en los supuestos de interpretación y aplicación de la norma.

Se instaura, con el Decreto de 6 de marzo de 1919, una *rectísima interpretación* de resolución de mutuo acuerdo los conflictos o problemas de interpretación que surgieran en su aplicación que era «*consecuencia obligada del concepto jurídico y político*» que debía gozar el régimen concertado, basada en un procedimiento de carácter suspensivo, en la

---

(193) Como reconoce el RD de 9 de junio de 1925 de la Presidencia del Directorio Militar, por la que se nombraba la Comisión Mixta (Estado-Diputaciones Forales) para la redacción del nuevo concierto económico.

(194) Véase como ejemplo la Ley 28/2007, de 25 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y Ley 29/2007, de 25 de octubre, por la que se aprueba la metodología de señalamiento del cupo del País Vasco para el quinquenio 2007-2011.

(195) *Gaceta de Madrid* de 13 de enero de 1886

*proscripción de interpretaciones unilaterales* y mediante un órgano de composición mixta y paritaria (196).

Extremo que se amplía introduciendo en el año 1920 un procedimiento de previa audiencia o consulta de las Diputaciones Vascongadas en todas cuantas reformas tributarias fueren precisas (197), y que se reproduce, con algunas modificaciones, en el período republicano (198). Este es el origen histórico de las actuales Juntas Arbitrales reguladas por la Ley del Concierto (199).

**4.** Ese matiz consensual en la función erística y hermenéutica de la norma concertada adquiere carta de naturaleza y tiene una vertiente que despierta la curiosidad de los primeros tratadistas del régimen foral tributario, que las atribuciones económicas ejercen una *vis atractiva* respecto a las propiamente administrativas, de modo que la cláusula de protección se amplía al orden económico-administrativo.

La decisión soberana del Directorio Militar introduce una nueva excepción en el caso vascongado. En efecto, el Directorio Militar disolvió las Diputaciones provinciales españolas a excepción de las de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa, acogidas al régimen de concierto y convenio económico (200). Y se salva el régimen concertado, con la aprobación del quinto concierto económico, de mayor extensión y complejidad técnica, cuyo Reglamento se aprueba por RD de 24 de diciembre de 1926 (201).

Con el advenimiento de la Segunda República, no se limitó a la mera recepción del ordenamiento jurídico preexistente. Como es sabido en ejer-

---

(196) RD de 8 de marzo de 1919 (*Gaceta de Madrid* de 8 de marzo).

(197) Según establecía el RD de 27 de julio de 1920 (*Gaceta de Madrid* de 30 de julio de 1920).

(198) Puede consultarse el Decreto de 18 de mayo de 1931 (*Gaceta de Madrid* de 20 de mayo) siendo Ministro de Hacienda Indalecio PRIETO TUERO. Señala la Exposición de Motivos del Decreto que el Gobierno, «*estima de estricta justicia mantener el trámite de la audiencia previa a las Diputaciones para todo cuanto al Concierto económico se refiere, y por ello y sintiendo además la satisfacción de rendir tributo de simpatía al País Vasco, cuya administración pública es verdaderamente ejemplar, decide restablecer y ampliar las reglas contenidas en el Decreto de 6 de marzo de 1919*»

(199) Cuyo reglamento de funcionamiento ha sido aprobado por RD 1760/2007, de 28 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Junta Arbitral prevista en el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

(200) Por RD de 12 de enero de 1924 (*Gaceta de Madrid* de 13 de enero).

(201) *Gaceta de Madrid* de 28 de diciembre de 1926.

cicio y como expresión de un auténtico *poder constituyente*, se dispuso por Decreto de 15 de abril de 1931 (202), que cada ministerio revisara la obra legislativa del directorio militar fenecido (203).

Esa labor de depuración de la obra legislativa previa y su obligada acomodación a los nuevos principios fundamentales de la Constitución Republicana de 1931, en un breve lapso de tiempo, se declaraba subsistentes las disposiciones reguladoras del Concierto y del Convenio económico por Decreto de 24 de abril de 1931 (204). Es más, en algunas cuestiones, así los elementos «*consensuales*» en todas las cuestiones relacionadas con la interpretación y aplicación del régimen concertado —que en el vigente se disciplinan como *puntos de conexión*— se amplían (205).

**5.** Sin embargo el régimen concertado estaba regulado *extra y pre-constitutione*. La constitución del nuevo Estado integral dejaba abierta la puerta a un régimen de autonomía política y/o administrativa constitucionalizado. Las diputaciones forales no abandonan el *lenguaje fuerista* (*reintegración foral plena, derechos históricos, etc.*) sino que lo adaptan o lo acomodan al nuevo *lenguaje constitucional* de la restauración o de la segunda república de las mancomunidades o de las «*regiones autónomas*» (206).

---

(202) *Gaceta de Madrid* del 19 de abril de 1931.

(203) Norberto BOBBIO (1995) p. 264 recalca que estos casos de recepción normativa la cadena de legitimidad y validez y por ende de eficacia descansa en la *norma fundamental del nuevo ordenamiento* .

(204) *Gaceta de Madrid* de 1 de mayo de 1931.

(205) Como determina el Decreto de 18 de mayo de 1931 (*Gaceta de Madrid* de 20 de mayo).

(206) Recogen Virginia y Carlos TAMAYO SALABERRIA (1981) un documento existente en los archivos del antiguo *Instituto de Estudios de Administración Local*, que identifican como un *Mensaje de las Diputaciones* elevado al Gobierno de su Majestad y entregado al Presidente GARCÍA PRIETO el 17 de diciembre de 1917. Tras reclamar la «*reintegración foral plena*», señalan conjuntamente: «*Mas en el caso de que el Gobierno de S.M. no se aviniera a acceder a los deseos de las Provincias Vascongadas en el sentido de una plena reintegración foral, las Diputaciones sin hacer dejación ni por un momento de los derechos históricos que se han invocado en todos tiempos por las Corporaciones que hablan en nombre de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, consideran necesario que se ensanchen los términos de su autonomía actual, aprisionada dentro de límites demasiado estrechos y embarazosos. En este supuesto, el Estado retendría para sí el conocimiento de todos los asuntos que se refieren a las relaciones exteriores, Guerra y Marina, Deuda pública, Aduanas, Moneda, Pesas y Medidas, Correos y Telégrafos, porque es evidente que al reconocer a las Diputaciones o a los organismos que con sujeción a tradiciones venerandas y a deseos constantemente sentidos se estableciesen en la Tierra Vasca, la facultad de resolver por sí los asuntos que se refieren al fomento de la instrucción en todos sus grados, a la Administración local bajo sus varios aspectos, a la prác-*

No ha de extrañar, por tanto, que en los diversos procesos y proyectos para la elaboración de un proyecto de Estatuto común para las «*cuatro provincias exentas*», integraran en su articulado institucional expresas referencias al régimen concertado como expresión de «derecho histórico» o cláusula de derecho retenido. De ese modo el régimen concertado se vincula, se estatuye, como base del régimen de relaciones tributarias con el Estado (207).

El artículo 22.3 *in fine* del Estatuto Vasco de 1936 señalaba que el País Vasco podría «*adoptar el sistema tributario que juzgue justo y conveniente*», haciendo efectiva la contribución en la forma preestablecida en el régimen concertado.

Esa tradición institucional se recibe en el vigente Estatuto de Autonomía de esa porción de Vasconia que es la Comunidad Autónoma Vasca. Así el apartado 1 del artículo 41 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco establece que «*[l]as relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco ven-*

---

*tica de la Beneficencia, a las obras y servicios hidráulicos, a la Agricultura, Minería, Industria y Comercio y otros que no hay porque detallar, en nada va contra la soberanía del Estado. Ni puede significar tampoco abandono del régimen de Concierdos; sistema que las Diputaciones entienden ser el más adecuado para contribuir en la parte que a las Provincias Vascongadas corresponda, el levantamiento de las cargas del Estado por razón de las atenciones comunes a éste y aquellas. Por eso mismo es mas honda la confianza con que acuden a V.E. los Presidentes de las Diputaciones de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, en súplica de que accediendo a los deseos del País, expresados por el órgano de sus Corporaciones administrativas y de las diferentes agrupaciones políticas en que sus moradores se dividen, se sirva inclinar el ánimo del Gobierno de su digna presidencia para que, de acuerdo con esos anhelos, que se mueven en la esfera de la legalidad más estricta, adopte y dicte, o proponga a las Cortes del Reino, oyendo siempre previamente a las Diputaciones mismas, aquellas disposiciones legislativas que sean menester para que se dé satisfacción a esas aspiraciones mediante el restablecimiento del régimen foral, o en último término por el reconocimiento de mayor autonomía, cuya fórmula general puede condensarse diciendo que, reteniendo el Estado par sí todo lo concerniente a Relaciones exteriores, Guerra y Marina, Deuda Pública, Aduanas, Moneda, Pesas y Medidas, Correos y Telégrafos, dejará al País mismo, representado por sus organismos forales, la dirección de todas las demás funciones públicas.*

(207) Este el caso, por ejemplo, del artículo 21 del Anteproyecto de Estatuto Vasco de 31 de mayo de 1931, elaborado por la *Sociedad de Estudios Vascos* Es el caso del artículo 21 del Estatuto General del Estado Vasco aprobado en la Magna Asamblea de Municipios Vascos celebrada en Estella el 14 de junio de 1931 y presentado por los alcaldes de Sangüesa, Guecho, Azpeitia y Llodio. Y con el mismo sentido en el artículo 21 del *Proyecto de Estatuto del País Vasco* denominada de las Comisiones Gestoras de las cuatro diputaciones vascas. O de los artículos 40 a 49 del Proyecto de Ley del Estatuto Vasco, que se transforman en el debate parlamentario en plena guerra civil, en los artículos 12 a 13 del Estatuto Vasco aprobado definitivamente por la Ley de 6 de octubre de 1936. Véase ESTORNÉS ZUBIZARRETA (1990).

*drán reguladas mediante el sistema foral tradicional de concierto económico o convenios» (208).*

6. La Constitución Española de 1978 no se limita, por tanto, como la Constitución Republicana de 1931 a una mera recepción y depuración normativa. De hecho hay una amplia recepción del ordenamiento preconstitucional que no es objeto de «*depuración concentrada*» sino de fórmulas de control difuso que se limitan a la mera inaplicación de la legislación preconstitucional en los supuestos que contravinieren los preceptos constitucionales. El *duende* del poder constituyente descansó en 1978.

Da un paso más, al introducir la Adicional Primera de la Constitución como *cláusula de salvedad* o de excepción del régimen foral, lo que tiene, como hemos señalado supra, un efecto multiplicador en la legislación constituida. Y dota, como señalaba la STC 78/1988 de 26 de abril de una doble fuente de legitimación:

Por medio del Estatuto, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya pasan a organizar su derecho histórico al autogobierno, amparado por la Constitución, de modo distinto a como lo venían haciendo hasta el presente; de manera que su fondo de competencias de raíz histórica (no incompatibles con los principios constitucionales) pasa a ejercerse en dos niveles diferentes: uno, común, por parte de las Instituciones comunes, habida cuenta de su naturaleza y funciones en la Comunidad Autónoma; y otro, no centralizado, sustentado en los órganos de poder tradicionales de cada uno de los territorios históricos. En este sentido cabe afirmar que el Estatuto de Autonomía del País Vasco es, al mismo tiempo, expresión del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce a la nacio-

---

(208) Según la doctrina de la STC 255/2004, de 22 de diciembre de 2004, «ahora bien, conforme al apartado 2 de ese mismo art. 41, el régimen de concierto debe respetar el régimen tributario que cada territorio histórico (Guipúzcoa, Vizcaya y Álava, según el art. 2 del citado Estatuto) mantenga, establezca o regule «atendiendo a la estructura general impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio concierto, y a las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad Autónoma» [letra a)]. Régimen de concierto al que se le dio cobertura por la Ley 12/1981, de 13 mayo, por la que se aprobaba el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (en la actualidad regulado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo). De lo anterior se pueden extraer dos corolarios: el primero de ellos es que cada territorio histórico o provincia integrante de la Comunidad Autónoma del País Vasco conserva su propio sistema tributario, siendo éstos y no la Comunidad Autónoma —conforme al art. 41 del Estatuto de la Comunidad Autónoma del País Vasco— los que tienen competencias en materia tributaria; la segunda de las consecuencias es que el mantenimiento, establecimiento o regulación del sistema tributario por cada Diputación Foral debe hacerse, no sólo atendiendo a la estructura del sistema impositivo estatal, sino también con atención a las normas incluidas en el concierto.

nalidad vasca, y expresión actualizada del régimen foral, como régimen foral actualizado, en el sentido de la disp. adic. 1ª CE. Así se explica que las Instituciones comunes del País Vasco hayan recibido del Estatuto de Autonomía funciones en materias directamente vinculadas al régimen foral (como son los conciertos económicos), y, viceversa, que el Estatuto haya posibilitado la asunción por órganos forales de los territorios históricos de diversas competencias sin necesaria relación con su ejercicio histórico —art. 37.3.f) EAPV—.

**7.** Pero no solo es cuestión de fuero sino de huevo. Empero en el orden constitucional concreto, coexistían dos regímenes forales, el del Concierto alavés y el del Convenio navarro.

De los cuatro regímenes privativos, bien que con significativas limitaciones, solo se mantuvieron, desde el último tercio del siglo XIX hasta la Constitución Española de 1978, en Álava y Navarra. Fueron suprimidos, por el Decreto-Ley de 20 de junio de 1937, con el baldón de *provincias traidoras* en el caso de Vizcaya y Guipúzcoa (209). Solo en las postrimerías del franquismo, aun cuando diversas peticiones desde las Diputaciones se habían elevado, interesando la restauración del régimen concertado, por la «voluntad integradora de la Corona» se derogó, en el año 1976, el «*bando de guerra*» que había dejado sin efecto el régimen concertado para ambas provincias (210).

La supresión para Vizcaya y Guipúzcoa y la conservación limitada para Alava y Navarra son hijas de la misma decisión soberana tras un «*hecho partisano de armas*». De modo incisivo describía esa pervivencia y supresión, Indalecio PRIETO en un texto que nos resignamos a trasladar al cuerpo del presente escrito:

«No deja de ser curioso que entre las condiciones ofrecidas por franco figurase la «*garantía para las Provincias vascongadas de los mismos privilegios*»

---

(209) En el caso alavés y navarro, por su «*contribución*» a la insurrección y consolidación del régimen franquista y como castigo por su defensa del régimen republicano, en el caso de Vizcaya y Guipúzcoa. La decisión no fue, como señala TAJADURA TEJADA (2008), de carta otorgada, sino de supresión. La *Covadonga insurgente* haciéndose eco del título de la obra de UGARTE TELLERÍA, fue, ciertamente, atendida con el mantenimiento y no supresión del régimen público foral, dada la presencia mayoritaria de conscriptos y voluntarios enrolados en los tercios de requetés. Sobre la diversa actitud ante la cuestión foral, los apuntes de FRESÁN CUENCA (2009). Como han puesto de manifiesto IZU BELLOSO (2001) y BARAIBAR ETXEBARRIA (2004) no es difícil perder los rastros ideológicos de buena parte de la *clerecía foral*.

(210) Según establecía la Exposición de Motivos y el artículo 1º del Real Decreto-Ley 20/1976 de 20 de octubre.

económicos, políticos y jurídicos que Navarra. Acaso la ignorancia dictó esta cláusula porque de otro modo resulta inconcebible que el centralismo absorbente de Franco ofreciese la extensión de un régimen fiscal, dañoso para el tesoro español, según las teorías centralistas ya que el sistema tributario derivado de la disposición que los navarros llaman «*ley paccionada*» entraña privilegios muy superiores a los contenidos en el concierto económico con las Provincias Vascongadas. ¡Pero cualquiera pide lógica a militares sediciosos! Cánovas del Castillo, al finalizar la última guerra carlista del siglo XIX, abolió cuanto subsistía de los antiguos fueros vascos e ideó el concierto económico, no por pruritos autonomistas, sino porque comprendió que iba a ser muy difícil, trabajoso y lento el funcionamiento de órganos recaudadores en territorios hasta entonces casi sin vínculos con el Estado. Franco, en vez de adoptar una regla general, ha procedido fragmentaria y caprichosamente, manteniendo el régimen de Navarra —provincia que apenas contribuye a las cargas nacionales— suprimiendo para Vizcaya y Guipúzcoa el concierto económico que abarcaba a las tres provincias vascongadas —y dejando en pie para Álava. Difícilmente se considerará ajustada a una política verdaderamente nacional tan arbitraria conducta, cuya única justificación estriba en premiar al adicto y castigar al adversario. La deducción es clara: Vizcaya y Guipúzcoa no han sido ni son franquistas, aunque al presente resulta ya imposible señalar una provincia que lo sea, ni siquiera Navarra, a la cual cuadraría muy bien el calificativo de «desengañada». En la acumulación de pretextos para cohonestar el levantamiento fascista, figuraron los estatutos regionales, el de Cataluña y el del País Vasco» (211).

**8.** Ambos constituyen las *imago fori* características del régimen jurídico público privativo vasconavarro (212). Gracias a la Disposición Transitoria Octava del Estatuto de Guernica, según la STS de 20 de septiembre de 2002, se produce una novación para el caso de Álava y una restauración para el de Vizcaya y Guipúzcoa (213). Su origen es consti-

---

(211) Indalecio PRIETO (1992) pp. 179 y ss.

(212) Como señala la STS de 9 de diciembre de 2004, «en virtud de la cláusula constitucional de reconocimiento y respeto a los derechos históricos de los territorios forales, las competencias en materia tributaria representan un derecho histórico identificativo de la foralidad, cuya actualización se lleva a cabo a través del EAPV y, en concreto, mediante el reconocimiento explícito del referido artículo 41.»2.

(213) Según la STS de 20 de septiembre de 2002, «El Estatuto, con una prudencia digna de elogio, añadió en su disposición transitoria octava, que: «El primer Concierto Económico que se celebre con posterioridad a la aprobación del presente Estatuto se inspirará en el contenido material del vigente Concierto Económico con la provincia de Álava, sin que suponga detrimento alguno para la provincia, y en él no se concertará la imposición del Estado sobre alcoholes». Esta disposición tuvo como finalidad esencial mantener la idea armonizadora y de continuidad que había subsistido en el Concierto vigente con Álava.

tucional. Como transformar unas *provincias exentas* e incorporarlas al sistema fiscal general del Reino (214). La imagen constitucional y pública del régimen concertista vasconavarro, vinculada de modo estrecho con la cuestión de la abolición o confirmación foral, ha sido habitualmente distorsionada —cual los espejos de un vallinclanesco callejón del gato—.

Las críticas simbólicas, jurídicas y políticas, los recursos contencioso-administrativos, constitucionales e incluso ante las instancias europeas, no son nuevos. Son recurrentes en determinados períodos históricos, y en nuestros días, bajo la veste constitucional, reproducen argumentos jurídico-positivos, simbólicos y gestuales que reviven los debates que acompañaron en el último tercio del siglo XIX y principios del XX el aspecto tributario de la cuestión foral (215).

No es menester rescatar, por ejemplo, el texto de José IRIBARNE, que prologado por Eduardo BARRIOBERO, aparece editado por la Imprenta de Galo Sáez en Madrid en el año 1933, con el expresivo título de *Un llamamiento a la conciencia nacional. Las dos oligarquías capitalistas que devoran a España. El concierto económico de las Vascongadas y la Autonomía de Cataluña*. Baste analizar sinópticamente los adjetivos y epítetos utilizados por el autor con los empleados habitualmente en los medios de comunicación para concluir que las *muletillas* argumentales no han variado sustancialmente.

9. La Exposición de Motivos del Concierto Económico aprobado por la LO 12/2002 de 23 de mayo, invocaba expresamente la Adicional Primera de la Constitución «*en virtud de la cual se amparan y respetan los derechos históricos de los territorios forales*», por lo que el ejercicio de la potestad tributaria foral, «*como elemento material constitutivo de la especialidad vasca*», y las relaciones con el Estado vendrán reguladas

---

(214) La colección dirigida por ALONSO OLEA sobre los tratados y recopilaciones relativas a los Conciertos y Convenio titulada *Clásicos de la Hacienda Foral*, es de enorme interés. Los títulos y autores son elocuentes Véase José M. DE ESTECHA Y MARTÍNEZ (1997), Nicolás DE VICARIO Y PEÑA (1997 y 2000), Federico ZABALA Y ALLENDE (2003), Francisco GASCUE (2003). Sobre el origen del concierto ALONSO OLEA (1995) y LARRAZÁBAL BASÁÑEZ (1997), pp. 184 y ss. y (2005); para el caso alavés DÍAZ HERNÁNDEZ (1995). La lectura del «pacto foral» cara al fuerismo vasco en GONZÁLEZ DE ZÁRATE GARCÍA (1997). Para el caso de la pervivencia del Convenio Navarro en el franquismo, DEL BURGO TAJADURA (1972), MIRANDA ILUNDAIN, BALDUZ (2003), pp. 21 y ss.

(215) Sobre la «*opinión publicada*» José María DE ANGULO Y HORMAZA (1976), CIAURRIZ BELZUNEGUI (1976), FERNÁNDEZ SEBASTIÁN (1991) y de modo más reciente GONZÁLEZ GARCÍA, MERINERO SIERRA, URIEN ORTIZ (2003).

«mediante el sistema foral tradicional de concierto económico o convenios». (216) En ese orden de cosas un *ejemplo distorsionado* habitual es olvidar que en la arquitectura institucional vasca, son las Diputaciones Forales y no el Parlamento Vasco quienes aprueban las normas tributarias y fiscales pertinentes.

**10.** La crítica a la singularidad del régimen concertado es una constante en esa concepción *bodiniana* o *decisionista* constitucional (217).

En el *orden simbólico* son mayores las críticas de las Normas tributarias vascongadas que las normas navarras aun cuando la regulación material de los tributos forales es bastante similar. Las diferencias entre el Concierto Económico —aplicado a las tres provincias forales— y el Convenio Económico navarro no presentan especiales o significativas diferencias, es más, como ha subrayado Mikel ARANBURU, el compás del 5/8 característico del «*zortziko*» del Concierto Económico ha encontrado réplica en el Convenio Económico (218).

En el *orden procesal* se facilita además por la *impugnabilidad ordinaria* de las normas tributarias forales vascongadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por las Comunidades Autónomas limítrofes (así *La Rioja*, *Cantabria*, etc.) y por un nuevo *sindicato vertical impugnante* (*Federación de empresarios y sindicatos*). No es menester analizar en esta sede la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa, que reconocía la legitimación de los impugnantes y anulaba diversos preceptos de las Normas forales del Impuesto de Sociedades [STS de 15 de abril de 2002 (r.c. 204/1995), STS de 26 de abril de 2002 (r.c. 1251/95), STS de 9 de diciembre de 2004 (r.c. 7893/1999)].

**11.** De la doctrina contenida en estos pronunciamientos hay algunos aspectos que resultan de enorme interés por cuanto constituyen una excepción general al régimen tributario general. La doctrina legal expresamente califica al régimen concertado y al convenio navarro como expresión de los derechos históricos en materia tributaria y hacendística (219)

---

(216) Véase RODRIGO RUIZ (2006).

(217) Véase como ejemplo, Pedro FERNÁNDEZ BARBADILLO (2004) pp. 207-228.

(218) Mikel ARANBURU (2005).

(219) Un buen compendio de la doctrina en el FJ Octavo de la STS de 9 de diciembre de 2004.

En primer lugar, que las normas forales fiscales son revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aun cuando se había apreciado una cierta tendencia argumental, y algunos cambios legislativos parece que apuntaban en esa dirección, a excluir de su control y con la pretensión de residenciar su revisión ante el Tribunal Constitucional, como reconoce la propia doctrina legal y la científica (220).

En segundo lugar, las normas forales no constituyen, como se había defendido desde autorizadas voces doctrinales, un supuesto de *reserva reglamentaria*, inexistente en nuestro ordenamiento. En tercer lugar, y así se declara en la STS de 9 de diciembre de 2004, nos encontramos ante un supuesto de «deslegalización» en materia tributaria que ha resultado posible en virtud de la Disposición Adicional Primera de la Constitución (221).

**12.** Se ha producido una nueva paradoja en la doctrina legal. La calificación que se efectuara en algún pronunciamiento del Tribunal Supremo de las normas forales como un supuesto de *ayudas de estado* proscritas por el Tratado de la Unión Europea, permitió, a nuestro juicio de modo inadecuado, anular algunas disposiciones fiscales forales (STS de 9 de diciembre de 2004, y STS de 27 de mayo de 2008).

Sin embargo, como habíamos anticipado, la doctrina del *caso de las Azores*, podría ser aplicable al caso de los regímenes fiscales forales (222). La STJCE de 11 de septiembre de 2008 que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco (asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06) tras calificar la potestad tributaria como hija de «derechos de origen antiguo denominados fueros» establece una serie de criterios para determinar si asumen las consecuencias políticas y financieras de una medida tributaria adoptada dentro de los límites de las competencias que tienen otorgadas para poder calificar, por el órgano competente, como ayudas de estado las disposiciones fiscales vascongadas.

Como habíamos escrito, los derechos históricos han sorteado, en esta ocasión, el cálamo centralizador que pretendía reducir a los Territorios His-

---

(220) IBARRA ROBLES (2004 y 2005).

(221) Sobre los problemas de legalidad tributaria y por ende penal, COELLO MARTÍN (1997), pp. 217 y ss.

(222) COELLO MARTÍN (2005), pp. 130 y ss.

tóricos a meros *copistas* o *amanuenses fiscales*, que se limitaran a reproducir —como un *pase foral recepticio*— las disposiciones fiscales aprobadas por el Estado (223). De los dos caligrafías centralizadoras que describíamos, la calificación de las normas tributarias respectivas, como «ayudas de Estado» y la invocación de la vulneración del principio de «presión fiscal efectiva» como límite de la capacidad normativa de los Territorios Históricos, la primera se ha quedado, al menos por ahora, sin tinta.

Veremos si la segunda anda por las finas tipografías de la donostiarra *antigua casa Baroja* o sigue escribiéndose a brochazos, con esa tradicional *manca finezza* que caracteriza las relaciones del Estado para con las *provincias unidas del Pirineo* que fueron *exentas*. Tal vez resuenen en el pensamiento fuerista coterráneo y coetáneo, no solo unos nuevos versos de MUÑAGORRI que traigan el ansiado *arreglo foral* al que se refería recientemente Jesús EGIGUREN (2008), sino los versos de GOETHE, *Mache zum Herrscher sic der, der seinen Vorteil versteht/ Doch wir wählten uns den, der sich auf unsern versteht* (224).

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV. (1988), *Los derechos históricos vascos*, IVAP-HAEE, oñate.
- AGAMBEN; Giorgio (2004), *Estado de excepción. Homo Sacer II, 1* Pre-Textos, Valencia.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I (2003), ¿Qué grado de viabilidad jurídico-política se vislumbra al «Pacto Político para la convivencia» presentado por el Lehendakari Ibarretxe el 27 de septiembre de 2002» en AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP. Oñati, pp. 353-380.
- AIZPUN SANTAFÉ, Rafael, «Naturaleza jurídica de las Leyes Forales de Navarra», *Revista Príncipe de Viana*, nº 46-47, pp. 109-148.
- ALÁEZ CORRAL (2000), *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

---

(223) MARTÍNEZ BÁRBARA (2004), pp. 9-12 y (2003), pp. 107 y ss.

(224) Según la traducción hermosa de Jesús Munárriz, «Soberano se hace aquel que comprende su propio provecho, pero escogeríamos a quien comprendiera el nuestro».

- ALBURQUERQUE, Martim de (1978), *Jean Bodin na península ibérica. Ensaio de História das ideias políticas e de direito público*, Fundación Gulbenkian, Paris.
- ALLENDE SALAZAR (1887), *Biblioteca del bascófilo. Ensayo de un catálogo general sistemático y crítico de las obras referentes a las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa, Álava y Navarra*, Imprenta y Fundación de Manuel Trillo, Madrid.
- ALLI, Juan Cruz, «Del régimen foral liberal al régimen democrático de los derechos históricos (Identidad, hechos diferenciales y asimetría)», *Revista Jurídica de Navarra*, 25, 1998.
- (2004), *La cooperación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra* FEDHAV, San Sebastián-Donostia.
- ALONSO OLEA Eduardo (1995), *El Concierto Económico (1878-1937). Orígenes y formación de un Derecho Histórico*, IVAP.
- (1999), *Continuidades y discontinuidades de la Administración provincial en el País Vasco (1839-1978). Una esencia de los derechos históricos*, IVAP, Oñati.
- ALONSO PÉREZ (1990), «Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código Civil de 1889», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, ECERA, Madrid. pp. 17-50.
- ALTUSIO Juan (1990), *Política*, CEC, Madrid.
- DE ANGULO Y HORMAZA José María (1976), *La abolición de los fueros e instituciones vascongadas*, Vol. I, num. 108 Auñamendi.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (2005), La adecuación de la estructura del estado a la Constitución (reforma constitucional vs. reforma de los estatutos) *Revista catalana de dret públic*, núm. 31, pp. 2-31.
- ARAGÓN REYES (1991), *Monarquía Parlamentaria y sanción de las leyes*, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Editorial Civitas, Madrid.
- (1999), «El modelo territorial del Estado en España y sus problemas actuales» *Cuestiones Constitucionales*, UNAM, núm. 1 – julio-diciembre, pp. 25-47.

- (2000) «Veinticinco años de monarquía parlamentaria», en *REDC* núm. 74.
- (2004) «El papel del rey en la monarquía parlamentaria», Barbastro, *Papeles de la Fundación Jiménez Abad*.
- ARANBURU Mikel (2005), *Provincias Exentas. Convenio / concierto e identidad colectiva en la Vasconia peninsular (1969-2003)*, FEDHAV, San Sebastián-Donostia.
- ARANGUREN Y SOBRADO, Francisco de (1807-1808-1994), *Demostración de las autoridades de que se vale el doctor. D. Juan Antonio Llorente*, EHU\_UPV, Bilbao, prólogo de PORTILLO Y VIEJO.
- ARAZADI Juan (2001), *El escudo de Arquíloco. Sobre mesías, mártires y terroristas*. Tomo I, Antonio Machado, Madrid.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luís Ignacio (1991), *El derecho civil foral de Navarra en la Constitución y en el mejoramiento del fuero*, Civitas, Madrid.
- ARGULLOL, Enric (2003), Constitución y reforma estatutaria en el País Vasco: reflexión a raíz de «Un nuevo pacto político para la convivencia», AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP. Oñati, pp. 41-59.
- ARZOZ SANTISTEBAN (2007), «El principio constitucional de igualdad de las nacionalidades en Austria-Hungría», *REDC*, núm. 81, 2007, pp. 349-381.
- AYALA, Francisco (1934-1982), *Presentación de SCHMITT Carl (1927-1982), Teoría de la Constitución*. 1ª Edición Alianza Universidad Textos. Madrid.
- BALAGUER CALLEJÓN (2008), «La reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía en el marco de la Constitución», en PAU I VALLS (Cd) *Las Reformas estatutarias y la articulación territorial del Estado. XIV Jornadas de la Asociación Española de Letrado de Parlamentos*, Editorial Tecnos, AELPA, Madrid, pp. 153-178.
- BACHOF, Otto (1994), *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Almedina.
- BACHOFEN, J.J. (1978), *El derecho natural y el derecho histórico*, CEC, Madrid.
- BADÍA DE LA CALLE (1975) «El Concierto económico con Álava y su legislación complementaria», Diputación Foral de Álava, Vitoria.

- BARAIBAR ETXEBARRIA (2004), *Extraño federalismo: La vía Navarra a la democracia 1973-1982*. CEC, Madrid.
- BASTIDA, Xacobe (1998), *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Editorial Ariel, Barcelona.
- (2007), «Capítulo 4. La senda constitucional. La nación española en la Constitución», en Carlos TAIBO (Dir) *Nacionalismo español. Esencias, memorias e instituciones*. Los libros de la Catarata, Madrid.
- BEAUD, Oliver (1999), «Federalismo y federación en Francia: ¿historia de un concepto impensable?» *Res publica*, 3, pp. 7-63.
- BENDA, Julien (1927), *La trahison des clercs*. Bernard Grasset Editeur, Paris.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», *Derecho Privado y Constitución*.
- BIDOUBE, Frédéric (2000), *Les remontrances du Parlement de Navarre au XVIIIe siècle*. Atlantica, Biarritz.
- BILBAO UBILLOS (2004), El estado de las autonomías en la encrucijada: cierre, evolución o desintegración, *Número extraordinario 1. 25 años de constitución*. *Revista Jurídica de Castilla León*, Valladolid, pp. 75-112
- BLANCO VALDÉS (2008), «La descentralización interminable: política líquida y estado gaseoso», en PAU I VALLS (Cd) *Las Reformas estatutarias y la articulación territorial del Estado*. XIV Jornadas de la Asociación Española de Letrado de Parlamentos, Editorial Tecnos, AELPA, Madrid., pp. 179-201.
- BOBBIO Norberto (1995), *Teoría General del derecho*, Editorial Debate, Madrid.
- BOISSONNADE, P. (1893), *Histoire de la Reunion de la Navarre á la Castille*. Alphonse Picard et fils éditeurs.
- BODIN; Jean (1576, 2006), *Los seis libros de la República*, Editorial Tecnos, Madrid.
- BRETAL VÁZQUEZ (1993), «Acuerdos con las confesiones no católicas. (Ley accionada, Ley orgánica, sistema normativo religioso)», *RAP* núm. 130, enero-abril, pp. 355-386.

- BURGUEÑO, Jesús (1996), *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*. CEC, Madrid.
- DEL BURGO, Jaime I. (1992), Las instituciones forales de Navarra (Comentario de los artículos 10 a 38 del Amejoramiento del fuero», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El amejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 295-432.
- (1987), «Introducción al estudio de Amejoramiento del Fuero». *Los derechos Históricos de Navarra*, Ed. Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia,
- BUSAALL, Jean-Baptiste (2005), *Las instituciones del Reino de Navarra en el debate histórico de la revolución liberal*, Universidad Pública de Navarra – Nafarroako Unibertitate Publikoa, Pamplona-Iruña.
- CAAMAÑO, Francisco (2008), Reforma Estatutaria y debate territorial: una mirada desde el mar, en PAU I VALLS (Cd), *Las Reformas estatutarias y la articulación territorial del Estado. XIV Jornadas de la Asociación Española de Letrado de Parlamentos*, Editorial Tecnos, AELPA, Madrid.
- DE CABO MARTÍN Carlos (2003), *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Editorial Trotta, Madrid.
- *Sobre el concepto de Ley* (2000), Editorial Trotta, Madrid.
- CANGA ARGUELLES, José (1834), *Diccionario de Hacienda con aplicación a España*. Madrid, Calero II. Hay una reedición de 1868 del Instituto de Estudios Fiscales en 2 volúmenes.
- CANO CAMPOS (1999), *El régimen jurídico-administrativo del tráfico. Bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*, Civitas, Madrid.
- CAPILLA RONCERO, Francisco (1989), «El código Civil y el Estado de las autonomías: la supletoriedad del Código Civil», en MORENO QUESADA (Coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Editorial Tecnos, Madrid.
- CARRILLO, Marc (2003), «El entronque constitucional», en AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibaurretxe*, IVAP. Oñati, pp. 211-244.

- CASANOVAS MUSSONS (1990) , «La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888. Su incidencia en el proceso de codificación civil», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, ECERA, Madrid, pp. 433-494.
- CASTELAR, Emilio (1870), *Cuestiones políticas y sociales*, Tomo I. Madrid.
- CASTELLS ARTECHE (1976), *El Estatuto Vasco*, Haramburu Editor.
- (2007) *El hecho diferencial de Vasconia. Evidencias e incertidumbres*, FEDHAV, San Sebastián.
- CASTRO, Américo (1985), *Sobre el nombre y el quien de los españoles*. Sarpe. Madrid.
- CHAVES, Pedro y MONEDERO Juan Carlos (2003), «España, un aprendizaje inconsistente», dentro del volumen editado por Juan Ramón CAPELLA, *Las sombras del sistema constitucional español*, Editorial Trotta, Madrid.
- CIAURRIZ BELZUNEGUI (1976), *La abolición de los Fueros Vascos a través de la prensa*, Vol. 2º. *La inútil defensa* y Vol 3 *la Ley aboloria ante las Cortes*, Auñamendi núm. 114 y 115, San Sebastián.
- CLAVERO SALVADOR (1981) «Los fueros en la España contemporánea: de la reacción antiliberal al federalismo vergonzante», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 20 (marzo-abril).
- (1982) *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea* Editorial Siglo XXI, Madrid.
- (1985) *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*. Ariel Derecho, Madrid.
- (1985 a) «El acceso a la autonomía de territorios históricos: las comunidades forales», *Revista de Estudios Políticos*, núms. 46-47 (julio-octubre).
- (1993), «Territorios forales: página española del palimpsesto europeo», *REDC*, núm. 37 (enero-abril).
- (2003), «Entre desahucio de Fuero y quiebra del Estatuto: Euskadi según el doble plan del Lehendakari» AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP. Oñati, pp. 147-181.

- (2003 a), «Constitución en común entre cultura y escritura: encrucijada gaditana de los fueros vascos», en *Notitia Vasconiae*, nº 2.
- *Diccionario Geográfico-Histórico de España de la Real Academia de la Historia. Sección I, comprende el Reyno de Navarra, Señorío de Vizcaya, y provincias de Álava y Guipúzcoa* (1802).
- COBREROS MENDAZONA, Edorta (2005) «La inimpugnabilidad de las resoluciones de la Comisión Arbitral del País Vasco», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, pp. 47-96.
- COELLO MARTÍN (1997), *La disposición adicional primera de la Constitución y la organización autónoma vasca*, Universidad de La Rioja, Logroño.
- (2003), «La propuesta del presidente Ibarretxe: ¿Del Etnos al demos?. Hacia un nacionalismo preformativo», en AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP. Oñati, pp. 463-505.
- (2004), «Isegoría vinícola: vidueños prefiloxéricos e injertos constitucionales», en *Revista Gerónimo de Uztariz*, núm. 20, Pamplona-Iruña.
- (2005), *Derroteros institucionales del Estatuto de Guernica: Notas sobre la organización institucional vasca*, RVAP, núm. 73 (II).
- COELLO NUÑO, Ulises (2005), *La constitución abierta como categoría dogmática*, Bosch Editores.
- CONSTANT, Benjamín (2008) *Del espíritu de conquista y de la usurpación*, Editorial Tecnos, Madrid.
- CORCUERA ATIENZA, Javier (1984) «La constitucionalización de los derechos históricos: fueros y autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 4. Núm. II. Mayo-agosto.
- (1991), *Política y derecho: La construcción de la autonomía vasca*, CEP, Madrid.
- (1998), «Historia y nacionalismo. El caso vasco (De la invención de la Historia a los derechos que de la Historia se derivan)» en C. FORCADELL (Ed.), *Nacionalismo e Historia*, Institución Fernando el Católico (C:S.I.C.), Zaragoza.

- (2003), «Consecuencias y límites de la constitucionalización de los derechos históricos de los territorios forales» *REDC* núm. 69 (septiembre-diciembre).
- CORCUERA ATIENZA, J., y GARCÍA HERRERA, M. A. (2002), *La constitucionalización de los derechos históricos*, CEPC, Madrid.
- COS-GAYÓN, Fernando y CÁNOVAS DEL CASTILLO, Emilio (1860), *Diccionario Manual de derecho administrativo español*. Imprenta de los Herederos de Vallejo, Madrid.
- COSCULLUELA MUNTANER, Luís (1992) Ley de mejoramiento: elaboración, naturaleza y principios, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El mejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid. pp.245-291.
- DAUSSY, Hugues (2002), *Les hugenots et le Roi*. Librairie Droz; Ginebra.
- DELGADO ECHEVARRÍA y DE PABLO CONTRERAS (1992), «El derecho civil foral en el mejoramiento, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El mejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 535-582.
- DELGADO ECHEVERRÍA (1989), «El origen del primitivo artículo 13 del Código Civil y el derecho Aragonés», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo I. ECERA, Madrid, pp. 657-661.
- DÍAZ HERNÁNDEZ Onésimo (1995), *En los orígenes de la autonomía vasca: La situación política y administrativa de la Diputación de Álava (1875-1900)*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao.
- DÍEZ PICAZO, Luís María (1987), «Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos (Comentario a la STC 99/1986 en el caso del Condado de Treviño» *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 7. Núm. 20 (mayo-agosto).
- DE EGIBAR URRUTIA, Lartaun (2005), «La breve Noticia de Hermida desde una perspectiva histórica del derecho Navarro: algunas consideraciones», en BUSAALL, Jean-Baptiste, *Las instituciones del Reino de Navarra en el debate histórico de la revolución liberal*, Universidad Pública de Navarra – Nafarroako Unibertitate Publikoa, Pamplona-Iruña.

- EGIGUREN IMAZ Jesús (2008), *El arreglo vasco. Fueros, constitución y política en los siglos XIX y XX*, Hiria San Sebastián.
- ESPADÁ MALLORQUÍN (2009), La designación de la pareja de hecho como beneficiaria en los seguros de vida. Fundación MAPFRE Madrid.
- ESPIAU ESPIAU (1990), «La introducción de la costumbre en el título preliminar del Código Civil español de 1889» en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, ECERA, Madrid, pp. 761-823
- ESTECHA Y MARTÍNEZ, José M. DE (1997), *Régimen Político y Administrativo de las Provincias Vasco Navarras*, Bilbao.
- ESTORNÉS ZUBIZARRETA, Idota (1990), *La construcción de una nacionalidad vasca. El autonomismo de Eusko-lkaskuntza*, EI-SEV, San Sebastián-Donostia.
- ETXEBERRIA MAULEON, Xavier (2002), *El derecho de autodeterminación en la teoría política actual y su aplicación al caso vasco*, en AA.VV. *Derecho de Autodeterminación y realidad vasca*. Vitoria-Gasteiz.
- EZEIZABARRENA, Xavier (2003), *Los derechos históricos de Euskadi y Navarra ante el derecho comunitario*. Eusko Ikaskuntza, Azpilcueta 19. Bilbao.
- (2006) «La propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Euskadi: una apuesta por la soberanía compartida de la Historia», en *Iura Vasconiae*, núm. 3. pp. 393-462.
- (2008) «Basque historical Rights within the European Union. A path towards co-sovereignty» en *RIEV*, Cuadernos 3, pp. 29-103.
- FANLO LORAS (1991), «La expedición por el Rey de los Decretos acordados por el Consejo de Ministros (sus fórmulas promulgatorias tras la constitución de 1978)», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Editorial Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ BARBADILLO Pedro (2004), «El concierto económico vasco. ¿Pacto entre iguales o concesión? *REP* núm. 124, abril-junio, pp. 207-228.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2008) *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico? (Comentario a la STC 247/2007 de 12 de diciembre sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Civitas, Madrid.

- (2005) *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid.
- FERNÁNDEZ PARDO, *La independencia vasca. La disputa sobre los fueros*. (1990), Editorial Nera, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1985), *Los derechos históricos de los territorios forales*, Civitas-CEC, Madrid.
- FERNÁNDEZ SEBASTIÁN (1991), *La génesis del fuerismo. Prensa e ideas políticas en la crisis del Antiguo Régimen (País Vasco, 1750-1840)*, Siglo XXI, Madrid.
- FERRERO, Guglielmo (1991), *El poder. Los genios invisibles de la Ciudad*, Editorial Tecnos, Madrid.
- FIORAVANTI, Mauricio (2001), *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Madrid.
- FRANKENAU, De, Gerardo Ernesto (1993), *Sagrados misterios de la Justicia Humana*. CEC, Madrid.
- FRESÁN CUENCA (2008), «Carlistas y falangistas ante el «hecho diferencial navarro», durante la Guerra Civil. Una primera aproximación», en *Revista Iura Vasconiae* núm. 5, pp. 383-403.
- FUENTE LANGAS, Jesús M<sup>º</sup> (1998), *La Dictadura de primo de Rivera en Navarra*, Príncipe de Viana-Gobierno de Navarra, Pamplona-Iruña.
- GARCÉS, Joan E. (2000), *Soberanos e intervenidos. Estrategias globales, americanas y españolas*, 2<sup>ª</sup> edición, Siglo XXI, Madrid.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Jacobo (2002), *Provincias, regiones y comunidades autónomas. La formación del mapa político*, Temas del Senado, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1978), *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas. Madrid.
- (1981), *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas. Madrid.
- (1989), *Curso de Derecho Administrativo I*. 5<sup>ª</sup> Edición Civitas. Madrid.
- (1993), *Curso de Derecho Administrativo I*. 6<sup>ª</sup> Edición Civitas. Madrid.
- (1995), *Curso de Derecho Administrativo I*. 7<sup>ª</sup> Edición Civitas. Madrid.
- (1997), *Curso de Derecho Administrativo I*. 8<sup>ª</sup> Edición Civitas. Madrid.
- (2008), *Curso de Derecho Administrativo I*. 14<sup>ª</sup> Edición Civitas. Madrid.

- GARCÍA ROYO (1952), *Foralidad civil de las provincias vascongadas, con directrices para Navarra, Aragón, Cataluña, Galicia y Baleares. Filosofía del irracionalismo en el derecho*, Vitoria. Editorial S. Católica. Prólogo de SERRANO SUÑER.
- GARCÍA-SANZ MARCOTEGUI, IRIARTE LÓPEZ, MIKELARENA PEÑA (2002), *Historia del navarrismo (1841-1936). Sus relaciones con el vasquismo*, Pamplona, UPNA.
- GARCÍA TORRES (1998), «Sint un servunt. La sucesión nobiliaria en la STC de 3 de julio de 1997», *REDC*, núm. 52, enero-abril.
- GARRÁN Y MOSSO, Justo (1935), *El sistema foral de Navarra y provincias vascongadas*, Imprenta Aramburu, Pamplona.
- GARRIDO MAYOL, Vicente (2008), «La reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana en el marco de la Constitución», en PAU I VALLS (Cd) *Las Reformas estatutarias y la articulación territorial del Estado. XIV Jornadas de la Asociación Española de Letrado de Parlamentos*, Editorial Tecnos, AELPA, Madrid, pp. 49-86.
- GARRORENA MORALES y FANLO LORAS (2008), *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos en materia de aguas. A propósito de la propuesta de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*, Fundación Instituto Euro-mediterráneo del Agua, Murcia.
- GASCUE Francisco (2003), *El concierto económico con el Estado*, Bilbao.
- GAYA SICILIA (1989) *Las «bases de las obligaciones contractuales» en el artículo 149.18ª de la Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid.
- GOMES CANOTILHO (2000), *Direito constitucional e Teoría da constituição*, 4 Edición, Almedina.
- GONZÁLEZ Casanova, J.A. (2009), *La derecha contra el Estado. El liberalismo autoritario en España (1833-2008)*. Editorial Milenio, Lleida.
- GONZÁLEZ GARCÍA, MERINERO SIERRA, URIEN ORTIZ (2003), *La opinión pública española sobre el Concierto Económico Vasco (1876-1937)*, editado por «Ad concordiam», DFB-UPV, Bilbao.
- GONZÁLEZ DE ZÁRATE GARCÍA, Víctor (1997), *Del pacto foral al pacto autonómico. Provincia de Alava 1876-1906*. DFA-AFA, Vitoria-Gasteiz.

- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1992) «Navarra y el Tribunal Constitucional», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El amejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 697-760.
- GONZÁLEZ DE ZÁRATE GARCÍA (1997), *Del pacto foral al pacto autonómico. Provincia de Álava 1876-1906*, DFA, Vitoria-Gasteiz.
- GROSSI, Paolo (2003), *Mitología jurídica de la Modernidad*. Editorial Trotta, Madrid.
- GUARESTI, Juan José (1951), *País Vasco y Estado Español*, Editorial Vasca Ekin S.L. Buenos Aires.
- GUASTINI, Ricardo (2008), *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta, Madrid.
- GUTIÉRREZ, Juan (1593, 2006), *Libros tercero y cuarto de cuestiones prácticas referidas a la Primera parte de las leyes de la nueva recopilación real de España*, con estudio introductoria de Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, «La contribución castellana a la invención histórica del concepto de Hidalguía universal». CEC, Madrid.
- HALPÉRIN, Jean-Louis (1999), *Entre nationalisme juridique et communitarisme de droit*. PUF, Paris.
- HARTY, Siobhán, MURPHY, Michael (2008), *Por una ciudadanía multinacional*, 4 50 Editores, Madrid.
- HERRERO DE MIÑÓN (1972) *El principio monárquico (un estudio sobre la soberanía del Rey en las leyes Fundamentales*, Madrid.
- (1991), «La posición institucional de la Corona» en S. MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Estudios sobre la constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo III. Editorial Civitas, Madrid.
- (1998), «Los derechos forales como derechos históricos» *REDC* núm. 52 (enero-abril).
- (1998), *Derechos históricos y constitución*, Editorial Taurus, Madrid.
- (2001), «Autodeterminación y derechos históricos», en el vol. col. *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, M. HERRERO DE MIÑÓN y E. LLUCH (eds.) Crítica.

- (2003), «España y Vasconia: presente y futuro (consideraciones en torno al Plan Ibarretxe)», en AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP. Oñati, pp. 447-462,
- (2003 b), *El valor de la Constitución*, Editorial Crítica, Barcelona.
- HERRERO DE MIÑÓN Y LLUCH (Eds) (1998) *Foralismo, derechos históricos y democracia*, Fundación BBV, Madrid.
- (2000), *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Fundación BBV, Madrid.
- (2001), *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Editorial Crítica, Barcelona
- HELLER, Hermann (1998), *Teoría del Estado*, 2ª Edición. FCE, México. Traducción de Lois Tobío.
- HOLMES, Stephen (1999), *Anatomía del antiliberalismo*. Alianza Editorial, Madrid.
- DE LA HUCHA CELADOR, Fernando (1995), *Introducción al régimen jurídico de las haciendas forales*, Civitas, Madrid.
- IBARRA ROBLES (2005), «La interpretación del régimen de enjuiciamiento de la actuación administrativa de las Diputaciones Forales. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2004», *RVAP*, núm. 69, pp. 215 y ss.
- (2004), «Recurso de casación y garantía del *ius constitutionis* de los regímenes forales privativos de los territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco», en BERLANGA RIBELLES (Dir), *Los tribunales superiores de justicia como tribunales de casación en el orden contencioso-administrativo*, Colección Manuales de Formación continuada, 31, CGPJ, Madrid, pp.201-236.
- IDOYAGA, Petxo, RAMÍREZ DE LA PISCINA (2002), *(in)komunikazioaren atarian. Prentsa eta euskal Gatazka*, Alberdania, Irún.
- ÍÑURRATEGUI RODRÍGUEZ, José María (1996), *Monstruo indómito: rusticidad y fiereza de costumbres*, UPV-EHU, Bilbao.
- IRIBAS Y SÁNCHEZ, Gregorio (1894, 2003), *Los derechos de Navarra*, Imprenta Provincial, Pamplona.

- IRIGORAS ALBERDI, Aitziber (2008), *Derechos históricos vascos y constitucionalismo español: foralidad y sistema jurídico liberal en el siglo XIX*, IVAP, Oñate.
- IZU BELLOSO, Miguel (2001), *Navarra como problema. Nación y nacionalismo en Navarra*, Biblioteca nueva, Madrid.
- JÁUREGUI, Gurutz (2003), «Un nuevo Pacto Político para la convivencia: algunas reflexiones desde la perspectiva jurídico institucional» AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP. Oñati, pp. 185-210.
- JIMENO ARANGUREN, Roldán (2008), «Nafarroako Foru Zuzenbidearen irudiak: herri aldarrikapenetik ahanzturara. Hurbilpen teoriko-metodologikoa», *Revista Eleria*, 17, pp.19-33.
- (2008 a), *Nafarroako foralitatearen ahanztura*, Editorial Pamiela, pendiente de publicar.
- KANTOROWICZ, Ernst H. (1985), *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*. Alianza Editorial. Madrid.
- KARL, Josef C. (2008), «Bavaria is Germany, isn't it? The case of the German land Bavaria. A historical and political approach», en *RIEV*, Cuadernos 3, pp. 119-141
- KEATING, Michael (2008), «European Integration and the nationalities question», en *RIEV*, Cuadernos 3, pp. 7-28.
- KERN, Fritz (1955), *Derechos del rey y derechos del pueblo*, Ediciones Rialp, Madrid.
- KYMICKA, Will (2006), *Fronteras territoriales*, Editorial Trotta, Madrid, estudio de Miguel Carbonell.
- LACASTA ZABALZA, José Ignacio (1988), *Cultura y Gramática del Leviatán Portugués* (Prensas Universitarias de Zaragoza).
- (1999), «Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. núm. 2-1999.
- (1998), *España Uniforme. El pluralismo enteco y desmemoriado de la sociedad española y de su conciencia nacional e intelectual*, Ediciones Pamiela, Pamplona-Iruña.

- (2001), *España uniforme. O antipluralismo e a desmemoria da conciencia social e intelectual española*, Edicions Laiovento, Santiago de Compostela.
- LAFONT, Robert (1976), *Autonomie de la région à l'autogestion*, Gallimard, Paris.
- LALINDE ABADÍA, Jesús (1979), «Ubicación histórica de la Constitución de 1978», en Manuel RAMÍREZ (Dir), *Estudios sobre la constitución Española de 1978*, UZ – Libros Pórtico, Zaragoza, pp. 11-24.
- LARRAZÁBAL BASAÑEZ (1997), *Contribución a una Teoría de los derechos históricos Vascos*, IVAP.
- (2005) *Derecho Público de los Territorios Forales. De los orígenes a la abolición foral*, IVAP.
- LASAGABASTER HERRARTE (2003), «La experiencia estatutaria y la vía soberanista», en AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP. Oñati, pp. 147-181.
- (2005), «La reforma de los estatutos de autonomía: una reflexión sobre su teoría y práctica actuales», *Revista catalana de dret públic*, núm. 31, pp. 15-56.
- (2008), *Consulta o Referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*, LETE ARGITALETXEA, Bilbao
- LASALLE RIERA (1979), «El régimen financiero y tributario de Álava», *Documentación Administrativa*, nº 181 EneroMarzo.
- LASARTE ÁLVAREZ (1990), «El derecho civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores», en en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, ECERA, Madrid, pp.1105-1138.
- LAVILLA, Landelino (2007) «Sujeto y decisión constituyente», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 19 pp. 269-282.
- LAPORTA, Francisco J (2006), «Los derechos históricos en la Constitución algunos problemas teóricos», en *Los derechos históricos en la Constitución*, CEC, Madrid.
- LEGAZ LACAMBRA (1975), *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 4ª Edición.

- (1980), «Filosofía del pactismo» en «*El pactismo en la Historia de España*», Madrid.
- LEÓNE PUNCEL, Santiago (2005) *Los fueros de Navarra como lugar de la memoria*, FEDHAV. San Sebastián-Donostia.
- LORENS CLARIANA, Eduardo (1932), *La autonomía en la integración política. La autonomía en el estado moderno. El estatuto de Cataluña*, EDESA, Madrid.
- LUCH, E. (2000) , «El liberalismo fuerista en el siglo XIX: Corona de Aragón y País Vasco», en *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Bilbao,
- LÓPEZ DE JUAN ABAD, José Manuel (1998), *La autonomía vasca. Crónica del comienzo. El Consejo General Vasco*, Editorial Txertoa, San Sebastián-Donostia.
- LETAMENDIA, Francisco (2002), *Ciencia política alternativa. Su aplicación al País Vasco e Irlanda del Norte*, Editorial Fundamentos, Madrid.
- DE LOJENDIO, Ignacio María (1988), *La Disposición Adicional Primera de la Constitución Española*, IVAP Oñate.
- LOPERENA ROTA, Demetrio (1992), «La democratización de las instituciones forales en el Real Decreto 121/1979 de 26 de enero» en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El mejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 111-147.
- (1988) *Derecho histórico y régimen local de Navarra*. Gobierno de Navarra, Pamplona-Iruña.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás (2007), *Los nuevos Leviatanes. Teoría de los Sujetos colectivos*, Marcial Pons. Madrid.
- LÓPEZ FACAL, Ramón (2007), «Capítulo 12. La historia enseñada en España», en TAIBO (Dir), *Nacionalismo español. Esencias, memoria e instituciones*, Los Libros de la Catarata, Madrid pp, 329-350.
- LÓPEZ GARCÍA (1996) «La presencia de Carl Schmitt en España», *REP* núm. 91 pp. 139 y ss.
- (1996.a), *Estado y derecho en el franquismo: el nacionalismo de FJ Conde y Luís Legaz Lcambra*, CEC Madrid.

- LÓPEZ RODÓ (1981), «El orden de competencias establecido en la Constitución. Origen de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Estudios sobre el Tribunal Constitucional*, VOL.II. publicados por la Dirección General de lo Contencioso, editados por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- LÓPEZ VILAS, Ramón, MARTELO DE LA MAZA, Marcial (2009) *El nuevo derecho nobiliario*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- LORENTE SARIÑENA, Marta, *Cultura constitucional historiografía del constitucionalismo en España*
- LUCAS MURILLO, Enrique (2005), «Las garantías del autogobierno», RVAP núm. 73 (II).
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1993), *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense, Madrid.
- (1994) «Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política». *Revista de Estudios Políticos* n° 83 (enero-marzo), pp. 9-28.
- MAIRET, Gerard (1997), *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*. Gallimard.Paris.
- MALUQUER DE MOTES BERNET (1990), «El código civil o la codificación del derecho castellano», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II. ECERA, Madrid, pp.1205-1229.
- MARCICHALAR Y MANRIQUE (1868) *Historia de la legislación y recitaciones del derecho civil de España (Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava)*, 2ª edición, Madrid.
- MARSAL, Marc (2005) «Recensión jurisprudencial sobre la reforma del estatuto de autonomía de Cataluña» *Revista catalana de dret públic*, núm. 31.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1984), *Materiales para una Constitución*. Akal. Madrid.
- (2009) *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios de derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S (1992), La evolución histórico del régimen foral navarro (1841-1975) en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El mejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 53-109.
- MARTÍNEZ BÁRBARA Gemma (2004), «¿Son los Territorios Históricos meros amanuenses fiscales? Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, *Aranzadi, Jurisprudencia Tributaria*, nº 22, pp. 9-12.
- (2003), «Del nuevo concierto económico y de sus normas generales», en ALONSO ARCE (Coor.) *Comentarios al nuevo Concierto Económico, Ad concordiam*, Bilbao.
- MARX, Kart, ENGELS, Friedrich (1998), *Escritos sobre España. Extractos de 1854*, Editorial Trotta, Madrid, edición a cargo de Pedro RIBAS.
- MAURÍN, Joaquín (1977), *La revolución española De la monarquía absoluta a la revolución española*. Editorial Anagrama, Barcelona.
- MELLET, Paul Alexis (2007), *Les traités monarchomaques*. Librairie Droz, Ginebra.
- MERINO HERNÁNDEZ (1976), *El consorcio foral aragonés*, Librería General, Zaragoza.
- MILL John Stuart (1985), *Del Gobierno representativo*, Editorial Tecnos, Madrid.
- MIRANDA, ILUNDAIN, BALDUZ (2003), *Fiscalidad y foralidad en Navarra (1941-1990)*, Pamplona-Iruña.
- MOLINA APARICIO, Fernando (2005), *La tierra del martirio español. El país Vasco y España en el siglo del nacionalismo*, CEC, Madrid.
- MONREAL ZÍA, Gregorio (2003), «La base foral del Plan del Lehendakari Ibarretxe», AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP. Oñati, pp. 117-146.
- (1999) «La diferencia foral en las constituciones españolas», en AA.VV. *Estado Autonómico y Hecho diferencias de Vasconia*, en Lankidetzan Bilduman, 15. Eusko Ikaskuntza-IVAP.
- MORAZA DE, Mateo Benigno (1876-1975); *Discurso pronunciado por D. Mateo Benigno de Moraza en el Congreso de Diputados el día 13 de junio de 1876*. Reproducción facsímil de los dos tomos publicados por Fermín Herán en 1896), Editorial La Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao.

- MUGARZA MECOLALDE (1974), *El decenio crítico. La política y la guerra en el País Vasco entre 1930-1940*, Oñate.
- MUÑOZ MACHADO (2008), *El cronista del Estado Social y democrático de derecho, Ideas y propósitos*, nº 0.
- (2006), *El problema de la vertebración del Estado en España (del siglo XVIII al siglo XXI)*, Iustel.
- (1992), «La disposición Adicional Primera de la Constitución», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El amejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 223-243.
- (1982), *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Editorial Civitas.
- NÚÑEZ SEIXAS, Xosé Manoel (2007), «Capítulo 3. La nación contra sí misma. Nacionalismos españoles durante la guerra civil. (1936-1939)», en TAIBO (Dir), *Nacionalismo español. Esencias, memoria e instituciones*, Los Libros de la Catarata, Madrid pp 75-111.
- (2007 b), «Capítulo 5. Conservadores y Patriotas. EL nacionalismo de la derecha española ante el siglo XXI», en TAIBO (Dir), *Nacionalismo español. Esencias, memoria e instituciones*, Los Libros de la Catarata, Madrid pp. 159-191.
- OLAVE Y DÍEZ, Serafín (1878), *El pacto político como fundamento histórico-general de la nacionalidad española y especialmente como manifestación legal de la soberanía independiente de Navarra en unas épocas y en otras de su autonomía sin perjuicio de la unidad nacional obra dedicada a Navarra y en su representación á la excma. Diputación Foral*, Madrid.
- OLÓRIZ, Hermilio (1994), *La cuestión foral*, introducción de Emilio Majuelo, Tafalla, Txalaparta.
- ORELLA UNZUÉ (2003), *Soberanía Vasca. El derecho de autodeterminación del Pueblo Vasco*, Editorial Mintzoa, Iruña (Navarra).
- (2003.b), *Dos humanismos occidentales enfrentados. Los señores de la guerra contra el humanismo postmoderno*, Editorial Mintzoa, Iruña (Navarra).
- ORÓN MORATAL (Director) (2003), *Poder tributario y competencia fiscal: en especial el caso de La Rioja*, IER, Logroño.

- PABLO CONTRERAS, De, Pedro y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (1990), «La actitud de Navarra ante el Código Civil (1841-1889), en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, ECERA, Madrid, pp. 517-540.
- PALOMBELLA, Gianluigi (1999), *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Editorial Comares, Granada.
- PASCUAL MEDRANO, Amelia (1998), *La Regencia*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- PERNTHALTER, Peter (1999), *El estado federal asimétrico*. IVAP, Oñati.
- PRIETO Indalecio (1992) *Convulsiones de España. Palabras al Viento*, Editorial Planeta, Barcelona.
- PEMÁN GAVÍN; Juan (2006), «Sobre los límites de las reformas estatutarias: Derechos Históricos y Estado de las Autonomías. A propósito de la Propuesta de nuevo Estatuto aprobada por el Parlamento de Cataluña» *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 12.
- PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio (2007), «Capítulo 2. España de nacionalismo de Estado a esencia cultural», en TAIBO (Dir), *Nacionalismo español. Esencias, memoria e instituciones*, Los Libros de la Catarata, Madrid pp 49-73.
- PÉREZ NÚÑEZ, Javier (1996), *La Diputación Foral de Vizcaya. El régimen foral en la construcción del Estado liberal (1808-1868)*, CEC, Madrid.
- PÉREZ ROYO, J.(1994) *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- PETIT, C. (1989), «De iustitia et lure retentionis Regni Navarrae», en *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVIII. Homenaje al Profesor Jesús Lalinde Abadía*, Barcelona, pp. 319 a 337.
- PI Y MARGALL, Francisco (1979), *Las nacionalidades*, Barcelona
- PORTILLO VALDÉS, José María (2006). *El sueño criollo. La formación del doble constitucionalismo en el País Vasco y Navarra*, Editorial Nera. San Sebastián-Donostia.
- (1991), *Monarquía y Gobierno provincial. Poder y constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, CEC. Madrid.

- PUIG FERRIOL (1990), «El denominado problema foral desde la perspectiva de un Centenario», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, ECERA, Madrid, pp.1617-1636
- PULIDO QUECEDO (1982) «En torno a la ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra: su sistema de competencias» *RAP* núm. 99, pp. 155-199.
- DE LA CUADRA SALCEDO (1992), «Derecho histórico y régimen local en Navarra», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El mejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 593-665
- RANCIÈRE, Jacques (2006), *El odio a la democracia*. Amorrortu Ediciones, Buenos Aires.
- RAPHAEL Lutz (2008), *Ley y orden. Dominación mediante la administración en el siglo XX*, Editorial Siglo XXI, Madrid.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (1992), «Navarra en la Constitución», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El mejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 151-221.
- (1989) *Fundamentos jurídicos del Mejoramiento del Fuero*, *Derechos Históricos y Régimen Foral de Navarra*, Ed. Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia e Interior, Pamplona.
- RECASENS SICHES, Luis (1931), *El poder constituyente. Su teoría, aplicada al momento español*, 1ª Edición Javier Morata Editor, Madrid.
- RECLUS, Elías (2007). *Impresiones de un viaje por España en tiempos de Revolución*. Editorial Piedra del Rayo, Logroño.
- REQUEJO PAGÉS (1998), *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEC, Madrid.
- REVELLI, Marco (2008), *La política perdida*. Editorial Trotta, Madrid.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2003), «Sentido y alcance del concepto de derechos históricos en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía». Monográfico sobre *la Reforma de los Estatutos de Autonomía*, *Revista Jurídica de Castilla León*. Valladolid. pp. 181-209
- RISCO Manuel (1838), *España sagrada. Tomo XXXII, La Vasconia. Tratado preliminar a las Santas Iglesias de Calahorra y de Pamplona*.

- ROCA I TRIAS, Encarna (1990), «El antiguo artículo 12 del Código Civil y la historia del derecho supletorio» en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II ECERA, Madrid, pp. 1177-1806.
- RODRIGO RUIZ, Marco (2006), *Las fuentes del derecho financiero en la C.A. del País Vasco*, Edersa, Madrid.
- RODRÍGUEZ GARRAZA (1968), *Navarra de Reino a provincia (1828-1841)*, Pamplona,
- ROMERO REY, Carlos (2008), «El control jurisdiccional de la actuación de los órganos forales de los territorios históricos del País Vasco: últimos criterios jurisprudenciales en la materia», *Estudios de Deusto*, Vol. 56, nº 1, pp. 217-231.
- RUBIO POBES, Coro (1996), *Revolución y tradición. El País Vasco ante la revolución liberal y la construcción del Estado Español, 1808-1868*, Siglo XXI, Madrid.
- RUIPÉREZ, Javier (2000), *La Constitución europea y la teoría del poder constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- (2003) *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- RUIZ HOSPITAL, Gonzalo (1997), *El gobierno de Gipuzkoa al servicio de su rey y bien de sus naturales. La Diputación provincial de los fueros al liberalismo (siglos XVI-XIX)*, GFA-DFG, San Sebastián-Donostia.
- SAINZ DE VARANDA, Ramón (1970), *La Ley Paccionada de Navarra y la vigencia de las normas forales sobre sucesión intestada*, Pamplona.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2006), «La titularidad de los derechos históricos y las reformas estatutarias», en *Los derechos históricos en la Constitución*, CEC, Madrid.
- (2008), «La competencia de los territorios históricos del país vasco en materia de régimen electoral municipal», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 82, enero-abril, pp. 11-52.
- SÁNCHEZ-PRieto, Juan M<sup>a</sup> NIEVA ZARDOYA, José Luis (2004), *Navarra; memoria, política e identidad*, Editorial Pamiela, Pamplona-Iruña.

- SÁNCHEZ PRIETO, Juan María (2008), «Escritura y relectura de la historia: el problema del continuum de identidad en Navarra», *Revista de Cultura e Investigación Vasca Sancho el Sabio*, Año 18, 2ª Etapa, nº 29, pp. 115-134.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís (1990), «El Código Civil en la codificación civil de Navarra», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II ECERA, Madrid, pp. 1979-1993.
- SANTAMARÍA PASTOR (1992), «Las leyes de 25 de octubre de 1839 y 16 de agosto de 1841: un análisis jurídico y constitucional», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (Dir). *Derecho público foral de Navarra. El amejoramiento de El Fuero*, Editorial Civitas, Madrid. pp. 27-52.
- SARDINA PÁRAMO, Juan Antonio (1979), *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Universidad de Santiago de Compostela.
- SERRAHIMA, Maurici (2003), *Del passat quan era present, I (1940-1947)*, Edicions 62, Barcelona.
- SCHMITT Carl (1927-1982), *Teoría de la Constitución*. 1ª Edición Alianza Universidad Textos. Madrid.
- (2003), *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Livrarie Droz Ginebra.
- SPIEGEL Ludwig (1933), *Derecho administrativo*, Editorial Labor, Barcelona.
- SOLÉ TURA, Jordi (1985), *Nacionalidades y nacionalismos en España: autonomías, federalismo, autodeterminación*, Madrid, Alianza Editorial.
- SOSA WAGNER y SOSA MAYOR (2006), *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Editorial Trotta, Madrid.
- STEPHANUS JUNIUS BRUTUS (2008), *Vindiciae contra Tyrannos* Editorial Tecnos. Madrid.
- SUPIOT, Alain (2007), *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Editorial siglo XXI. Argentina.
- TAIBO ARIAS, Carlos (2007) «Capítulo 1. Sobre el nacionalismo español» en TAIBO (Dir), *Nacionalismo español. Esencias, memoria e instituciones*, Los Libros de la Catarata, Madrid pp. 49-73.

- TAJADURA TEJADA, Javier (2008) «Constitución y derechos históricos: legitimidad democrática frente a legitimidad histórica», *Revista UNED, Teoría y Realidad Constitucional* núm. 22, pp. 137-192.
- TAMAYO SALABERÍA, Carlos y Virginia (1981), *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Gernika*, DFA, Vitoria.
- TENA PIAZUELO, Vitelio (1994), «Derechos históricos y autonomía financiera: los territorios forales como especialidades en el sistema de financiación autonómica», *REDC* núm. 42 (septiembre-diciembre).
- THIESSE, Anne-Marie (2001), *La création des identitiés nationales. Europe XVIII-XXe siècle*, Editions su Seuil, Paris.
- TOMÁS Y VALIENTE (1985), «Informe del Tribunal Constitucional de España», en el volumen «Tribunales Constitucionales Europeos y Autonomías Territoriales», en el C.E.C. Madrid.
- TORNOS MAS (2008) «La Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas», *REAF*, núm. 7, octubre, pp. 79-105.
- TUDELA ARANDA, José (2007), «La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos estatutos de autonomía. La historia como legitimación de la autonomía», *RAP* núm. 173, Madrid, mayo-agosto, pp. 143-181.
- (2008) «A modo de aproximación al estatuto de autonomía de Aragón de 23 de abril de 2007. El nuevo Estatuto en el Estado descentralizado», en PAU I VALLS (Cd) *Las Reformas estatutarias y la articulación territorial del Estado. XIV Jornadas de la Asociación Española de Letrado de Parlamentos*, Editorial Tecnos, AELPA, Madrid, pp. 105-152.
- DE VICARIO Y PEÑA, Nicolás (1997), «Los conciertos económicos de las provincias vascongadas», Bilbao.
- (2000), *Fiat Lux. Monografías sobre tributación comparada de Vasconia y de otras provincias españolas*, Bilbao.
- VILHAR TRILHO, *A remodelação «federal-confederal» do Reino da Espanha (2001)*, Edicions Laovento, Santiago Compostela.

- VIVER I PI-SUNYER, Carles (2008), «El Estatuto de Cataluña en el marco de la constitución» PAU I VALLS (Cd) *Las Reformas estatutarias y la articulación territorial del Estado. XIV Jornadas de la Asociación Española de Letrado de Parlamentos*, Editorial Tecnos, AELPA, Madrid, pp. 31-48.
- WOLIN, Sheldon (2008), *Democracia S.A. La democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido*, Katz, Buenos Aires.
- YANGUAS Y MIRANDA, José (1832-1964), *Diccionario de los fueros y leyes de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona.
- (1833-1966), *La contragerigonza o refutación jocoseria del ensayo crítico sobre la legislación de Navarra*. Diputación Foral de Navarra, Pamplona.
- ZABALA Y ALLENDE Federico (1998), *El concierto económico. ¿Qué ha sido, qué es, qué debe ser?* Bilbao.
- ZABALTZA, Xabier (2005), *Mater Vasconia*, Hiria, San Sebastián, 2005.
- (2007), *Gu, Nafarrok*, Alberdania, Irán.
- (2008), «La Vasconia peninsular y la organización territorial española», en *Revista de Cultura e Investigación Vasca Sancho el Sabio*, Año 18, 2ª Etapa, nº 29, pp.341-481.
- ZAFRA VÍCTOR (1992), «La difícil constitucionalización de los derechos históricos: los pagarés forales», *REP* nº 78 pp. 289-302.
- ZALLO, Ramón (2001), *El País de los Vascos. Desde los sucesos de Ermua al segundo Gobierno Ibarretxe*, Fundamentos/Alberdania, Madrid.
- ZARKA, Yves Charles (2004), *Figuras del Poder. Estudios de Filosofía Política de Maquiavelo a Foucault*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- ZAVALA, Antonio (1992), *Karlisten leenengo gerrateko bertsoak*, Editorial Auspoa, Tolosa.
- ŽIŽIEK Slavoj (2009), *En defensa de la intolerancia*. Sequitur, Madrid.
- ZUBELDIA INDA, Néstor (1931) *Los estatutos en el actual momento crítico de Navarra* Editores: Imprenta La Acción Social, Pamplona, 1931.

# DEBATES



## LOS LÍMITES DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

REMEDIÓ SÁNCHEZ FERRIZ

**SUMARIO:** I. EL ART. 20.4 CE.— II. LAS DOS LIBERTADES INFORMATIVAS: ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS.— III. ELEMENTOS QUE FLEXIBILIZAN LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES: 1. De carácter subjetivo (la condición de las personas afectadas). 2. De carácter objetivo (bienes jurídicos protegidos a considerar en cada caso): A) La diversa resistencia de los tres derechos del art. 18.1: intimidad, honor e imagen. B) Otros bienes jurídicos con los que pueden entrar en conflicto las libertades informativas.— IV. LA ESPECIAL FUNCIÓN DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS COMO AUXILIARES O INSTRUMENTALES DE OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS. V. PARA CONCLUIR.

**RESUMEN:** La autora expone los múltiples ámbitos de intersección entre las libertades informativas y los derechos de la personalidad, así como una serie de bienes jurídicos protegidos por la Constitución que, muy a menudo, se ven afectados por la actividad informativa. Analizando la evolución jurisprudencial en España, cabe concluir que cada vez se protege más la información a costa de otros derechos.

**Palabras clave:** información, honor, intimidad, imagen, jurisprudencia constitucional.

**ABSTRACT:** *The author examines the many areas of intersection between the freedom of information and the rights of the individual, together with a series of juridical goods protected by the Constitution which are very often affected by the information media. From an analysis of the evolution of jurisprudence in Spain, it can be concluded that, more and more, information is protected at the expense of other rights.*

**Key words:** *information, honour, privacy, image, constitutional jurisprudence.*

## I. EL ARTÍCULO 20.4 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En la consideración de los límites de las libertades informativas es forzoso tomar como punto de partida el art. 20.4 de nuestra Constitución. Es de todos conocido, y resulta obligado recordarlo en un acto como este en el que celebramos los 30 años de régimen constitucional democrático, que nuestra Constitución, aun habiendo nacido con 30 años de retraso respecto de las Constituciones democráticas de nuestro entorno, supo alcanzar el nivel más alto de protección de los derechos y las libertades reconocidos en su Título I (y fundamentalmente en la Sección 1ª del Capítulo II de dicho Título). No solo por el reconocimiento sino también, y de modo especial, por las garantías que en el mismo se contienen. De entre ellas, el recurso de amparo (cualquiera que sea su futuro a partir de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) no es la menor en la materia que vamos a tratar pues en estos 30 años por obra de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional hemos alcanzado un buen nivel de precisión en lo que a los criterios de resolución de conflictos se refiere. Conflictos, lógicamente, generados en torno al uso de las libertades informativas y a sus efectos, en ocasiones negativos, para los derechos y bienes jurídicos que en el art. 20.4 se mencionan.

Ciertamente, las libertades informativas pueden plantear, y de hecho plantean muy frecuentemente en vías jurisdiccionales, serios conflictos con distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos e, incluso, con otros derechos fundamentales. Tanto es así, que, como en alguna ocasión he expuesto (1), también pueden entrar en conflicto entre sí la libertad de expresión y el derecho a la información o, al menos, ser contrapuestos por quienes invocan uno u otro a favor de intereses encontrados (2). Pues bien, si según se acaba de ver, tan fundamental contraposición puede obe-

---

(1) R. SÁNCHEZ FERRIZ «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano sobre la televisión, en *Revista de Derecho Público*, nº 108-109, 1987 o «La televisión española en los diez primeros años de vida constitucional», en E. ÁLVAREZ CONDE (ed.) *Diez años de régimen constitucional*. Madrid, Tecnos, 1989.

(2) Si resulta ya obsoleta la cita de tantas decisiones de los Tribunales Constitucionales europeos en las que se justificaban los monopolios o *quasi* monopolios públicos en aras del mejor respeto del derecho a la información, aun con serias limitaciones para la libertad de expresión, bien reciente es la polémica sobre la generalizada, o no, difusión de los partidos de fútbol aun a costa de llegar a considerarlos de «interés general» y, por consiguiente, contraponiendo la universalidad del derecho a la información que garantizan los medios públicos, a la libertad de expresión y libertad de empresa (y, por ende, de contratación) de las cadenas privadas.

decer a la defensa de intereses enfrentados o, en muchos casos, a inocentes confusiones, es lo cierto que la extraordinaria potencialidad de los medios con que se suele transmitir la información, genera no pocos problemas tanto respecto de otros derechos fundamentales como en su relación con bienes jurídicos (constitucionalmente tutelados) tan diversos como lo son la Justicia, el libre desarrollo de la personalidad, la buena fé contractual, la protección del menor, el respeto a la mujer tradicionalmente utilizada como objeto o «complemento estético de la más variopinta publicidad...», si no es que la carrera en búsqueda de la imagen puede afectar también hasta al derecho a la vida (3).

Seguramente desde la convicción de lo inevitable de muchos de estos conflictos, el constituyente decidió incluir en el propio artículo 20 CE su párrafo 4 que, a fuer de amplio y omnicompreensivo, ha permitido sostener que debía tenerse por no formulado (4). En efecto, una primera lectura del precepto permite deducir que absolutamente todo lo preceptuado en el Título I de la Constitución e, incluso, en las leyes que desarrollen sus contenidos, constituye, sin más, límite a las libertades del art. 20; lo que desde luego, sobre ser excesivo, resulta contradictorio con la extraordinaria libertad con que se reconocen las libertades informativas y con el papel institucional que a las mismas se asigna en el sistema democrático. Era ello lo que, atendiendo a los principios que han de presidir todo ordenamiento jurídico, y en particular a su complitud y necesaria coherencia, llevaba a afirmar al Profesor Desantes que tal precepto debía tenerse por no puesto.

Aunque en diversas ocasiones me he adherido a tal afirmación, tanto por la autoridad de quien la sostenía como por lo razonable de la argumentación, creo poder afirmar que, a la vista de la mayor coherencia y claridad con que el Tribunal Constitucional se ha ido pronunciando durante años sobre los problemas generados en torno a las libertades informativas, sí es posible hallar un sentido y funcionalidad al párrafo 4 del art. 20 que no choque con el mantenimiento del papel y de la amplitud de contenidos que es propio de tales libertades.

---

(3) Como en alguna ocasión invita a reflexionar algún premio Pulitzer o, incluso, la emisión de muertes en directo.

(4) J. M<sup>º</sup>. DESANTES GUANTER, «Sentido de las libertades públicas informativas», en *Información y Libertades Públicas en España*. El Escorial. Univ. Complut. De Madrid, 1989, págs. 7 y ss..

Si, como parece ir consolidándose, hacemos un esfuerzo por *determinar bien lo que la Constitución reconoce bajo la denominación de cada derecho fundamental o libertad pública* y tal contenido constitucionalmente protegido se «modula» en función de su concreta «coincidencia» (o *convivencia*) con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, la propia idea de conflictos de derechos podría reducirse considerablemente como podremos ver después (muy en particular sobre la intimidad entendida en sentido estricto). Basta comprobar la amplia serie de criterios (5) ya asentados por el Tribunal Constitucional (con los que se determina cuándo se está utilizando lícitamente alguna de las libertades informativas), para concluir que ya se tiene un concepto de las mismas, perfectamente claro, desde el que se opera.

De este modo, cabe afirmar que el constituyente, mediante el párrafo 4 del art. 20, no habría hecho otra cosa que llamar la atención sobre una realidad incontestable: que, por los medios de comunicación, en tanto que soportes de los mensajes informativos, pasan todos los derechos a que se refiere el Título I de la Constitución en la medida en que esos medios de comunicación son reflejo de la vida social pudiendo, por ello, potenciar, o también violentar, los derechos ajenos. Sólo una clara determinación del ámbito protegido por la libertad de expresión y por el derecho a la información permite observar que los eventuales conflictos no son tantos o, al menos, que su resolución es y debe ser más fácil si se comienza por saber en cada caso si se ha ejercido cada una de esas dos libertades en los términos apropiados.

Así, pues, hablar como se nos pide en esta ocasión sobre los límites de las libertades informativas es, en realidad, determinar en qué casos estas se ejercitan lícitamente y en qué casos no. O dicho de otro modo, no resultaría útil la exposición del art. 20.4 si no empezáramos por decir que *cada uno de los bienes jurídicos por dicho precepto protegidos, interactúan con las libertades informativas* en modos diferentes no pudiendo por tanto establecer reglas fijas y con carácter general.

A tal efecto, la primera de las distinciones o precisiones que hemos de recordar es la de la diversa significación y régimen jurídico de las dos libertades informativas.

---

(5) Un intento de sistematización de los mismos en R. SÁNCHEZ FERRIZ *Delimitación de las Libertades Informativas*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

## II. LAS DOS LIBERTADES INFORMATIVAS: ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS

Una de las primeras aportaciones del TC, sin duda la más significativa en la labor de delimitación, es la de haber resuelto la discusión doctrinal sobre si las libertades informativas debían entenderse desde una visión monista (en cuya virtud una de ellas comprendía a la otra que sería derivada de la primera) o dualista por tratarse de dos derechos de libertad distintos. Ya en voto particular a la sentencia 165/87 se anuncia el que será punto de inflexión de la jurisprudencia siguiente, aunque fue en la STC 6/88 cuando se decantó el Alto Tribunal por la posición dualista.

La sentencia 6/88 es sin duda la más significativa del cambio que en aquella época se opera en la doctrina del Tribunal porque en el caso mediaba una relación laboral con los consiguientes condicionamientos que suele comportar para la libertad de expresión del trabajador; y, sin embargo, el Tribunal es tajante al amparar dicha libertad, iniciando una andadura que ya no se ha modificado. Así, se leerá poco después en el F. j. de la S.T.C. 107/88:

«Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada STC 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que *al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumbe su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar*, según los términos del artículo 20.1 d) de la Constitución, y, por tanto *la libertad de expresión es más amplia* que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a la consecuencia de que aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea y opinión que se expresa».

---

(6) Siempre he mantenido en forma muy minoritaria esta posición (que ahora sí se halla claramente aceptada en la jurisprudencia del T.C.) partiendo del planteamiento sostenido por L. MARTÍN RETORTILLO e I. DE OTTO, *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988.

A partir de aquí se inicia la labor jurisprudencial de «delimitación» (6) de dos grupos de derechos fundamentales: libertad de expresión e información de una parte y de otra el derecho al honor, intimidad e imagen, así como de toda la serie de figuras jurídicas que suelen entrar en juego (ex art. 20.4). En las distintas fases de esa labor jurisprudencial se ha tenido ocasión de considerar la confrontación de las libertades informativas con diversos bienes jurídicos protegidos. Y resulta llamativo el hecho de que en el último trienio la inmensa mayoría de asuntos resueltos por el TC se hayan ocupado de estos bienes jurídicos y apenas de los tres derechos de la personalidad (7). Pero lo bien cierto es que la única delimitación clara ya en los últimos años 80 fue la de las relaciones entre la libertad de expresión y el derecho a la información; el resto de las necesarias conceptualizaciones hubo de esperar al menos 10 años.

Volviendo a las dos grandes libertades del artículo 20, es evidente que estamos ante dos derechos de la persona complementarios tanto en lo que respecta a su fundamentación como en sus contenidos y en su respectiva función dentro del sistema democrático. Ello explica que aun hoy se sigan invocando a la vez y, en ocasiones, sin conocer bien sus diferencias (8).

¿En qué difiere el derecho a la información de la libertad de expresión o qué le es propio, incluso, como característica distintiva frente a ella? *La libertad de expresión* responde a la sociabilidad humana, se mantiene en el ámbito de los derechos humanos; si una de sus facetas, la crítica política, es bien relevante, no lo es todo ya que la libertad de expresión alcanza todos los ámbitos de la vida humana (político, social, laboral, familiar, artístico, etc.).

No así *el derecho a la información*; éste no es el derecho a conocer la opinión o el pensamiento ajeno que sería el reverso de la libertad de expresión lo que, no solo no tiene cobertura sino que además se halla proscrito cuando de datos o posiciones personales se trata (9). En sentido riguroso, el derecho a ser informados se tiene, *personalmente, respecto*

---

(7) Recientemente expuestos con detalle en R. SÁNCHEZ FERRIZ, «Treinta años de Información constitucionalmente protegida. La labor del Tribunal Constitucional en la fijación de límites y garantías», en *El derecho a la Información judicial*. Fund. COSO, Valencia, 2008.

(8) Como en el caso de la S.T.C. 110/2000.

(9) Baste pensar en la protección del art. 16 o, incluso en la protección otorgada por la ley (ex art. 18.4) frente al conocimiento no consentido de datos personales.

*de todo aquello que nos afecte y ante lo que podemos esgrimir un interés legítimo en conocer* (datos informáticos personales, expediente administrativo, acusación, etc.), y *políticamente* (como colectivo y también como miembros de la comunidad política) *de todo cuanto afecte a la convivencia política*. Por ello, y en la misma medida en que las funciones estatales han aumentado extraordinariamente y la acción política se expande a lo largo y ancho de las sociedades contemporáneas, la complejidad de éstas, y la expansividad de la presencia pública en la sociedad, hace que resulten de interés asuntos aparentemente económicos o incluso personales cuando se trata de cargos públicos o asimilados (vidas privadas de grandes banqueros o de representantes de las más altas instituciones) que en otras épocas no se hubieran considerado públicos.

Pero más allá de la fundamentación de cada una de las dos libertades informativas y de su significación, lo importante es subrayar la aportación del Tribunal Constitucional en punto a su distinción estrictamente jurídica que es la que permite que la relación de ambas con otros derechos y bienes jurídicos sea diferente y que su respectiva invocación comporte consecuencias jurídicas bien diversas. Pues la *libertad de expresión ampara la emisión de pensamientos ideas y opiniones mientras que la de información protege la emisión de hechos veraces y de relevancia pública*.

Y siendo tan distintos los contenidos también lo ha de ser, lógicamente, su régimen jurídico. Pues en una democracia la libre expresión de ideas, pensamientos y opiniones (reconocida en la letra a del art. 20.1 CE) solo puede «combatirse» con otras ideas, opiniones y pensamientos, de suerte que no hay mas verdad que la que cada uno puede deducir a condición que no se cieguen las fuentes, que todos puedan expresar su opinión. No así el ejercicio de la libertad de información reconocido en la letra d del art. 20.1 cuyo contenido viene dado por la *naturaleza objetiva de lo que se transmite: son hechos o noticias, es información, y no simple opinión*.

Cabe, así, establecer de entrada «*límites*» o «*líndes*» propios de la definición constitucional de ambas libertades aunque en la realidad su virtualidad dependerá del bien jurídico con el que se confronten. Con carácter general son muy pocos: para la libertad de expresión, de amplísimo ámbito, solo se prohíbe el insulto. Mayor precisión exige, en cambio, la determinación de lo que sea el ámbito de la libertad de información pues la Constitución solo ampara la que sea veraz y de relevancia pública. Debe de inmediato aclararse que la veracidad constitucionalmente exigida

no es de carácter objetivo sino subjetivo: no cabe exigir que se difunda solo la verdad, sino que lo que se difunda se haya contrastado diligentemente. O dicho de otro modo, *la constitución no ampara los chismes, rumores, insidias, sino la información que un buen profesional solo difundiría cuando la ha contrastado diligentemente.*

### **III. ELEMENTOS QUE FLEXIBILIZAN LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES**

La idea de los límites explica que nos refiramos a ellos pero, en realidad, ya ha quedado apuntado que resulta más preciso hablar de delimitación de las libertades informativas en la medida en que su respectiva convivencia con otros derechos y/o bienes jurídicos, y las concretas circunstancias que en cada caso confluyen, va configurando, delimitando y determinando el *ámbito de legitimidad del ejercicio de la información* ya sea en forma de libertad de expresión, ya de libertad de información. No pudiendo preestablecerse las circunstancias que obviamente solo pueden analizarse *a posteriori*, sí cabe en cambio recordar los elementos o aspectos que predeterminan el ámbito de la información. Pueden ser de carácter subjetivo y objetivo y también su virtualidad opera en forma diferente si se trata del ejercicio de la libertad de expresión o de información.

#### **1. De carácter subjetivo (la condición de las personas afectadas)**

Naturalmente, los supuestos varían extraordinariamente cuando se trata de las personas afectadas por la información. Pero tampoco resulta indiferente el carácter de las personas que llevan a cabo dicha información. Sin perjuicio del especial estatuto de que gozan los profesionales, la amplitud de la libertad de expresión puede ser predicada de todos sus titulares, sean o no profesionales (10); y los requisitos de veracidad e interés público que ha de concurrir en el ejercicio de la libertad de información también concurre en el caso de los no profesionales aunque el hecho

---

(10) Aunque sí es importante que se difunda la información a través de medios institucionalizados, de suerte que tendría menos protección la difundida por octavillas o medios semejantes.

de que el daño se infiera a terceros a través de la difusión hace que la mediación de los medios resulte decisiva a la hora de determinar si quienes han sobrepasado los límites son los particulares que acuden a los medios (si estos han permanecido en la sola aplicación del «reportaje neutral») o si, por el contrario, han contribuido éstos a infligir la ofensa colocándose en el lugar del ofensor, bien dando por buena la noticia sin contraste suficiente, bien por aportar a la misma elementos o formas nuevas y distintas a las que simplemente facilitan los particulares.

Pero donde realmente opera en mayor medida la diferencia entre persona pública y privada es en el plano de los afectados por la noticia u opinión y especialmente si el derecho afectado es el honor o la imagen. Como hemos de ver después, *la intimidad alcanza un fuerte nivel de protección para toda persona*, tanto si lo que se ejercita es la libertad de expresión como si se trata de la libertad de información. Sin embargo, la protección del honor sí difiere extraordinariamente cuando los afectados son personas públicas (11) o simples particulares, pues no cabe desconocer que la protección del honor alcanza su más alto grado cuando carecen de toda relevancia pública las personas que se ven afectadas. Y ello aun cuando lo sean con ocasión de transmitir noticias de interés público siempre que la referencia a las mismas resulte innecesaria para la comprensión de la noticia. Algún ejemplo nos permitirá comprender este decisivo criterio de valoración:

1. Ya en 1990 el caso del Comandante Patiño dio lugar a dos sentencias de la misma fecha (números 171 y 172) por ser dos los periódicos denunciados y diferente su tratamiento respecto de la misma noticia. En la segunda, la desestimación del amparo solicitado por los informadores tuvo su origen en los comentarios que éstos incluyeron sobre tercera persona que supuestamente mantenía una relación con el piloto fallecido y que se hallaba embarazada. No cabía duda del carácter público de la noticia ni de la veracidad del contexto en que la misma se difundió, pero resultaba innecesario para la formación de la opinión pública añadir referencias personales.

2. Más claro es sin duda alguna el asunto resuelto por la *sent. 170/94*, de 7 de junio (que podríamos denominar Caso «titi»). Una mujer

---

(11) El caso Mújica (STC 54/2004) es a mi juicio paradigmático de la menor protección del honor de las personas públicas.

resultó herida por el desprendimiento de una losa de un edificio, teniendo que amputarle la pierna derecha. El periodista que se ocupó del asunto vio en ello ocasión para ejercitar la legítima crítica política al Concejal competente y, en efecto, el T.C. le reconoció haber ejercitado la libertad de expresión e información sobre un tema de indudable trascendencia pública. Ahora bien, frente a la posición de la jurisdicción ordinaria, el Alto Tribunal amparó el honor de la demandante en amparo, víctima accidental del desprendimiento pero, también del tratamiento dado a la noticia por el periodista, que incluyó comentarios improcedentes sobre la misma (12). Y, como no podía ser de otro modo, se recuerda en el F. j. 4 que no existe la libertad de expresar lo que se quiera, que «existe un límite insalvable impunemente» cual es el insulto realizado en forma directa o indirecta:

«Es opinión pacífica de todos, jurisprudencia y autores, que el delito de injurias protege el honor de las personas como pone de manifiesto el propio epígrafe del Título X del Código Penal... El texto analizado deja traslucir un concepto despreciativo respecto de la mujer como género... Es evidente que todo ello nada tiene que ver con la sedicente desidia municipal cuya crítica es la finalidad del comentario periodístico... Tal exceso no es admisible ni siquiera cuando el destinatario de los insultos es un personaje público, *resulta notoriamente recusable si de particulares se trata*. El autor se coloca, él mismo, fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión por menoscabar la reputación y la fama...».

3. Otro ejemplo claro de la máxima cautela que debe adoptarse cuando, aun tratándose de noticias trascendentes para la opinión pública, se incluyen comentarios sobre alguna tercera persona, es el caso «Aurora», resuelto por *sent. 138/1996*, de 16 de septiembre. El hecho que da pie al artículo es de indudable interés periodístico puesto que se trataba de la muerte violenta de una mujer que había desaparecido un mes antes. La hipótesis de los celos como móvil fue cobrando terreno y el periodista se refirió a las «zonas de sombra del crimen» escribiendo lo siguiente: «Aurora es nuevo personaje en esta trama. Vecina de la asesinada, con

---

(12) En el artículo periodístico se podía leer: «Los ciudadanos, casi todos obreros, no entienden lo maravilloso del fenómeno y se quejan, con manifiesta ignorancia, de que a una titi le cortara una piedra la otra noche una losa desprendida de un edificio. La criatura no comprende que, a partir de esta mutilación, su vida tendrá nuevo sentido. Su novio, que estaba a punto de dejarla por otra, ya no se separará nunca de ella y podrá abusar de él durante toda su vida...».

dos hijos de diez y siete años, se había separado del marido cuatro años antes, y desde hace un año y medio vivía en su casa con Maria, quien la pudo inducir, al parecer, a la prostitución. Respecto a la reputación de Aurora en el pueblo hasta ahora no era nada sospechosa...». La persona aludida en este párrafo fue protegida en su honor por el T.C. frente a las innecesarias afirmaciones del periodista. En efecto, concluye el f. j. 6 que

«Fue, pues, el tratamiento dado a la información relativa a la persona de Aurora Villanueva lo que lesionó su derecho al honor determinando que por ello no resultase merecedora de la protección constitucional que otorga el art. 20.1,d) CE...».

4. Otro caso de ofensas al honor de una persona privada, que también fue amparada, es el referido a ciertos escándalos sobre algunos políticos socialistas andaluces de que se hizo eco la prensa y sobre los que se dictó la *sent. 112/2000*, de 5 de mayo (asunto cuya noticia periódica llevaba por título: «Falcon Crest socialista, una turbia historia de amor, poder y dinero»). Pese al contexto indudablemente noticioso y caracterizado por la veracidad de la información facilitada, no cabe deducir que todo es posible cuando estamos ante una noticia de envergadura y suficientemente contrastada. Y a tal efecto de análisis casuístico resulta relevante *si estamos ante sujetos de notoriedad pública* o no e, incluso en el primer caso, si hubo manifestaciones vejatorias, tal como cuida de precisar el F.j. 8:

«Ya hemos dicho en reiteradas ocasiones que los denominados personajes públicos o que poseen notoriedad pública, esto es y en ese orden, *todo aquél que tenga atribuida la administración del poder público y aquellos otros que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, pueden ver limitado su derecho al honor con mayor intensidad que los restantes individuos* como consecuencia, justamente, de la publicidad de su figura (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7). Con todo, en ninguno de los casos, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor ...».

En el caso que ahora se comenta, si bien la demandante en defensa de su honor era la hija del personaje que supuestamente se había enriquecido por sus contactos con políticos, y, además, era la supuesta amante del secretario del Vicepresidente del Gobierno con quien parecía iba a tener un hijo en el momento de la información, lo bien cierto es que no era cargo público ni persona de notoriedad y fue considerada por los tribunales, lógicamente, persona privada.

## **2. De carácter objetivo (bienes jurídicos protegidos a considerar en cada caso)**

### **A) La diversa resistencia de los tres derechos del art. 18.1: intimidad, honor e imagen**

**A.** Creo que en España se comete el error de confundir lo que realmente es la vida privada, de ámbito más amplio, con la intimidad, mucho más restringida (13). Reconducida ésta al ámbito personalísimo al que nadie puede pretender el acceso (siquiera las personas más cercanas o unidas, ya sea por lazos familiares o afectivos) es obvio que sí ha de constituir un límite insalvable frente a toda otra invocación de derechos o de libertades.

Ello sin perjuicio de que sí se ha distinguido acertadamente la intimidad familiar que ha recibido un importante nivel de protección generalmente reforzado por afectar a niños o menores. Tal fue, en efecto, el caso conocido como Sara Montiel, por referirse a la adopción de los hijos de la actriz, resuelto por *STC 197/1991*, de 17 de octubre (14). No

---

(13) A mi juicio, no han sido claras las posiciones jurisprudenciales sobre lo que deba ser entendido por intimidad; pues, no es un atentado a la intimidad que los bancos se vean obligados a desvelar el secreto bancario ante la petición judicial para esclarecer la comisión de delitos fiscales o la evasión de capitales (cosa que en absoluto quedó clara en los razonamientos de la *sent. 110/84* —por citar la primera— ni en la recientísima y última de las dictadas, *STC. 233/2005*); pues, en tal caso, lo serían y mucho más graves, las indagaciones de toda instrucción judicial y en particular las referidas a violencia física o psíquica, o los simples pero delicadísimos asuntos de que se ocupan los juzgados de familia.

(14) El asunto tuvo un extraordinario interés en su día para quienes seguimos de cerca la jurisprudencia en esta materia por que los periodistas que facilitaron los datos sobre la maternidad de los hijos de Sara Montiel, y que no recibieron amparo, se amparaban en el hecho que hubiese sido ella misma y su marido quienes habían dado publicidad y relevancia al asunto por haber convocado una rueda de prensa para comunicar su adopción (extremo de gran interés a la luz del art. 2.1 de la L. O. 1/1982).

puede olvidarse que en este caso resultaba determinante el que se hallaran afectados menores a los que siempre, sin lugar a dudas, el T.C. ha dispensado una especial protección (15). Ello no obstante es un caso en que, pese a hallarnos en el principio de los 90, ya hay afirmaciones muy acertadas sobre la indiscutible prevalencia de la intimidad respecto de cualquier tipo de intromisión.

«Es cierto —se lee en f. j. 4— que la conducta de los adoptantes, dando publicidad a esa adopción, ha de interpretarse como una decisión consciente de aquellos de excluir de la esfera de la intimidad el hecho... Pero, más allá de esos hechos dados a conocer, con mayor o menor prudencia o ligereza, por los padres adoptivos y respecto de los cuales el velo de la intimidad ha sido destapado, prevalecerá el derecho a la intimidad del menor adoptado, y por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres adoptivos...».

Así pues, *si nos ceñimos a la intimidad personal, se trata de un límite absoluto, a mi juicio, para las dos libertades que ahora se estudian. En*

---

(15) La última sentencia conocida hasta ahora en esta materia de menores, la 117/2003, de 30 de junio, confirma la constante jurisprudencial afirmada amparando la intimidad de una menor que consideró vulnerada por las expresiones y formas en que se publicó la noticia por La Voz de Asturias (Con título «Un gijonés se enfrenta a 69 años por violar a su hija en varias ocasiones» y por subtítulo «El fiscal asegura que la niña fue obligada por el padre mediante amenazas» ofrece una pormenorizada exposición de las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, identificando al presunto agresor y a la víctima por sus iniciales y relatando que los hechos «se iniciaron con ocasión de hallarse el acusado con su esposa y sus hijos en la localidad de Peón y prosiguieron en el domicilio familiar de Gijón, cuando ... [padre e hija] se encontraban a solas». En un segundo artículo, se titula «Aumentan la pena al gijonés que violó a su hija» y cuenta con tres subtítulos: «El hombre está acusado de haber cometido abusos durante cuatro años», «El fiscal solicita 88 años de cárcel y el pago a la niña de cinco millones» y «La acusación particular pide 164 años y la defensa, la absolucón». En el cuerpo del artículo se da cuenta del desarrollo del juicio oral «celebrado ayer a puerta cerrada ante los magistrados de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo». Entre otros extremos se menciona la edad de la víctima («La muchacha tiene actualmente 16 años»), se proporcionan las iniciales del acusado al resumir la posición sostenida por la acusación particular... La noticia se ilustra con una fotografía en la que aparece el acusado, retratado de perfil, con el siguiente pie de foto: «El acusado declaró ayer ante los magistrados de la Audiencia Provincial de Oviedo». Aun dando por sentado el interés público de la noticia, la seriedad de las fuentes puesto que del seguimiento del juicio se trataba, y la inexistencia de frases o expresiones inapropiadas, aun reconociendo que el reportaje no puede ser más neutral, se concluye amparando el derecho a la intimidad de la menor pues (se lee en f. j. 7), «abstracción hecha de lo opinable que, en algunas ocasiones, pueda resultar la delimitación de ese ámbito propio y reservado, resulta incuestionable que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, que viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz (STC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6)».

el caso del derecho a la información contemplado en la letra d) del art. 20.1 CE es bien obvio puesto que uno de los elementos constitutivos de tal derecho es la relevancia pública de lo que se informa y resulta difícil imaginar que la intimidad de cada persona, bien entendida, pueda comportar algún interés público:

«Tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo sino presupuesto, en todo caso, de la lesión... En modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común y que sean triviales o indiferentes para el interés público.... La preservación de este reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y por su valor, al ámbito de lo público no coincidente, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar meramente curiosidad ajena...»(sent. 20/90. f.j. 3).

Tampoco la libre emisión de pensamientos, ideas y opiniones de la letra a) del mismo artículo parece que tenga sentido si de desvelar la intimidad ajena se trata, y ello aunque se tratara de personajes públicos (16):

«El que la información publicada se refiera a un personaje público, no implica de por sí que los hechos contenidos en la misma no puedan estar protegidos por el derecho a la intimidad de esa persona que constituye siempre un límite del derecho a la información».(Sent. 197/91, f.j. 4). ...

Más discutible puede resultar la confluencia de las libertades informativas en el ámbito de la intimidad familiar o en la vida privada de determinados personajes que son «personas-noticia» o personajes de tal notoriedad que, o bien hacen gala de su vida privada en los medios, o bien han involucrado, conscientemente o no, sus vidas familiares con asuntos de interés general. Es justamente para esta zona gris en que podrían confluir ambos grupos de derechos, donde se hace necesario disponer de elementos que permitan aplicar el test de la relevancia pública y sobre la necesidad y oportunidad del conocimiento de tales extremos para la libre configuración de la opinión pública.

Por ello, decía, que la intimidad debe evitar ser confundida con la vida privada, aunque ambas tengan protección constitucional. Por ello,

---

(16) Aunque, como veremos después, el amplio margen que el TC concede a la libertad de expresión y el hecho de que la misma se ejerciera en el ámbito literario, ha llevado al amparo de la misma pese a que afectaba la intimidad de una persona ya fallecida.

me parece acertada la idea de la intimidad a la que se fue aproximando el T.C. cuando, alejándose de otras definiciones mas amplias (y mas propias, tal vez, del ámbito de la «vida privada»), vino a decir en *STC 231/88* (F.J. 3), que aquella «implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana».

En el mismo sentido no deja lugar a dudas sobre lo que sea la intimidad. La *STC 156/2001*, de 2 de julio de 2001, en cuyo F. j. 4 se lee:

«Es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE se configura como *un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad*, que deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente la acción y el conocimiento de los demás. Por ello hemos sostenido que este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado frente al conocimiento y la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida (por todas *STC 115/2000*, de 15 de mayo, FJ 4)».

Por último, cabe citar también la *STC 186/2001*, de 17 de septiembre, en la que se ampara el *derecho a la intimidad personal y familiar de Isabel Presley* (17) (caso de las manifestaciones de la niñera) y se fija la indemnización, no atendiendo a la trivialidad de los detalles desvelados sobre su vida privada y su comportamiento cotidiano, sino a la fundamentalidad del derecho vulnerado:

«...en la *STC 115/2000* se declaró que la vulneración del derecho a la intimidad no podía hacerse depender de la insignificancia de algunas de las expresiones vertidas en el curso de dicho reportaje, ya que revestía la trascendencia propia de la relevancia constitucional del derecho fundamental afectado; y, aunque en el FJ 8 se afirmase con carácter general que la gravedad atentatoria de los datos revelados podía ser tenida en cuenta para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho, por supuesto eso no significa que al fijar la indemnización pueda desconocerse la premisa de la *relevancia*

---

(17) En el caso concurren otras connotaciones procesales que han resultado polémicas y muy comentadas por la doctrina puesto que ya el Tribunal Supremo había amparado la intimidad de la demandante que acude al T. C. por segunda vez solicitando una indemnización adecuada al daño sufrido y no simbólica, cuya cuantía fue fijada sin motivación suficiente, no sirve para reparar la vulneración ni para dar debido cumplimiento a la *STC 115/2000*, de 5 de mayo en que ya el T. C. había establecido las bases de dicho reconocimiento.

*constitucional del derecho afectado y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego». (f. j. 7).*

**B.** Tal como he afirmado sobre la intimidad, el tratamiento constitucional del honor también exige que se le reconduzca a una concepción estricta y adecuada al régimen constitucional vigente presidido por el principio de igualdad. Si la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad son fundamentos del orden político y de la paz social, lo son en la medida en que tal proclamación del art. 10.1 CE sea general e igual para todos. La dificultad estriba, como en el caso de la intimidad, en señalar y delimitar el ámbito constitucionalmente protegido (y al que de ningún modo podrían acceder la libertad de expresión y la de información) reconocible, según se acaba de decir, a todo ser humano.

Cuestión distinta es que cada uno con sus propios comportamientos vaya ampliando o reduciendo la esfera de su vida reservada y el ámbito de reconocimiento público haciéndose merecedor de un prestigio humano o profesional que también habrá de ser protegido tal como lo hace la L. O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al Honor, a la Intimidad personal y Familiar y a la Propia Imagen (18). Ahora bien, el proceso de ampliación del propio ámbito de honorabilidad (y de privacidad) no puede comportar para quienes no siguen el mismo camino de reconocimiento social, o de respeto a las pautas sociales, la reducción del que a todo ser humano le reconoce la propia Constitución como nota esencial del propio régimen: *el derecho a no ser vejado ni humillado*.

Este derecho, que ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas por afrentosas (por todas *STC 180/1999*, de 11 de octubre, FJ 3, reiterada en la *STC 297/2000*, de 11 de diciembre, y en la *49/2001*, de 26 de febrero), puede verse condicionado o afectado por las libertades de expresión e información como se lee en F. j. 2 de la *STC 232/2002*, de 9 de diciembre. En ella, se discurre una vez más sobre el honor de las personas dedicadas a la política y, por ello, con un nivel de exposi-

---

(18) En cuyo art. 2.1 se dispone que la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia. Estableciendo el segundo párrafo la exención de ilegitimidad a toda intromisión expresamente consentida por el titular del derecho.

ción a la crítica mayor que el de cualquier ciudadano pese a lo cual, dice el Tribunal, no cabe deducir que carece de protección su honor pues, como se lee en el F. j. 4,:

«La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, *pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate* (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; y 49/2001, de 26 de febrero)» (STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4)».

Con todo, y por más que en ocasiones resulte difícil determinar el concreto concepto de honor, lo que no cabe amparar en ningún caso es el insulto ni la gratuita (y no suficientemente contrastada) imputación de un delito. Respecto de la primera afirmación es paradigmática la *STC 105/1990* (caso Jose Maria Garcia) y respecto de la segunda la *STC 1/2005* (caso Encarna Sanchez) y la *STC 139/2007, de 4 de junio*. En esta última se replantea la teoría del reportaje neutral y, en general, de la información sobre causas penales en la que se imputa directamente un delito a alguien al margen de los resultados judicialmente probados (19).

**C.** Por último, constituye un claro límite de las libertades informativas el tercero de los derechos mencionados por el art. 18.1 CE. El derecho a la propia imagen, que hoy ya se halla perfectamente delimitado, tal como vamos a ver, tampoco estuvo exento de cierta confusión conceptual al principio, o al menos de titubeos en su formulación que pudieron hacer pensar que tal derecho permitía escoger la propia imagen como en el caso del *barman* que, frente a la oposición del empresario, decidió dejarse barba lo que le acarreó el despido (20). Es cierto que existe una intensa

---

(19) En el caso, a través del programa *¿Quién sabe dónde?* dos hermanas acusaban de la desaparición de su tercera hermana al marido de ésta con supuestos indicios, suposiciones, etc. al margen de las investigaciones judiciales, y sin mencionar que éstas se habían archivado en varias ocasiones. Demandadas por el cuñado ofendido, obtuvieron la estimación de sus pretensiones en vía ordinaria pero el TC otorgó el amparo al ofendido.

(20) La sent. del T. C. 170/1987, de 30 de octubre, que resolvió este asunto desestimó el amparo solicitado por el trabajador al entender que el despido no era nulo ni había invadido el

relación entre la intimidad y el derecho a la imagen, como también que a través de la utilización no consentida de la imagen puede verse afectada y violada la intimidad y el honor, pero todo ello no autoriza a confundir sus respectivos conceptos ni a atribuir al derecho fundamental a la propia imagen un contenido constitucional que no tiene.

Ello sí se deja claro en sentencias como la 81/2001, de 26 de marzo: No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, *lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13).*

Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la *facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico*, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5). Así, pues, la delimitación del ámbito protegido constitucionalmente se esta-

---

derecho fundamental a la propia imagen. Ahora bien, lejos de afirmar con toda claridad (como a mi juicio debió hacer) que el supuesto concreto no constituía, frente a la que el trabajador creía, ejercicio de su derecho fundamental, razona sobre la intimidad, sus límites en el ámbito laboral, etc. Así, se lee en f. J. 4: «Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada... y en el ámbito de la intimidad reviste singular importancia la protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma...» a lo que se nos ocurre preguntar, como a tantas sentencias de la época, ¿y qué tiene que ver esto con el caso? Las afirmaciones transcritas tienen sentido si el Tribunal hubiera aprovechado la ocasión para definir el derecho, cosa que no hizo. Resolvió el asunto en los términos del f. J. 5: «...el punto crucial del litigio consiste en determinar si la orden del empresario excedía o no de sus facultades directivas y apreciando como hecho probado el uso local en el sector de hostelería de que los empleados que «tengan contacto con los clientes deben permanecer afeitados», consideró legitimado al empresario para dar dicha orden...».

blece en este derecho por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. Ello no empece que, en determinadas circunstancias, esta regla general enunciada deba ceder en los casos en que existe un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considera constitucionalmente relevante respecto del interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen.

Por ello, afirma el Alto Tribunal, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento, o el interés público en la captación o difusión de su imagen.

Una buena síntesis de la doctrina constitucional se contiene en el F. j. 4 de la *STC 139/2001*, de 18 de junio (21) en el que se lee:

---

(21) F. J. 1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1997 por entender el demandante que ha vulnerado su derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La expresada resolución casó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 1993, que había confirmado en apelación la dictada el 22 de enero de 1992 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid, salvo en el particular relativo a la fijación de las bases para determinar la indemnización. La expresada Sentencia del Juzgado de Primera Instancia había declarado, a su vez, en pronunciamiento confirmado por la dictada en trámite de apelación, que la publicación en la revista «Diez Minutos», en su núm. 2.304 de fecha 9 de agosto de 1990, de unas fotografías tomadas durante el viaje que el recurrente había realizado a Kenya el año anterior en compañía de doña Marta Chávarri Figueroa, constituían una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 7.5 Ley Orgánica 1/1982). La Sentencia recurrida en amparo consideró, por el contrario, que no había existido tal intromisión ilegítima por cuanto sería aplicable al caso la excepción contemplada en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982, dado que el Sr. Cortina Alcocer era una persona muy conocida en el ámbito financiero y social en general, y una *reserva federal de caza en Kenya es un ámbito abierto al público en general*.

2. El recurrente alega que la Sentencia impugnada vulnera el derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) ya que efectúa una ponderación incorrecta entre tal derecho y el derecho a la información [art. 20.1 d) CE], pues la publicación de las controvertidas imágenes por parte de la revista, y sin su consentimiento, no se apoya en un «interés histórico, científico, o cultural relevante», justificativo de la excepción que contempla el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, sino en un interés de mera curiosidad intrascendente, que no puede fundamentarse en el derecho a la información. Afirma asimismo que no concurrían en este caso las circunstancias previstas en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica, puesto que él no puede ser considerado una persona pública, ni tampoco puede decirse que una reserva federal de caza sea un lugar abierto al público; e indica, además, que, aunque concurrieran tales circunstancias, ello no sería suficiente para legitimar la publicación

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, en relación con supuestas vulneraciones del derecho a la propia imagen, en las SSTC 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, y 81/2001, de 26 de marzo. En la primera de ellas se abordan las restricciones a que el expresado derecho puede verse sometido en el seno de una relación laboral; la segunda se centra en la forma y condiciones de revocación del consentimiento prestado contractualmente por una actriz para la publicación de unas fotografías; y la tercera enjuicia la difusión de un anuncio publicitario que reproducía, sin su consentimiento, la identidad del entonces recurrente en su faceta de actor.

En la última de dichas Sentencias hemos afirmado que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como «un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde» (STC 81/2001, FJ 2)».

Y en F. j. 5 de la misma sentencia se completa el argumento que lleva al otorgamiento del amparo solicitado por don Alberto Cortina de Alcocer:

... «Ciertamente, no puede deducirse del art. 18 CE que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, de modo que quede desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda (STC 99/1994, FJ 5). Y ello porque «con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana»...

---

de las fotografías porque no satisfacen un interés general. Se dice, por último, en la demanda que las imágenes no fueron captadas por un periodista gráfico sino que eran fotos privadas, que ilegítimamente pasaron a los medios de comunicación y que se publicaron sin el previo consentimiento de los fotografiados.

Una última referencia nos permite apurar esta breve consideración del derecho a la imagen con nuevas facetas es la *STC 81/2001*, de 26 de marzo de 2001 (22) en la que, habiéndose también invocado el derecho a la imagen el T.C. distingue entre lo que es propiamente el derecho a la propia imagen en a la dimensión personal del sujeto y la dimensión publicitaria que no afecta a la dignidad, sino al valor patrimonial o comercial de la imagen.

## **B) Otros bienes jurídicos con los que pueden entrar en conflicto las libertades informativas**

Junto a los tres derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.1 CE han de tenerse presentes otros bienes jurídicos susceptibles de protección frente a un uso indebido de las libertades informativas, cuales son la protección del menor, la buena fe contractual, el respeto debido a la autoridad judicial o el respeto debido a los superiores jerárquicos en los Cuerpos del Estado sometidos a disciplina militar.

Ahora bien, tampoco en estos casos es posible hallar reglas de aplicación general puesto que *interactúan con las libertades informativas en formas muy distintas*, según se trate de la libertad de expresión o de la de información, y según sea el bien jurídico implicado. En términos generales cabe establecer lo siguiente:

Junto a la máxima protección reservada a todo ámbito en el que se desarrolla un menor, el respeto jerárquico de los miembros de cuerpos sometidos a disciplina militar comporta también, aunque por razones bien distintas, el máximo de limitación para el ejercicio de las libertades informativas del que *infra* daremos algún ejemplo.

En cambio, los otros bienes jurídicos que acabamos de mencionar apenas si ofrecen en las últimas decisiones jurisprudenciales resistencia a la libertad de expresión. Al no contar ésta con los límites internos o conceptuales con que cuenta la libertad de información, su ámbito amplísimo

---

(22) La entidad Proborín, S.L., publicó, sin consentimiento ni autorización del recurrente, una serie de anuncios publicitarios en diversos medios de comunicación en los que, evitando reproducir el nombre y la imagen de aquél, se utilizaban una serie de expresiones y representaciones gráficas, consistentes en un dibujo de unas piernas cruzadas, vistiendo unos pantalones negros y calzando unas botas deportivas de color blanco, conjuntamente con una leyenda que decía: «La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies»

ha hallado amparo en multitud de casos sin perjuicio de que contuviera expresiones hirientes, molestas u ofensivas. Los casos más recientes confirman la expansión de la defensa de la libertad de expresión respecto de los bienes jurídicos protegidos que por la misma se han visto afectados. Bastará ahora con algunas referencias:

A la buena fe contractual (23) se refiere la *STC. 108/2008* de la que después nos ocuparemos por tratarse de un caso en el que la libertad de expresión operó como complemento de la sindical con lo que quedó reforzada (así como la *181/2006*, que también mencionaremos después). En cuanto al respeto debido a la autoridad judicial (24), también comprobaremos infra la ampliación del ámbito de protección de la libertad de expresión cuando nos referiremos a su uso en términos de defensa letrada.

#### **IV. LA ESPECIAL FUNCIÓN DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS COMO AUXILIARES O INSTRUMENTALES DE OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS**

**1.** Respecto de las relaciones entre la difusión de información y los *derechos de participación*, es relevante la sentencia TC de 20 de julio 99 (136/99, caso Mesa Nacional de Herri Batasuna) que, al final del fundamento jurídico 13, se refiere a la interconexión de estos grupos de derechos

«...sí debe compartirse la idea de que en el presente caso los derechos libertades de expresión, de información y de participación en los asuntos

---

(23) No cabe olvidar tampoco en lo que se refiere al principio de la buena fe contractual en las relaciones laborales las siguientes sentencias: *STC 181/2006, de 19 de junio*, que también otorga amparo a una trabajadora que redactó, distribuyó entre los trabajadores y obtuvo (con dudosa limpieza) la firma de los mismos para su presentación a la dirección de la empresa. La *STC 56/2008, de 14 de abril* trae causa del conflicto suscitado entre un trabajador con más de 30 años de antigüedad en Cepsa. En la *STC 125/07, de 21 de mayo*, se otorga también amparo a un periodista del Diario El Mundo que denunció la discriminación sufrida respecto de otros colegas.

(24) Así, por lo que respecta a la justicia, se lee en el F. j. 3 de la sent *226/2001, de 26 de noviembre de 2001*, citada *supra* con ocasión de exponer la conexión de la libertad de expresión con el derecho de defensa «Con estos parámetros de decisión estamos ya en condiciones de valorar si, en su apreciación, los órganos judiciales, el Juzgado primero y la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia después al conocer del recurso de alzada, efectuaron una ponderación adecuada acerca de si las expresiones vertidas en el escrito del demandante de amparo desconocían o no el mínimo obligado respeto a la *autoridad e imparcialidad del Poder Judicial*, que constituye el límite de la reforzada libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa»

públicos forman un todo interrelacionado en que los tres elementos se condicionan mutuamente en su contenido y alcance. Más concretamente, las libertades de expresión e información actúan, por así decir, como *instrumentos que hacen posible la participación en los asuntos públicos y acceso a los cargos públicos*, al mismo tiempo que ese contexto de participación política en el que se ejercen delimita o cualifica el contenido y alcance de dichas libertades...».

Ello sin perjuicio de que en el fundamento jurídico 14 los derechos informativos parecen presentarse como auxiliares o accesorios (25) de los de participación política y, en concreto electoral, reconocidos en el artículo 23.1 CE. En cualquier caso, lo importante es que la interconexión entre diversos grupos de derechos, todos ellos fundamentales, es tan intensa que, en una interpretación integrada del Título I de la Constitución, como también he dicho ya antes, resulta más apropiado hablar de la «modulación» de cada uno de los ámbitos jurídicos protegidos cuando entre ellos conectan en forma directa que de límites a cada uno de los derechos.

Dicho de otro modo, según la concreta función y espacio jurídico en que actúan las libertades informativas, las notas básicas que caracterizan a las mismas, o alguna de ellas, se ven afectadas de suerte que la interpretación y aplicación no podrá hacerse con los parámetros de cada derecho o libertad y sus supuestos límites en forma sucesiva; por el contrario, debe procederse al análisis simultáneo de los derechos que confluyen en función del espacio jurídico en que se produce tal confluencia y de la fun-

---

(25) F. J. 14: Los derechos de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 C.E.) y de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 C.E.), que en la parte de su contenido que afecta a las dos vertientes del principio de representación política forman un «todo inescindible» (entre otras, SSTC 5/1983, fundamento jurídico 4º, y 24/1990, fundamento jurídico 2º), poseen, no sólo un contenido prestacional y una función de garantía de institutos políticos como el de la opinión pública libre, sino también un contenido de derecho de libertad que se concreta, en lo que aquí interesa, en la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para transformarla que consideren oportunas. Los bienes jurídicos que este particular aspecto de los derechos del art. 23 C.E. pretende garantizar o, mejor, los valores y principios constitucionales que pretende hacer efectivos son, entre otros, la legitimidad democrática del sistema político, el pluralismo político y la formación de la opinión pública libre. Con estos derechos se trata de asegurar a las personas que participan como actores en la actividad pública, y a los partidos y grupos en los que aquéllas se integran, la posibilidad de contribuir a la formación y expresión de la opinión pública libre, poniendo a disposición de los ciudadanos en general y de los electores en particular una pluralidad de opciones políticas para que puedan formar sus propias opiniones políticas y, en el momento electoral, para que puedan elegir libremente los programas que estimen más adecuados...».

ción que todos ellos desempeñan, en ese concreto momento respecto del sistema democrático que les sirve de marco.

**2.** Es evidente que las libertades informativas mantienen también una estrecha relación con el *resto de las libertades públicas*; especialmente su ya amplio ámbito de protección se ha visto reforzado cuando se ha utilizado como soporte o apoyo de la libertad ideológica. Y recientemente la hemos visto también reforzada en su coincidencia con la *libertad artística*. De esta última se ha ocupado la sentencia 51/2008, de 14 de abril (caso Editorial Santillana, S. A.) (26). En el siguiente párrafo se comprobaba la ampliación del ámbito protegido:

«Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que *no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información* para contribuir a la formación de una opinión pública libre.... De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión... (E)s evidente que el ejercicio del derecho a la creación y producción literaria también está sometido a límites constitucionales que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Sin ir más lejos, el propio apartado 4 del artículo 20 CE dispone que todas las libertades reconocidas en este precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. En cambio, y tal y como se desprende de la propia Sentencia recurrida, el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho» (FJ 5) (27).

---

(26) Se trataba de la demanda presentada por la viuda de un personaje sobre el que se hacían afirmaciones de su juventud en el libro «Jardín de Villa de Valeria» que se consideraron por la demandante ofensivas. El Ministerio Fiscal puntualizó que no se estaba ante un conflicto entre el honor y la libertad de expresión sino entre aquel y la libertad de creación artística del art. 20.1, b.

(27) En muy distinto contexto resulta más llamativa la decisión tomada en el asunto «Soziedad Alkohólka», por varias razones. En primer lugar, por tratarse de la jurisdicción ordinaria (STS de 17 de julio de 2007, Sala 2ª) y en segundo lugar por tratarse de un contexto geográfico y temático en el que las expresiones de la letra de la canción enjuiciada pueden causar mayor malestar que en otros ámbitos menos afectados por los problemas del terrorismo. En el caso, la Asociación Víctimas del Terrorismo consideraba que las letras de las canciones del grupo musical conocido como Sociedad Alkohólka resultaban ofensivas para las víctimas hasta el punto de poder constituir el tipo previsto en el art. 578 del C. P. No encontramos en la sentencia referencias expresas a la libertad de creación artis-

Entre otros es decisivo el caso de la reciente STC 108/2008, de 22 de septiembre, para entender la forma en que se potencia la libertad de expresión cuando sirve de auxilio a la *libertad sindical*. Así se expresa en F. j. 4:

«la lesión que también se estima producida, como subrayábamos en la STC 198/2004, de 15 de noviembre (FJ 4), no es la de los genéricos derechos a la libertad de expresión e información de los que son titulares todos los ciudadanos, sino la de los relativos a la información y expresión sobre materias de interés laboral y sindical, como instrumentos del ejercicio de la función representativa que en su condición de representante sindical... La invocación del art. 20.1 a) y d) CE carece, pues, de sustantividad propia y no es escindible de la que se efectúa del derecho a la libertad sindical»...

Sin embargo, la limitación en el caso de los cuerpos sometidos a disciplina militar es tajante. Tanto si se invoca la libertad sindical como si lo hace la de expresión como auxiliar de aquella, lo que representaría un caso similar al supra referido (28).

---

tica, pues las cuestiones procesales a que da respuesta impiden que se haya entrado propiamente en el fondo del asunto. Pero sí se desprende de la resolución una amplia concepción de la libertad de expresión que lleva a sobreseer en la instancia el procedimiento en lo referido al primer tipo de los dos previstos en el art. 578 del CP (enaltecimiento o justificación por una parte, y realización de actos que entrañen descrédito..., por otra) aunque se ordenaba la continuación del procedimiento respecto del segundo tipo. La STS avala el sobreseimiento a partir de disquisiciones conceptuales y procesales, insistiendo en la amplia cobertura de la libertad de expresión para concluir del siguiente modo: «El texto de la letra, por mas repulsa social que merezca, no expresa sino *opiniones con excesos verbales hirientes y desafortunados, especialmente rechazables* por el momento y ocasión, tanto en el año en que la canción se grabó, 1993, como en la actualidad, sobre la actuación de determinados miembros de las fuerzas de seguridad en prevención de atentados contra sus personas, *pero que tienen cabida en el derecho a la crítica y en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión*, y son tolerables en una sociedad democrática que no pueden verse coartados por la acción penal ejercitada».

(28) La STC 272/2006, la mas reciente que conocemos al respecto, convalida la doctrina precedente sin mayor flexibilización de las restricciones: «en la STC 270/1994, de 17 de octubre, FJ 4 (dictada con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por un agente de la Guardia civil que fue objeto de sanción disciplinaria de separación del servicio por la manifestaciones realizadas en una rueda de prensa), recordando la doctrina anterior, señalábamos que las altas misiones que el art. 104.1 CE atribuye a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado «se pondrían en peligro si se considerasen amparadas por el derecho a la libertad de expresión aquellas críticas que fueran vertidas por los mismos sin la medida necesaria para no incurrir en una vulneración del respeto debido a sus superiores ni atentar contra el buen funcionamiento del servicio y de la institución», debiendo ponderarse en cada caso si el funcionario ha hecho un ejercicio de su derecho a la libertad de expresión dentro de los límites derivados de los deberes que ha de cumplir en su condición de miembro de las Fuerzas Armadas o de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado» (fj.9 de la 272/06).

4. La reciente *STC 235/2007, de 7 de noviembre (29)*, viene a avalar la defensa reforzada de la libertad de expresión cuando es vehículo de *la ideológica* que ya quedo puesta de manifiesto desde la *STC 20/1990, de 15 de febrero (caso Mundiales de futbol) (30)*. La *STC 235/07* se dicta para resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona llamada a resolver la impugnación, en vía de apelación, de la primera sentencia dictada en España en aplicación del Código penal (31) por los delitos de provocación a la discriminación (art. 510.1 CP) y difusión de ideas o doctrinas negacionistas o justificadoras del genocidio (art. 607.2 CP) y de la que se derivó la condena para el propietario de la Librería Europa en la que durante años se difundían todo tipo de materiales con el fin de negar la persecución y genocidio de los judíos a manos de la Alemania nazi. Sin embargo, el Juez *a quo* planteó la cuestión al observar la falta de proporcionalidad entre los diversos preceptos referidos a estas conductas. La sentencia, compleja y plagada de disquisiciones jurídicas de orden penal, representa un caso más de ampliación de los márgenes de protección de la libertad de expresión y, más aún si cabe, cuando la misma se ejercita en el ámbito de la investigación histórico-científica.

En definitiva, la distinción que prevalece es la de la lesión concreta de derechos pero el TC parece descartar que sólo con la expresión de ideas, si no hay clara y directa incitación al odio, puedan lesionarse derechos:

---

(29) Un estudio exhaustivo de la misma en G. ROLLNERT LIERN «Revisionismo histórico y racismo en la Jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la *STC 235/2007*)», de próxima aparición en *Revista de Derecho Político de la UNED*. Sobre la doctrina del T.E.D.H. en esta misma cuestión, J.M. BILBAO UBILLOS «La negación del Holocausto en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión», en *REVISTA DE DERECHO POLÍTICO DE LA UNED*, núm. 71-72, 2008.

(30) En ella se lleva a cabo una decidida afirmación de la libertad ideológica que reforzaba la de expresión, pero afirma Rollnert (op. cit) que la claridad de esta doctrina... se vio en cierta medida enturbiada por dos sentencias posteriores (*SSTC 214/1991* y *176/1995*) que se pronunciaron acerca del denominado «revisionismo histórico» respecto de la Segunda Guerra Mundial y, en concreto, respecto de los asesinatos en masa en los campos de concentración de la Alemania nacionalsocialista

(31) Para enmarcar el problema en nuestro ordenamiento ha de recordarse que con posterioridad a las *SSTC 214/1991* y *176/1995* (casos *Violeta Friedman* y *Comics Hitler*= *SS*, respectivamente), en los que el derecho a la dignidad y al honor del colectivo judío fue valorado y amparado frente a la alegada libertad de expresión, la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 4/1995*, de 11 de mayo, comportó la tipificación de delitos en torno a la exposición pública de ideas o doctrinas que nieguen, banalicen o justifiquen los actos genocidas o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio.

«El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución (y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional» (STC 235/2007, FJ 4).

**5.** Por último, mencionaremos también la relación que las libertades informativas, y en especial la de expresión, mantienen con *derechos de carácter procesal*. Repetidamente ha manifestado el T.C. la estrecha relación de la libertad de expresión con el derecho de defensa hasta el punto de que aquélla queda reforzada en la medida en que sirve a la efectividad de éste. Así, en sent 226/2001, de 26 de noviembre de 2001, F. j. 2, se lee:

«En efecto, junto a los supuestos ordinarios de ejercicio de la libertad de expresión, como forma genérica, exteriorizada, de una previa libertad de opinión o de creencia, se dan supuestos de ejercicio de tal libertad en los que están implicados otros bienes constitucionales, o incluso otros derechos fundamentales. Tal es el caso de la libertad de expresión conectado a los procesos de formación y de exteriorización de un poder político democrático (art. 23 CE), el de la libertad de cátedra [art. 20.1 c) CE], o el que ahora nos ocupa de la defensa y asistencia de letrado. *La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de su función de defensa resulta, así, una libertad de expresión reforzada por su inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa ex art. 24.2 CE.*»

Insistiendo en el FJ 5 de la misma sentencia ...

‘La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la actividad de defensa’, añadimos en la STC 205/1994, ‘es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el art. 20 CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte (art. 24 CE) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por esta razón, se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar» (32).

---

(32) La misma idea podemos hallar en sentencias posteriores como la 24 de 2007.

## V. PARA CONCLUIR

Sin perjuicio de la ya afirmada labor de determinación de todos los derechos y bienes jurídicos implicados por parte del Tribunal Constitucional, si hubiéramos de advertir hacia dónde caminamos en este momento, a la vista de las últimas decisiones, la conclusión sería de un *reforzamiento de la libertad de expresión* a costa de la defensa de otros valores y bienes que con ella conviven. De tal suerte que, habiéndose identificado el orden democrático con el libre ejercicio de la libertad de expresión, otros valores también considerados por las democracias dignos de protección (lo que puede constatarse con la sola lectura del art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) han perdido en nuestro caso relevancia cediendo posiciones a favor de aquella en forma paulatina pero evidente, siempre por obra de la jurisprudencia constitucional.

# ORDENACIÓN DEL LITORAL Y ABUSOS URBANÍSTICOS (EL CASO VALENCIANO)

OMAR BOUAZZA ARIÑO

*Sumario: I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO.— II. LA ESTRATEGIA TERRITORIAL EUROPEA, LA AGENDA TERRITORIAL EUROPEA Y EL TRATADO DE LA UNIÓN.— III. NORMATIVA APLICABLE AL LITORAL VALENCIANO: 1. Normativa estatal: A) El Texto Refundido de la Ley estatal de Suelo, de 2008. B) La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. C) La Estrategia para la Sostenibilidad de la Costa. 2. Normativa autonómica aplicable e instrumentos de ordenación territorial: A) La vieja Ley valenciana 6/1989, de 7 de julio, de Ordenación del Territorio y la Ley valenciana 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo. B) La Ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje. C) El Plan de Acción Territorial del Litoral: a) Notas generales. b) Obligatoriedad e interpretación del Plan. c) Ordenación del litoral contemplada en el Plan. d) Problemas territoriales, objetivos y espíritu del Plan. e) Previsiones de desarrollo turístico. f) Recapitulación: visión general del Plan de Acción Territorial del Litoral. D) La legislación urbanística valenciana: la Ley 6/1994, de 15 noviembre, reguladora de la actividad urbanística y la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística.— IV. CONCLUSIONES.*

*RESUMEN:* Uno de los principales problemas de la ordenación del litoral español es la planificación urbanística realizada al margen de criterios de ordenación global del territorio. El caso de la Comunidad valenciana es especialmente significativo pues a través de los Programas de Actuación Integrada se ignora el sistema territorial superior que debiera guiar los modelos de desarrollo municipal, violándose, como ha puesto de manifiesto el Parlamento Europeo, el Derecho comunitario y derechos fundamentales como el de propiedad.

*Palabras clave:* Comunidad valenciana; ordenación del litoral; ordenación del territorio; programas de actuación integrada; derechos fundamentales.

*SUMMARY:* One of the main problems of Spanish coastal planning is urban planning not done within the criteria established by regional planning. The case of the Valencian Community presents special interest because through the Programs de Actuación Integrada it is ignored the main development system which should

*guide urban development models, violating, as the European Parliament has stressed, European Community Law and fundamental rights as protection of property.*

*Key words: Valencian Community; coastal planning; spatial planning; programas de actuación integrada; fundamental rights.*

## I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO

Uno de los ámbitos territoriales que sufre de una manera más intensa el impacto de las actividades económicas en España es, sin lugar a dudas, el litoral. En este análisis jurídico me centraré en una Comunidad concreta, la Comunidad Valenciana, espacio en el que el fenómeno de la segunda residencia o el turismo residencial ha supuesto la ocupación de buena parte de la primera, segunda y tercera línea de playa, extendiéndose en los últimos tiempos a las zonas de influencia socioeconómica. Si analizamos, en concreto, la clasificación del suelo de la primera línea de costa, de acuerdo con los datos ofrecidos por el Plan de Acción Territorial del Litoral (en adelante, también me referiré a este instrumento con sus siglas «PATL»), resulta que de los 470 km que tiene el litoral valenciano, el 48,7% está clasificado como suelo urbano por el planeamiento general vigente, el 18,3% como suelo urbanizable y el 33% como suelo no urbanizable. De este último, el 31,3% está sujeto a algún régimen de protección, mientras que el 1,7% corresponde a suelo no urbanizable no protegido. Lo que supone que cerca de la mitad del litoral valenciano, actualmente se encuentra urbanizado y, aproximadamente, está previsto que se urbanice otra quinta parte del mismo. Por el contrario, *un tercio de la franja litoral ha quedado al margen del proceso urbanizador* contando, un 95%, con alguna medida de protección prevista desde el planeamiento municipal.

En este análisis trataré de plantear la problemática jurídica que ha derivado en un modelo de consumo territorial y que ha provocado desequilibrios territoriales entre la costa y el interior y entre los municipios costeros entre sí (1). Previamente, partiré con unas notas de Derecho euro-

---

(1) Sobre el concepto de ordenación territorial sostenible, me remito a mi libro *Ordenación del territorio y turismo (un modelo de desarrollo sostenible del turismo desde la ordenación del territorio)*, Atelier, Barcelona, 2006, 360 p. Desde la perspectiva más concreta del litoral, véase el libro de Josep M. Aguirre i Font, *L'ordenació del litoral català: els plans directors urbanístics del sistema costaner*, Atelier, 2007, 217 p.

peo para mostrar las líneas que se plantean en las organizaciones supranacionales a las que pertenecemos, fundamentalmente, la Unión Europea y el Consejo de Europa, en materia de sostenibilidad territorial y desarrollo equilibrado basado en un desarrollo policéntrico. Después, haré referencia a la Ley aplicable al litoral valenciano y a los instrumentos de ordenación territorial y sectorial, así como los urbanísticos aplicables en la Comunidad. Tendré especialmente en cuenta, el Plan de Acción Territorial del Litoral y finalmente la polémica suscitada por los desarrollos urbanísticos protagonizados por los Programas de Actuación Integrados previstos en la Ley Urbanística valenciana. Este esquema permitirá plantear un modelo sostenible de ordenación integrada frente al modelo de desarrollo mediante proyectos urbanísticos concretos al margen de un esquema global. Por consiguiente, partiré de una visión de conjunto en el marco del cual puedan desarrollarse los planes y proyectos para zonas concretas.

## **II. LA ESTRATEGIA TERRITORIAL EUROPEA, LA AGENDA TERRITORIAL EUROPEA Y EL TRATADO DE LA UNIÓN**

Actualmente no pueden entenderse las diferentes actividades y ámbitos de nuestra vida social sin tener en consideración el entorno geográfico y sociopolítico al que pertenece una determinada región. Lo que conllevará la necesaria aplicación de nuevos ordenamientos jurídicos que vengan de fuera (2). Todos los elementos que integran el actual concepto de desarrollo sostenible, en consecuencia, deberán interpretarse desde esa perspectiva.

España pertenece a dos entidades supranacionales europeas, la Unión Europea y el Consejo de Europa, cuyas reglas y exigencias deberán ser tenidas muy en cuenta a la hora de formular políticas, como la de ordenación del litoral. El análisis previo de la política territorial comunitaria es una tarea inexcusable a la hora de acometer un desarrollo equilibrado en el seno de cada uno de los Estados miembros. La visión integrada de la política territorial que se adopta en la Unión Europea deberá incidir en el

---

(2) En torno a la relación de instrumentos jurídicos aplicables actualmente en el Estado español, véase, con carácter específico, el libro de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, 129 p.

cambio del modelo territorial español, basado fundamentalmente en la política territorial de proyectos individuales y en la prevalencia de lo sectorial sobre lo general. Es decir, el crecimiento económico rápido a corto plazo. Un modelo de desarrollo sostenible, por el contrario, exige la formulación de políticas integradas desde un punto de vista horizontal y vertical. La perspectiva horizontal requerirá la integración de las diferentes políticas sectoriales que se elaboren en el seno de una Comunidad política, como es la Comunidad valenciana. La perspectiva vertical demandará la integración de las diferentes políticas que inciden en el suelo procedentes de los diferentes centros de decisión, a nivel internacional, comunitario, estatal, autonómico y local. Desde esta perspectiva, por ejemplo, no podrá aprobarse un plan que ordene el litoral sin que quede justificada su integración con respecto a los instrumentos globales de ordenación del territorio; ni podrá aprobarse un plan urbanístico que contradiga o no se dicte conforme a los planes territoriales autonómicos generales y sectoriales.

La Unión Europea ha elaborado dos textos básicos en este sentido. Dos textos que establecen las líneas maestras del modelo de desarrollo que se pretende a nivel comunitario europeo (3). Me refiero a la «Estrategia Territorial Europea» (2000) y a la «Agenda Territorial Europea» (2007) (4).

La Estrategia Territorial propone un marco general para las políticas sectoriales de la Unión Europea y de los Estados miembros. No sólo se propone un marco general sino también una coordinación de las diversas

---

(3) Aunque no existe por el momento una competencia europea de ordenación del territorio como tal, el Tratado de Amsterdam en su art. 175.2 establecería que «(...) el Consejo, por unanimidad (...), adoptará (...) medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo (...)». Sobre las novedades que planteó en este tema el frustrado Tratado por el que se insituía una Constitución para Europa y el Tratado de Lisboa, véase mi trabajo, «La política territorial europea: nuevo retos (una visión desde el sector turístico)», *Actum Inmobiliario & Urbanismo* 3, 114-122.

(4) Sobre la Estrategia Territorial Europea, véanse los trabajos de Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Introducción a los significados de la ordenación del territorio en Europa», *Revista de Administración Pública* 166, 2005, 213-230; Teresa PAREJO NAVAJAS: *La ordenación territorial europea: la percepción comunitaria del uso del territorio*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 476 p.; Antonio SERRANO RODRÍGUEZ: «El modelo territorial europeo. Tendencias para el siglo XXI y sus implicaciones para el modelo territorial español», *Urban* 8, 2003, 35-54; Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo V Derecho Urbanístico volumen 1*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, 133 y ss; y mi trabajo, «La política territorial europea...», *cit.*, en el que analizo, además, la Agenda Territorial Europea.

políticas territoriales sectoriales para cumplir con los objetivos de la Comunidad en relación con la sostenibilidad y sus efectos territoriales.

Este documento ha tenido un impacto considerable. En este contexto, debe destacarse el Libro Blanco sobre «gobernanza europea», en el que se establece:

«Se debe afrontar el impacto territorial de las políticas de la UE en aspectos como el transporte, la energía y el medio ambiente. Dichas políticas deben formar parte de una globalidad coherente tal y como se define en el segundo informe sobre cohesión de la UE; es necesario evitar una lógica excesivamente centrada en aspectos sectoriales específicos. Del mismo modo, las decisiones tomadas a nivel local y regional deben ser coherentes con una serie de principios más amplios que sirvan para respaldar un desarrollo territorial más equilibrado y sostenible dentro de la Unión» (5).

Los objetivos de la Estrategia son fundamentalmente tres:

- *El desarrollo territorial policéntrico y equilibrado*: lo que debe conducir al desarrollo de ciudades y regiones urbanas dinámicas, atractivas y competitivas y a la conformación de espacios rurales diversificados, estableciéndose una relación más equitativa entre el campo y la ciudad. Se persigue evitar el crecimiento disperso de la urbanización, la segregación social y la falta de calidad de vida en las ciudades.
- *El acceso equivalente a las infraestructuras*: Debe potenciarse el acceso equivalente, eficaz y sostenible a las infraestructuras, mediante redes de transporte integrado.
- *Gestión prudente del patrimonio cultural y natural*: Se considera preciso, de un lado, frenar la constante pérdida de biodiversidad, prestando especial atención a la utilización sostenible de los recursos hídricos. Debe prestarse atención también a la degradación de las ciudades históricas como consecuencia del turismo masivo, la contaminación, la especulación inmobiliaria, etc.

Un último documento, por el momento, que señala y subraya la necesidad de planteamientos integrados desde el punto de vista de las políti-

---

(5) Comunicación de la Comisión. 2001d. *European Governance: A White Paper*. COM (2001) 428. Bruselas.

cas y de los diferentes centros de decisión normativa en la materia, es la Agenda Territorial Europea (Leipzig, mayo de 2007). Tiene como objetivo caminar hacia una Europa más competitiva y sostenible, de regiones diversas y se apoya en los siguientes puntos básicos: la necesidad de reestructurar la cohesión territorial tras la reciente incorporación de nuevos países, lo que exigirá un esfuerzo especial dada su indiosincrasia; la urgencia de tomar medidas contra el cambio climático; y, finalmente, en materia de densidad poblacional.

Se pretenderá «promover un desarrollo territorial policéntrico de la UE con objeto de hacer un mejor uso de los recursos disponibles en las regiones europeas». Para ello, se considerará un elemento central la integración territorial de los lugares donde vive la gente. De esta manera se aprecia que se contribuirá a una Europa que sea cultural, social, ambiental y económicamente sostenible, alcanzándose el concepto de solidaridad territorial. Por consiguiente, los modelos basados en ordenaciones concretas sin enmarcarse en sistemas globales de planificación son radicalmente contrarios a una idea de sostenibilidad, sensible con la protección del medio ambiente, oponiéndose a las directrices establecidas desde Europa.

### **III. NORMATIVA APLICABLE AL LITORAL VALENCIANO**

De acuerdo con el planteamiento mantenido, el litoral no puede entenderse de una manera aislada con respecto del resto del territorio. En este caso, con respecto del resto del territorio valenciano. Por ello, al señalar la normativa aplicable a este espacio territorial concreto, debemos partir de las leyes estatales y autonómicas en materia de suelo y medio ambiente que puedan incidir.

#### **1. Normativa estatal aplicable**

##### **A) El Texto Refundido de la Ley estatal de Suelo, de 2008**

Desde una perspectiva general, hay que tener en cuenta el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el

---

(6) Puede encontrarse un comentario completo de esta Ley en el libro codirigido por Luis MARTÍN REBOLLO y Roberto O. BUSTILLO BOLADO, *Fundamentos de Derecho Urbanístico* (1ª edición) Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

Texto Refundido de la Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo (6). Esta Ley establece las bases económicas y ambientales del régimen jurídico del suelo. En su exposición de motivos advierte muy significadamente de los problemas que acarrea el modelo territorial basado en la urbanización dispersa o desordenada, desde la óptica de la segregación social, la ineficiencia económica, los elevados costes energéticos, de construcción, mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. El suelo no sólo es, en fin, un recurso económico. Es un recurso natural escaso y no renovable. También se hace hincapié en la utilización mixta del suelo. No valdrán, por lo tanto, nuevos desarrollos urbanísticos centrados exclusivamente en el sector residencial, en la oferta turística o en la oferta de ocio, sino que estos desarrollos deberán ir aparejados a otros usos para alcanzar un desarrollo eficiente del suelo. En la medida de lo posible se deberán evitar nuevos desarrollos urbanísticos y se tratará de rehabilitar o reconvertir zonas ya urbanizadas, eliminando, de esta manera, la necesidad de proporcionar los servicios públicos que necesita todo desarrollo urbanístico (energía, agua, transporte, centros de salud, asistenciales y deportivos, etc.) (7).

La Ley estatal de suelo también establece que, en el marco del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, los poderes públicos competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo deben procurar un medio urbano en el que la ocupación del suelo sea eficiente, que esté suficientemente dotado por las infraestructuras y los servicios que le son propios y en el que los usos se combinen de forma funcional y se implanten efectivamente [art. 2.2.c)]. También es destacable la previsión contemplada en el marco del mismo precepto (art. 2.3.2º párrafo), que establece con rotundidad que *el suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna, aspecto que podría ser con-*

---

(7) Sobre el desarrollo desmedido del urbanismo español en los últimos años, se ha publicado en abundancia. Cabe citar, a modo de ejemplo, algunos trabajos recientes, como, por ejemplo, el de Ramón MARTÍN MATEO, *La gallina de los huevos de cemento*, Civitas, Madrid, 2007, 266 p.; Blanca LOZANO CUTANDA, «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* 172, 2007, 339-361; Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT y Eva DESDENTADO DAROCA, *El control de la legalidad urbanística* (Actas del III Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho administrativo, Granada, 8 y 9 de febrero de 2008), Junta de Andalucía, Sevilla, 2008. Sobre un modelo sostenible de planificación, de entre los países de nuestro entorno préstese atención al caso británico, que estudio en mi libro, *La planificación territorial en Gran Bretaña. Especial referencia al sector turístico*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, 183 p.

*culcado si en virtud de la declaración de interés público se procede a expropiar las propiedades de particulares con la finalidad de construir, por ejemplo, un complejo residencial o un campo de golf.*

## **B) La Ley estatal 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad**

En virtud de la competencia exclusiva del Estado para dictar las bases en materia de protección del medio ambiente, sin perjuicio de que las Comunidades autónomas puedan adoptar medidas adicionales de protección, el Estado ha aprobado leyes de contenido ambiental relevantes también para el caso del litoral valenciano.

Hay que hacer referencia así a la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Esta Ley establece el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, consagrado en el artículo 45.2 CE. Deroga la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales Protegidos, texto en virtud del cual se consagraba la prevalencia de la planificación ecológica sobre los instrumentos generales de ordenación del territorio, en base a la necesidad urgente de la protección del medio ambiente. En la nueva Ley se mantiene esta disposición, por lo que continuarán siendo un importante límite a la urbanización en terrenos abarcados por un plan de estas características (artículo 18) (8).

Esta Ley, en general, afectará con carácter básico a la Comunidad Valenciana, así como al resto de Comunidades autónomas (Disposición Final 2ª). En especial, los planes aprobados en virtud de ella, como los planes de ordenación de los recursos naturales, deberán ser respetados

---

(8) Respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales diferentes de los instrumentos de ordenación territorial, urbanísticos, de recursos naturales y, en general, física, los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales serán determinantes, sin perjuicio de lo que disponga al respecto la legislación autonómica (art. 18.3). Y añade que las actuaciones, planes o programas sectoriales sólo podrán contradecir o no acoger el contenido de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales por razones imperiosas de interés público de primer orden, en cuyo caso la decisión deberá motivarse y hacerse pública. Se introduce, por lo tanto, una vía de excepción a los PORN pero no debemos olvidar que estas actuaciones, planes o programas, no se refieren a instrumentos de ordenación territorial o planificación física, urbanística o de recursos naturales.

por los planes que se aprueben en virtud de la legislación autonómica valenciana, no pudiendo contradecirlos. Igualmente, los criterios de conservación que se prevean en esta Ley deberán ser asumidos por la política territorial y ambiental valenciana. Entre estos criterios hay que destacar los siguientes (artículo 2):

1. La integración de los requerimientos de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y la biodiversidad en las políticas sectoriales;
2. La prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística;
3. La precaución en las intervenciones que pueden afectar a los espacios naturales y espacios silvestres.

En virtud de esta norma básica quedan prohibidos los desarrollos urbanísticos que no respeten los criterios de conservación y aquellos en los que exista un riesgo de daño ambiental, aunque no quede científicamente demostrado. Prevalecerá, en todo caso, el criterio de la protección ambiental. Tendrá primacía sobre previsiones contrarias a esta Ley contempladas en un plan urbanístico o de ordenación territorial. Desde un punto de vista más concreto, la Ley recoge una previsión que ya previera la Ley de Suelo estatal de 2007 (artículo 13.4) en el sentido de prohibir la descatalogación de un Espacio Natural perteneciente a la Red Natura 2000, salvo cuando así lo justifiquen los cambios provocados en el mismo y previo trámite de información pública, antes de la remisión de la propuesta a la Comisión Europea (exposición de motivos y artículo 48). De igual manera, el artículo 4, referido a la función social y pública del patrimonio natural y la biodiversidad, establece que estos elementos desempeñan una función social relevante por su estrecha vinculación con el desarrollo, la salud y el bienestar de las personas y por su aportación al desarrollo social y económico. Añadirá, en el 2º párrafo del mismo precepto que las actividades encaminadas a la consecución de los fines de esta Ley podrán ser declaradas de utilidad pública o interés social, a todos los efectos y en particular a los expropiatorios, respecto de los bienes o derechos que pudieran resultar afectados. *Por consiguiente, se contempla la posibilidad de expropiar a los efectos de la protección del patrimonio natural y de la biodiversidad para garantizar un desarrollo sostenible a largo plazo, la protección de la salud y del bienestar. En ningún caso, se contempla la expropiación para fomentar la urbanización.*

Podrían citarse más normas de protección de los recursos naturales y de limitación de los planes urbanísticos. No obstante, con las enumeradas se presenta una buena muestra de las bases planteadas por el Estado que deberán ser asumidas por las normas y planes que planteen las Comunidades autónomas y las entidades locales y, en concreto, por lo que ahora interesa, la Comunidad valenciana y sus corporaciones locales.

### **C) La Estrategia de Sostenibilidad de la Costa**

El Ministerio de Medio Ambiente aprobó en septiembre de 2007 el Documento de inicio de la denominada Estrategia para la Sostenibilidad de la Costa. Constituye un documento previo a la elaboración participada de la Estrategia en el que se formulan, tras un primer estudio, guías de actuación en materia de litoral, una vez presentados los problemas principales que plantea esta franja del territorio. Básicamente los problemas se refieren a la elevada densidad poblacional, la enorme incidencia del sector de la construcción y del turismo en esta zona, el proceso de desnaturalización de la línea litoral como consecuencia de la expansión de los puertos deportivos, así como la erosión costera producida por el cambio climático.

Una de las medidas que propone es el planteamiento de un nuevo modelo de desarrollo económico de ciertas zonas del litoral, basado en la coordinación y colaboración entre los agentes e instituciones, en el que cada Administración ejerza efectivamente las competencias que le correspondan, lo que incluirá, por ejemplo, la potestad de coordinación de la Comunidad autónoma de las competencias urbanísticas locales para evitar continuar con el modelo de planificación en forma de mosaico.

Otra de las medidas que propone es el esponjamiento de las fachadas litorales así como otras actuaciones urbanísticas que garanticen el uso público de la costa, dotando a los bordes marítimos urbanos de una franja de espacios abiertos a todos. Se plantea realizar actuaciones que tiendan a la recuperación de la integridad física y natural de los ecosistemas costeros, frente a la ocupación urbanística de la franja costera. Para todo ello, se contempla la necesidad de un cambio del modelo económico del territorio que circunda las zonas a recuperar.

## **2. Normativa autonómica aplicable e instrumentos de ordenación territorial**

### **A) La vieja Ley valenciana 6/1989, de 7 de julio, de Ordenación del Territorio y la Ley valenciana 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo.**

La situación actual del litoral valenciano no puede comprenderse únicamente desde la perspectiva del sistema legal vigente. Hay que acudir a los precedentes legales para comprobar la inercia que ha desembocado en el actual sistema de ordenación territorial basado en actuaciones parciales sin contemplar una visión de conjunto. Por ello, en primer lugar rescataré la vieja Ley valenciana 6/1989, de 7 de julio, de Ordenación del Territorio, derogada por la vigente Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje. A ambas leyes me referiré con las siglas «LOT», añadiendo el año, dependiendo de qué ley se trate o, simplemente, haré referencia a la «Ley de 1989» o la «Ley de 2004».

La Ley de 1989 tenía como objetivo desarrollar un sistema de ordenación territorial integrado, partiendo de instrumentos globales que se concretaban en instrumentos parciales y sectoriales. Se planteaba este esquema una vez comprobado que hasta ese momento se había producido toda una serie de desequilibrios territoriales ocasionados por una política basada en actuaciones concretas, lo que aconsejaba elaborar un marco racional y de conjunto. Se explicaba en la exposición de motivos en los siguientes términos:

«El proceso concreto de crecimiento económico de la Comunidad Valenciana ha dado como resultado un modelo territorial con fuertes desequilibrios, despilfarro de recursos, deterioro considerable del patrimonio natural y déficit de infraestructura y equipamientos colectivos.

La desigual distribución de un recurso básico como el agua, la superposición sobre la franja litoral de gran número de actividades (agricultura intensiva, desarrollo turístico, implantaciones industriales, procesos urbanizadores...) cuya compatibilización en el territorio se hace muchas veces imposible, los déficit de infraestructuras básicas y equipamientos, la concentración de la población en un espacio superexplotado, etc., son resultados de una determinada lógica de uso del territorio.

A la configuración de este modelo territorial ha contribuido también la insuficiencia de las actuaciones públicas territoriales, llevadas a cabo, en muchos casos, desligadas de la propia política económica general y de la

política regional. No hay que olvidar a este respecto, el carácter eminentemente sectorial de este tipo de actuaciones y la compleja organización competencial de la Administración a todos los niveles, lo que hace que el conjunto de intervenciones que se llevan a cabo en una determinada área territorial dependan, en la mayoría de los casos, de gran número de decisiones de inversión no siempre coordinadas previamente.

Sin embargo, la existencia de problemas diferenciados territorialmente en nuestra Comunidad (litoral congestionado; áreas metropolitanas; zonas con alto riesgo de inundación, erosión y desertificación; áreas deprimidas, etc.) requieren un tratamiento conjunto que integre la aplicación de políticas sectoriales, coordinando las actuaciones de todas ellas.»

Por ello, el legislador valenciano de 1989 previó dos figuras globales de ordenación, el Plan de Ordenación del Territorio de la Comunidad Valenciana y el Programa de Ordenación del Territorio. En el marco de esta ordenación global, se preveían los Planes de Acción Territorial de carácter sectorial o integrado, bien sea para ordenar un determinado sector o bien para resolver problemáticas urbanísticas de un área territorial a nivel supramunicipal.

Sabemos de sobra que todos los problemas que se mencionan en la exposición de motivos no han sido solucionados. Veamos si ello probablemente se ha debido a una inaplicación del esquema integrado previsto en la LOT 1989, a través de un sector concreto. En efecto, si nos fijamos en el sector turístico, uno de los sectores de más fuerte incidencia en el litoral, comprobamos que en realidad no se ha ajustado a las previsiones de esa norma. En este sentido, la Ley valenciana 3/1998, de 21 de julio, de Turismo («LT», en adelante), contempla el denominado Plan de Espacios Turísticos. De conformidad con la vieja LOT 1989 debiera haberse configurado como Plan de Acción Territorial Sectorial, instrumento que fija «los criterios y orientaciones contenidas en el Plan de Ordenación del Territorio de la Comunidad Valenciana, estableciendo las prioridades de las actuaciones y proyectos referidos a un sector determinado a realizar en un área territorial determinada» (art. 13 LOT 1989). O bien, prever un precepto en el que se reflejara expresamente que el Plan de Espacios Turísticos se equiparaba a este tipo de planes de la LOT 1989, como han hecho otras Comunidades autónomas como Andalucía, para evitar planificaciones dispersas de sectores de tan fuerte incidencia territorial, como es el caso del turismo.

No obstante, en verdad no parece que el Plan de Espacios Turísticos se pueda asimilar a los Planes de Acción Territorial sectorial pues alguna conexión se hubiere establecido en la LT. Con ello, comprobamos que la propia Ley sectorial ignora lo establecido en la Ley general, por lo que de poco sirve tener leyes si estas son ineficientes al contradecirse de manera tan flagrante. Y es que, por un lado, se dice que se deben integrar las actuaciones sectoriales habida cuenta de la penosa experiencia que tiene la Comunidad Valenciana en relación con el impacto de una actividad turística desordenada y, por otro, la Ley sectorial hace caso omiso de la voluntad del legislador general en la materia.

### **B) La Ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje**

La LOT 1989 ha sido derogada y sustituida por la Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje (9), aprobada tras una larga gestación. Esta Ley también va a partir de los mecanismos integradores de ordenación del territorio como medio más sostenible, más eficaz, de protección del territorio. Sin embargo, no se establecerán mecanismos efectivos para ello. Ahora, el modelo de planificación territorial integrada se configurará de conformidad con los planteamientos que se están desarrollando en la Unión Europea en torno a este tema. Llama la atención que insista en la mención a los modelos de planificación integrada y luego, en la práctica, no se haga nada para integrar efectivamente las diferentes planificaciones. De esta manera, haciendo referencia a la necesidad de proteger el medio ambiente, equilibrándola con el también necesario desarrollo económico, el Preámbulo de la Ley establece:

«En la actualidad ya no son suficientes las acciones tendentes a corregir o prevenir. Una concepción moderna de estos principios incluye el ejercicio de una *función integradora y dinámica de las acciones públicas* dirigida a lograr las condiciones necesarias para un adecuado desarrollo económico y social de la Comunidad Valenciana, y complementada con actuaciones directas de mejora, recuperación y regeneración del medio ambiente y los recursos naturales.»

---

(9) DOGV 2.VII.2004 y BOE 20.VII.2004.

Y, unas líneas más abajo, vinculando con lo europeo, continúa:

*«(...) se formula una regulación que establece el marco donde tiene cabida la armonización de las distintas políticas sectoriales con incidencia territorial de forma que, tal y como establece la Estrategia Territorial Europea, se creen nuevas formas de colaboración institucional con el fin de contribuir a que, en el futuro, las distintas políticas sectoriales que afectan a un mismo territorio, que hasta ahora actuaban de forma prácticamente independiente, formen parte de una actuación integrada coherente con las claves de la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana»*

Al aludirse a la insostenibilidad del sistema como consecuencia de una descoordinación de las políticas sectoriales, puede deducirse con facilidad que el aplicador de la Ley de 1989 no trató de llevar a la práctica los modelos de planificación integrada que ésta planteaba y proclamaba.

\* \* \*

El esquema de planificación territorial, que afectará al litoral, viene determinado por los siguientes instrumentos: la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana y los Planes de Acción Territorial. El litoral se ordenará por un plan de este tipo, como desarrollaré más adelante.

La Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana establece los objetivos, criterios y directrices para la ordenación territorial de la Comunidad. Se concretará en los demás instrumentos de ordenación territorial, en concreto, en los Planes de Acción Territorial (art. 37).

Los Planes de Acción Territorial, por su parte, son instrumentos de ordenación territorial que desarrollan, en ámbitos territoriales concretos o en el marco de sectores específicos, los objetivos y criterios de la LOT y de la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana (arts. 49 y 56). Pueden comprender, en todo o en parte, varios términos municipales (art. 43). Serán de carácter sectorial o integrado, según sus objetivos y estrategias estén vinculados a uno o varios sectores de la función pública (art. 44).

Tanto los planes sectoriales como los integrados deberán definir sus objetivos de una manera coherente con los previstos en la Ley y en la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana (arts. 49 y 56). En esta misma línea, en relación con los planes de acción territorial integrados, el artículo 54 (relación de los planes de acción territorial con otros ins-

trumentos de ordenación territorial y urbanística), acertadamente, establece que serán coherentes con el resto de instrumentos de ordenación territorial e integrarán lo previsto en los instrumentos de planificación ambiental y cultural. En relación con la planificación urbanística, establece que, cuando la complejidad o relevancia de los problemas así lo aconseje, podrán prefigurar las determinaciones de la ordenación estructural de los planes generales, para su posterior incorporación a éstos. El último párrafo de este precepto prevé, no obstante, una disposición muy discutible dado que contempla que los planes de acción territorial integrados podrán modificar directamente planes de acción territorial o planes urbanísticos aprobados. Parece que se ofrece demasiada facilidad a la ordenación territorial condicionada por la coyuntura, en lugar de tratar de formular un esquema global y duradero. En relación con los planes urbanísticos, debiera plantearse la necesidad de consulta, así como la necesidad de que sea el propio ente local el que proceda a la modificación, no la Comunidad autónoma unilateralmente pues ello puede constituir una clara violación del principio de autonomía local. Si desde la perspectiva de los planes de acción territorial integrados supone una disposición muy dudosa, más lo será con respecto de los planes sectoriales. En efecto, se prevé para este tipo de planes la misma disposición, en el artículo 59. Con lo que, un plan de acción territorial sectorial, por ejemplo, de puertos deportivos, podría contradecir el plan de acción territorial integrado del litoral.

## **C) El Plan de Acción Territorial del Litoral**

### **a) Notas generales**

La LOT de 2004, de una manera específica, junto a la regulación de los instrumentos de ordenación territorial, prevé la ordenación del litoral en su artículo 15, en los siguientes términos:

«El litoral de la Comunidad Valenciana, por sus especiales valores ambientales y económicos, debe ser objeto de una ordenación específica. El Consell de la Generalitat aprobará un Plan de Acción Territorial del Litoral de la Comunidad Valenciana de carácter sectorial que establecerá las directrices de ocupación, uso y protección de la franja costera, y en el que deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- a) Asegurar la racional utilización del litoral armonizando su conservación con los restantes usos, especialmente con los de ocio, resi-

- dencia, turismo, equipamientos y servicios públicos y, en su caso, reservar espacios de costa para atender a las demandas de usos marítimos de especial relevancia para sectores estratégicos de la economía valenciana.
- b) La gestión racional de los recursos como el agua, el suelo, las playas, el paisaje, los espacios naturales de interés, las infraestructuras, los equipamientos y el patrimonio cultural, podrá limitar el desarrollo urbanístico del litoral.
  - c) Se definirá el riesgo de erosión e inundación en el borde costero derivado del efecto combinado de la erosión y de la acción de los temporales marinos, estableciendo las medidas correctoras y de limitación de usos consecuentes para minimizar los impactos potenciales.
  - d) Se establecerá una ordenación de las tipologías de edificaciones admisibles de acuerdo con las características y los usos predominantes en cada zona del litoral valenciano.
  - e) Se adoptarán medidas para la mejora del frente costero en los núcleos urbanos costeros y para la preservación de los elementos del paisaje litoral que le dotan de singularidad.

Lo primero que destaca es que se define el Plan de Acción Territorial del Litoral como un plan sectorial. Pues bien, uno de los aspectos que más llaman la atención de la Memoria justificativa del Plan de Acción Territorial del Litoral aprobada por el Gobierno Valenciano en febrero de 2006, es precisamente que define el Plan como un instrumento integrado. Propone un modelo de planificación integrada en el litoral. No indica, sin embargo, la relación de este instrumento con la planificación global de la Comunidad Valenciana. No se hace mención, en este sentido, al instrumento que debe respetar, la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana, prevista en la LOT. Al contrario, adelantando algunas de las actuaciones más destacadas que se prevén en el Plan, condiciona el desarrollo territorial del interior disponiendo el traslado de industrias para fomentar la oferta turística en la zona litoral (página 26 de la Memoria justificativa del Plan). Por tanto, en lugar de establecer la relación que pueda existir entre este instrumento parcial y los que se puedan aprobar en el interior, éstos quedan condicionados en base a intereses turísticos (desplazando industrias al interior, para liberar litoral y destinarlo a desarrollo hotelero, complejos residenciales y asistenciales e incrementar la oferta de campos de golf).

\* \* \*

Desde un punto de vista formal, el Plan consta de una normativa a la que se acompaña la Memoria justificativa, un Documento de información, un Programa de actuaciones, así como una evaluación ambiental.

## **b) Obligatoriedad e interpretación del Plan**

De acuerdo con el artículo 3 de las Normas del Plan, sólo la Memoria justificativa y la Normativa del Plan de Acción Territorial tienen carácter vinculante. *Los particulares, al igual que la Administración, están obligados al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Plan de Acción Territorial, así como en todos los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico que se aprueben en complemento del mismo.* No se prevé la relación de este Plan con respecto de otros instrumentos que no deriven de él. ¿Cuál será entonces su relación con los instrumentos generales de ordenación del territorio? ¿Cómo afectará a los instrumentos urbanísticos? ¿Cómo afectará a otros instrumentos sectoriales que incidan en el mismo ámbito territorial? El artículo 9 de la Normativa establece como objetivo específico, la coordinación del planeamiento municipal. No obstante, en el precepto referido a la revisión del Plan, el artículo 7, contempla como causa de revisión, la modificación de los planes generales de al menos dos terceras partes de los municipios afectados. Con lo que parece que la vinculación que establece sobre los instrumentos de las corporaciones locales no es muy intensa. En relación con la vinculación del resto de instrumentos de planificación territorial a este Plan, de acuerdo con la LOT 2004, el PATL prevalecerá sobre el resto de Planes de Acción Territorial aprobados. No obstante, si posteriormente se aprueba otro Plan de Acción Territorial, el del Litoral podría verse afectado, prevaleciendo el último instrumento aprobado, lo cual no encaja bien con la idea de sostenibilidad. Ello no es aplicable a la planificación ecológica pues establece una remisión expresa a la legislación sectorial.

## **c) Ordenación del litoral contemplada en el Plan**

Este Plan, como he indicado, pretende una ordenación integral del territorio costero, realizando previsiones en relación con las infraestructuras, riesgo de inundación en el litoral, riesgo de erosión costera, puertos

comerciales y deportivos, marinas deportivas, transporte público y energía, turismo, etc., que deberán ser incorporadas al planeamiento municipal. Es decir, este instrumento ordenará el litoral por medio de los instrumentos de planificación urbanística, los cuales deberán acomodarse a él.

#### **d) Problemas territoriales, objetivos y espíritu del Plan**

De acuerdo con el Documento de Información del Plan, los principales problemas territoriales que presenta el litoral valenciano son los siguientes (pp. 4 y 5):

- «*La urbanización compulsiva de la franja litoral que genera competencia entre los distintos usos y actividades por ocupar este singular espacio. La densificación y congestión de determinadas zonas, al margen de los impactos medioambientales susceptibles de producir, puede llegar a poner en peligro su atractivo turístico y, con ello, buena parte de su capacidad interna de desarrollo. Es decir, se contempla el fenómeno de la urbanización masiva como una amenaza para el turismo, no como un mal en sí mismo considerado.*
- «*La falta de equipamientos y servicios, la escasa integración del espacio litoral en el sistema urbano regional y la estacionalidad del sector turístico, que impiden la implantación de una sólida base económica más allá del mero desarrollo inmobiliario.*
- «*La existencia de un modelo económico que conlleva una fuerte presión sobre el territorio, cuyo consumo a través de un planeamiento inconexo, en ocasiones sobredimensionado, pone en peligro las estrategias de sostenibilidad y competitividad territorial.*
- «*Los desequilibrios territoriales existentes entre el sistema urbano y el sistema rural, que se acrecientan cada vez más consecuencia del fuerte crecimiento que se produce en el litoral.* Y podríamos preguntarnos: ¿podrá el plan de una parte del territorio condicionar legítimamente otras partes del territorio en principio no abarcadas en su ámbito territorial de aplicación?»
- «*La excesiva «litoralización» de las regiones costeras que no ha sido capaz de internalizar los costes ambientales, generando la pérdida de identidad de los asentamientos tradicionales, aún*

siendo éstos sus principales activos, tanto para la calidad de vida de sus habitantes como para atraer un turismo cualificado».

- «La baja calidad de la edificación, la congestión del tráfico y falta de aparcamientos, los déficits de redes de infraestructuras, las dificultades de acceso a las playas, la *ocupación de suelos inundables*, la insuficiencia o baja calidad de recursos hídricos, la erosión e inestabilidad de la línea de costa o el deterioro del paisaje, constituyen otros de los problemas a resolver».

Ante estos problemas, se plantean como objetivos generales los contemplados en la LOT, es decir:

- Utilización racional del litoral.
- Gestión racional de los recursos.
- Definición y corrección de los riesgos.
- Ordenación de la edificación.
- Mejora del frente litoral.
- Preservación del paisaje.

Y como objetivos específicos:

- En cuanto a la *estructura territorial*, la vertebración de los asentamientos costeros, la disminución de los desequilibrios espaciales (litoral-interior) y temporales (estacionales).
- En cuanto a la *actividad económica*, la promoción de la actividad turística y difusión de sus beneficios hacia el interior, y la diferenciación y cualificación de la oferta turística mediante la dinamización de las plazas de alojamiento y fomento de actividades complementarias.
- En cuanto a la administración del territorio, *la coordinación del planeamiento municipal y el fomento de modelos intensivos de concentración de la edificación en la franja costera para liberar suelo (artículo 9). Se fomenta, por lo tanto, el modelo Benidorm.*
- *Integración de las políticas sectoriales con incidencia en el litoral.*

\* \* \*

El espíritu del Plan puede resumirse en tres aspectos esenciales: la transformación de segundas residencias en residencias habituales, la promoción de complejos hoteleros y asistenciales y la promoción del desarrollo turístico frente al crecimiento urbanístico con fines residenciales.

### **e) Previsiones de desarrollo turístico**

A pesar de la saturación que presenta el litoral valenciano, el Plan de Acción Territorial del Litoral contempla políticas muy ambiciosas de desarrollo del turismo. Eso sí, presentado con maquillaje ecológico. Todo ello, además, sin renunciar al incremento en el sector de la construcción, según se contempla en el art. 30.2. Por lo tanto, se establecerá un mandato al planeamiento urbanístico encaminado a la promoción de usos terciarios como los hoteleros, comerciales y los vinculados al ocio y al recreo (art. 30). Es decir, de lo que se trata es de fomentar un desarrollismo basado en la promoción del turismo y de la construcción. En este sentido, se propone un cambio de usos en el litoral. Se propone desplazar la industria al interior. La industria es considerada como una actividad incompatible con el desarrollo residencial y turístico (art. 30.3). Esta previsión, a mi modo de ver, es muy grave, habida cuenta de la insistencia que se realiza en la necesidad de limitar el desarrollo residencial. Se cambia el sector industrial por sectores que consumen y erosionan.

Con la finalidad de descongestionar el litoral del fenómeno de la urbanización y fomentar la oferta turística y de ocio, también se prevé en el artículo 33 desplazar la urbanización hacia los municipios del interior. Para ello, establece que el Plan de Acción Territorial del Sistema Rural Valenciano deberá contemplar aquellos municipios del interior que deban ser potenciados como centros turísticos alternativos, en tanto que capaces de desarrollar una oferta global, diversificada y complementaria a la tradicional del litoral. Asimismo, se indica que el planeamiento de estos municipios establecerá las reservas de suelo para la implantación de los equipamientos y servicios necesarios para atender las demandas tanto de la población residente como de los visitantes potenciales (art. 33).

Otra actuación importante que se contempla en el litoral es la conversión de la segunda en primera residencia. Para ello, se prevé la eciesidad de que el planeamiento urbanístico favorezca la desestacionalización en la ocupación del litoral, previendo las dotaciones públicas

necesarias (escolares, sanitarias, asistenciales), potenciando los usos terciarios frente a los residenciales y desarrollando nuevos modelos de ocupación alternativos a los tradicionales, como los complejos residenciales-asistenciales y deportivos.

*En esta línea de promocionar el desarrollo turístico de la costa, se prevé que la proporción de los usos terciarios que establezcan los planes generales en ningún caso podrá ser inferior al 20% de la edificabilidad total del sector. Con el objeto de alcanzar la proporción de usos terciarios indicada, en los suelos urbanizables existentes incluidos en el ámbito contemplado en el apartado anterior, se admite un incremento de su techo edificable mediante la sustitución de parte de la edificabilidad residencial por terciaria. En este sentido, cada metro cuadrado de techo residencial que se reduzca se podrá sustituir por dos de techo terciario, sin que se altere el uso residencial predominante en el sector, ni rebasará el límite máximo establecido para el suelo urbanizable en la Ley de suelo no urbanizable. (art. 37) ¿Habrá suficientes recursos naturales para satisfacer la demanda potencial? ¿Se habrá calculado la capacidad de carga del territorio?*

También se fomentarán los puertos deportivos, el destino de los puertos a actividades recreativas, así como los campos de golf, bajo el señuelo de la calidad y la diversificación de la oferta turística. No obstante, hay que señalar que se establecen limitaciones. El artículo 39 prevé que se concederán nuevas autorizaciones, siempre que:

- Se disponga de recursos hídricos suficientes para el riego del campo, priorizándose las procedentes de depuración de aguas residuales. En ningún caso se prevé la detracción de caudales de uso agrícola que no hayan sido liberados por dicho uso, de acuerdo con los procedimientos y garantías establecidas en la legislación vigente.
- La instalación no esté vinculada a la ejecución de nuevos desarrollos residenciales, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan legalmente. Por el contrario, es recomendable la inclusión de usos terciarios (hoteleros, hosteleros) que presten servicio a los usuarios de los campos.
- Que se garantice la integración paisajística de las actuaciones, incorporando las masas forestales existentes y evitando las rupturas bruscas entre distintos ambientes en los lindes.

## **f) Recapitulación: visión general del Plan de Acción Territorial del Litoral**

El Plan de Acción Territorial del Litoral favorece la transformación de la costa en la que en el pasado se desarrollaban actividades primarias tradicionales como la agricultura y la pesca a favor de sectores económicos asociados al turismo y al uso lúdico del litoral. Al final, todo ello, a la vista de las densidades que cabe imaginar, supone un incremento en la demanda de energía, agua y otros recursos naturales. Lo que a su vez atrae la masificación, la superpoblación, no resistible desde la perspectiva de la capacidad de carga.

En este ámbito, parece que se quiere fomentar de una manera intensa el fenómeno turístico a través de los puertos deportivos (en el art. 24 se prevé no construir más puertos deportivos, *salvo excepciones justificadas* pero sí fomentar nuevos usos terciarios que contribuyan a su mayor utilización turística) y uso turístico de los puertos pesqueros (art. 16), lo que irremediamente conducirá al fomento de la terciarización de la economía enfocada exclusivamente en el sector turístico. Con ello, previsiblemente se potenciarán los desequilibrios territoriales.

\* \* \*

Del estudio de la normativa de ordenación territorial y sectorial que afecta al litoral parece que queda claro que los espacios naturales protegidos se ajustarán a lo que dispongan los instrumentos de planificación ecológica, instrumentos que prevalecen sobre el resto de instrumentos de ordenación territorial y física. No queda tan clara, sin embargo, la configuración del resto de instrumentos sectoriales y generales de ordenación territorial. En efecto, llama la atención que en el Plan de Acción Territorial del Litoral no se prevea expresamente la vinculación de este instrumento con respecto del instrumento que viene a dar cohesión a todo el territorio valenciano, como es la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana. Por otra parte, la configuración de los Planes de Acción Integrada y de los Planes de Acción Sectorial es esencialmente coyuntural, en el bien entendido que, como hemos visto, pueden modificar cualquier otro instrumento integrado o sectorial. Así, el Plan de Acción del Litoral, como ha quedado señalado, establece determinaciones que deberá asumir el Plan de Acción Territorial del Sistema Rural. Por otra parte, a pesar de la incidencia en el sector turístico que pretende este Plan, no se realiza nin-

guna mención a los Planes de Espacios Turísticos previstos en la Ley de Turismo de la Comunidad Valenciana. Únicamente, desde un punto de vista general, se prevé en la Memoria justificativa la necesidad de lograr la coordinación del planeamiento turístico y territorial (página 5).

\* \* \*

En conclusión, sin perjuicio de que la referencia a planes e instrumentos previstos resulte difícil de situar, no parece que la ordenación del territorio haya calado todavía en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana. En efecto, hasta el momento el desarrollo territorial, en general, y el desarrollo del litoral, en especial, se ha realizado a través de planes urbanísticos. Planes urbanísticos, además, inconexos, como se señala en la propia memoria del Plan de Acción del Litoral, construyendo una especie de planeamiento mosaico, ajeno a criterios ambientales y estéticos. No ha habido instrumentos supramunicipales que hayan dado coherencia al sistema urbanizador. Esta situación se ha agravado en los últimos tiempos con los denominados Programas de Actuación Integrada (PAI) figura muy controvertida, que pueden contradecir planes generales de ordenación urbana previamente aprobados. Por consiguiente, estaríamos ante el fenómeno tan habitual de que, por mucho que digan las leyes, que dan la impresión de orientarse por otros derroteros, el desarrollo territorial valenciano se habrá realizado desde los instrumentos de planificación contemplados en las dos Leyes urbanísticas aprobadas hasta el momento.

#### **D) La legislación urbanística valenciana: la Ley valenciana 6/1994, de 15 noviembre, reguladora de la actividad urbanística y la Ley valenciana 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística**

Como acabo de indicar, el desarrollo territorial valenciano no se ha realizado mediante unos instrumentos globales que establezcan las directrices a desarrollar en el conjunto del territorio. Se ha realizado a través de planes urbanísticos. En concreto, a través de los denominados Programas de Actuación Integrada. Esta figura constituye una de las novedades más destacadas de la Ley urbanística de Valencia de 1994.

Los Programas de Actuación Integrada se definen como instrumentos que planifican una actuación integrada. Ésta, a su vez, se define como la

obra pública de urbanización conjunta de dos o más parcelas, realizada de una sola vez o por fases, conforme a una única programación. La Actuación contemplada en el Programa será ejecutada por el urbanizador. En ejercicio directo de sus competencias, esa responsabilidad puede ser asumida por la propia Administración o, mediante gestión indirecta, adjudicarse a un particular —sea o no propietario del terreno—, seleccionado como Urbanizador en pública competencia al aprobar el Programa y según convenio estipulado en éste. El Programa ha de fijar la forma de gestión —directa o indirecta— de la Actuación Integrada. La conflictividad se suscitará cuando los programas de actuación integrada abarquen parcelas pertenecientes a áreas semiconsolidadas. En torno a estas se han producido numerosas denuncias por parte de particulares, en su mayoría ciudadanos comunitarios, fundadas en Derecho, que son las que han movido a reaccionar a las autoridades europeas (10).

Aunque aparentemente se trate de enderezar la situación, parece que la nueva Ley Urbanística Valenciana también permite que los Programas de Actuación Integrada puedan desarrollarse sobre parcelas pertenecientes a áreas semiconsolidadas, de acuerdo con el artículo 27, aunque se ha pretendido suavizar, estableciendo que la programación integrada deberá ser compatible con estas áreas edificadas.

En cualquier caso, el sistema de los PAI y su ejecución por el Agente Urbanizador ha ocasionado una fuerte polémica por el desarrollo desmedido que en ocasiones ha acarreado. No en vano, se presentaron 15.000 denuncias por ciudadanos comunitarios europeos residentes en la costa levantina cuyas propiedades se vieron afectadas por los Programas de Actuación Integrada. Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, también «TSJCV»), dentro de la enorme litigiosidad producida, ha tenido ocasión de adoptar la medida cautelar de paralización de algún

---

(10) La controvertida figura del agente urbanizador, que se ha extendido, además, a otras Comunidades autónomas, ha sido estudiada ampliamente por la doctrina. Véanse, por ejemplo, los trabajos de Martín BASSOLS COMA, «Iniciativa privada y gestión urbanística: sistemas de actuación, agente urbanizador», *Revista de urbanismo y edificación* 5, 2002, 15-43; Carlos COELLO MARTÍN, «¿La sinecura de una función pública? Reflexiones acerca de la introducción del agente urbanizador en la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja de 2006», *Actum Inmobiliario & Urbanismo* 1, 2007, 83-92; Alejandro CRIADO SÁNCHEZ, *El agente urbanizador en el derecho urbanístico español*, Reus, Madrid, 2005, 479 p.; Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE, «El agente urbanizador como sistema de gestión urbanística», en *Fundamentos de Derecho Urbanístico* (Dir. Luis MARTÍN REBOLLO y Roberto O. BUSTILLO BOLADO), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 599-612; José Eugenio SORIANO y Carlos ROMERO REY, *El agente urbanizador*, Lustel, Madrid, 2004, 219 p.

Programa de Actuación Integrada claramente desmesurado. Vayamos por partes.

\* \* \*

La ausencia de una política territorial integrada, que ya evidenciara la primera Ley de Ordenación del Territorio, como he destacado más arriba, ha trascendido al ámbito europeo. Y es que lo que ha primado ha sido el desarrollo económico a corto plazo, a través de actuaciones aisladas, sin tener en cuenta otras consideraciones que las meramente desarrollistas, desconociendo que numerosas personas se habían establecido en la idea de que tenían resuelto de por vida el problema de su vivienda. Todo ello al amparo de la Ley Urbanística de 1994.

El Informe del Parlamento Europeo sobre las alegaciones de aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU) y sus repercusiones para los ciudadanos, de 5 de diciembre de 2005 (Informe Fourtou), resultado de una iniciativa presentada por unas 15.000 ciudadanos comunitarios residentes en la Comunidad Valenciana, constituye un buen ejemplo de la realidad señalada. En este Informe se refleja el constante desprecio de nuestras administraciones (en este caso las valencianas), en el respeto a los derechos de las personas, que pueden resultar afectadas por un desarrollo urbanístico desmedido. Desprecio que se sustancia, de una parte, en el incumplimiento del Derecho comunitario europeo, pero también, en el desconocimiento de las reglas del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como han sido decantadas por el Tribunal de Estrasburgo. En relación con el primero, se conculcan las Directivas sobre la evaluación ambiental de planes, las Directivas de contratos de las Administraciones públicas y la Directiva marco de Aguas (ignorando la obligación de garantizar una política coordinada para la demarcación hidrográfica en su conjunto). En relación con el segundo, la violación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de expropiación y, en concreto, en relación con la doctrina del *justo equilibrio* entre las exigencias del interés público y los derechos individuales de los particulares (11). Todo este conglomerado de infracciones del derecho de las dos entidades supranacionales a las que pertenecemos (la Unión

---

(11) A modo de ejemplo de las reglas que ha decantado el TEDH, puede verse su Sentencia *Aka c. Turquía*, de 23 de septiembre de 1998, o más recientemente, la sentencia *N.A. y otros c. Turquía*, de 11 de octubre de 2005.

Europea y el Consejo de Europa) se traduce en flagrantes violaciones de los derechos fundamentales de las personas como, por ejemplo, los derechos ambientales, desde un punto de vista sustantivo y procedimental, y el derecho de propiedad, tal y como vienen consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Destaca en este sentido lo establecido en los Considerandos del Informe, en los que se subraya que los Estados miembros están obligados a cumplir la Carta cuando aplican, o debieran aplicar, el Derecho comunitario en todas aquellas situaciones en que las disposiciones de la Carta son relevantes (12).

Tras esta contundente advertencia, el Parlamento Europeo elogiará la iniciativa del Gobierno Valenciano al haber reaccionado formulando un Proyecto de Ley (13) de reforma de la Ley controvertida. Sin embargo,

---

(12) La conexión medio ambiente-derechos fundamentales es cada vez más notoria, como se desprende de este Informe y de la actividad general de la Unión Europea. Es interesante, en esta línea, el análisis de impacto en los derechos fundamentales —tal y como se prevén en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de su Tribunal— de toda propuesta legislativa comunitaria, integrada en la actual evaluación de impacto de los efectos económicos, sociales y medioambientales de las propuestas legislativas de la Comisión. Véase, en este sentido, la Comunicación de la Comisión sobre el 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. 27.IV.2005. En España hay que tener muy en cuenta la doctrina sentada por el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO que, desde finales de los 80, viene dando cuenta de los avances conseguidos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia ambiental. Entre sus trabajos más recientes merecen ser citados, «Libertad religiosa, construcción de templos y exigencias urbanísticas (precisiones de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», *Revista Española de Derecho administrativo* 138, 2008, 289-330; y «Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho administrativo* 139, 2008, 781-807. Véanse también otros trabajos recientes como el de Blanca LOZANO CUTANDA, «La configuración jurídica del derecho al medio ambiente, con su doble componente objetivo-subjetivo, en la doctrina del TEDH», en *Derechos fundamentales y otros estudios en Homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, 1995-2006; David SAN MARTÍN SEGURA, «La «ecologización» de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos», *REDUR* 3, 2005, 45 p. Me remito igualmente a mi estudio anual de la jurisprudencia ambiental del TEDH, publicado en el *Observatorio de Políticas Ambientales*, dirigido por el profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN.

(13) Actual Ley 16/2005, de 30 diciembre, Urbanística Valenciana. DOGV 31.XII.05. Una lectura detenida de la nueva LUV permite comprobar que se dan deficiencias muy destacadas. Por ejemplo, destaca de una manera intensa la posibilidad de que la reparcelación pueda implicar la desclasificación de suelo no urbanizable protegido en suelo urbanizable [art. 169.3.e)], lo que significa que podrá urbanizarse en el 33% de suelo litoral que resta por construir. Desde la perspectiva del respeto del derecho de propiedad, esta Ley presenta también destacadas infracciones de la normativa estatal y europea. Por ejemplo, en relación con las cargas de urbanización (art. 168), el propietario deberá hacerse cargo de una serie de gastos de urbanización que no ha decidido (pavimentación de calzadas, aparcamientos, aceras, red de distribución de agua potable, jardinería, arbolado, etc.).

añadirá que de nada sirve establecer una Ley más restrictiva sin plantear una *moratoria urbanística* (punto 11 del Informe) ante la precipitación que se produjo para comprometer nuevos proyectos. Esta petición ha sido reiterada posteriormente por el ejecutivo comunitario.

Una vez aprobada la nueva Ley, parece que no se han solucionado los problemas. Al menos, así lo considera el Parlamento Europeo en un Informe posterior, sobre la misión de investigación en Madrid, la Comunidad Valenciana y Andalucía, del 27 de febrero al 3 de marzo de 2007. En este Informe constata que al no haberse establecido la moratoria, se aprobaron apresuradamente en los últimos días de vigencia de la vieja Ley proyectos de construcción de miles de viviendas en zonas ambientalmente sensibles. De la misma manera, constata que la nueva Ley sigue obligando a los propietarios a ceder un 10% de su suelo sin indemnización alguna y sin que exista una definición clara de interés público. Parece que los intereses privados de los urbanizadores se hacen prevalecer sobre el derecho de propiedad de los vecinos afectados. Esta Ley ha sido recurrida por el ejecutivo comunitario ante el TJCE por considerar que vulnera la normativa comunitaria de contratación pública. En esta misma línea, en un reciente informe del Parlamento Europeo de 20 de febrero de 2009 (14) la Unión Europea amenaza con la congelación de los fondos estructurales para España si no se resuelven los abusos urbanísticos denunciados. Se vuelve a insistir en la necesidad de establecer una moratoria urbanística que se traduzca en la suspensión y revisión de todos los planes urbanísticos que no respeten el medio ambiente y no garanticen el derecho de propiedad. Igualmente exige la anulación de los desarrollos urbanísticos en curso que no se ajustan a la legislación comunitaria. Por consiguiente, nueva advertencia a España, a pesar de que tanto el Partido Popular español como el Partido Socialista español trataran de evitar este nuevo informe a través de la presentación de enmiendas.

\* \* \*

Por otro lado, hay que hacer mención al Auto del TSJCV, de 3 de noviembre de 2006. Por esta Decisión, el TSJCV admite la solicitud, presentada por 21 ciudadanos extranjeros, de suspensión cautelar del acto

---

(14) Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas [2008/2248(INI)].

administrativo por el que se acuerda la aprobación del Programa de Actuación Integrada para el desarrollo del sector de «El Repla», de las Normas Subsidiarias del municipio de Parcent y, la selección como agente urbanizador a la mercantil «Terra de l'Horta S.L.». El Tribunal considera excesiva la previsión de la construcción de 1496 viviendas por un instrumento de este tipo. Una actuación de tal naturaleza exigiría, dice el Tribunal, una instrumentación de carácter más general, donde pudieran ponderarse las necesidades integrales del municipio y su sostenible desarrollo. Basta pensar, continúa el Tribunal, que se trata de un municipio de poco más de 1.000 habitantes, y la actuación cuando menos pretende integrar una población que duplica este número.

En este mismo orden de consideraciones, si nos fijamos en la LUV (arts. 65, 72, 73, 74, 112, 116 y 137.5), observamos que los Programas de Actuación Integrada pueden modificar Planes Generales de Ordenación Urbana a través de un Plan Parcial. Es decir, la planificación general queda relegada por un proyecto fruto de la iniciativa privada, en muchos casos. Lo cual, además, plantea la duda de cómo el Plan de Acción Territorial del Litoral coordinará el planeamiento general si éste, incluso, es sensible a planes parciales. ¿Coordinará el PATL a los PAIs? No parece, en definitiva, que el juego de los instrumentos actuales de desarrollo territorial permitan una ordenación integrada y sostenible del litoral.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Tras el estudio de la normativa e instrumentos que afectan a la ordenación del litoral valenciano cabe extraer una serie de conclusiones.

En primer lugar, hay que destacar sin falta como conclusión principal y de la que derivarán buena parte de los problemas territoriales de esta Comunidad, que la Ley de Ordenación Territorial de la Comunidad Valenciana no plantea un enfoque integrado de la planificación territorial. En efecto, los Planes de Acción Territorial integrados y sectoriales pueden modificarse entre sí. Todo ello, a pesar de que en la Ley de Ordenación del Territorio se recalque que se pretende desarrollar un modelo de desarrollo integrado en el marco de los instrumentos territoriales estratégicos de la Unión Europea. Fiel reflejo de ello lo encontramos en el reciente informe de la Comisión de Peticiones de la Unión Europea que amenaza

con la retirada de los Fondos Estructurales si no se realiza una revisión a fondo de los planes urbanísticos contrarios a la normativa comunitaria.

En lugar de seguirse un modelo integrado de desarrollo, hay que indicar, como segunda conclusión, que el motor del desarrollo territorial valenciano viene determinado por instrumentos muy concretos: los Programas de Actuación Integrada. Se plantean en muchas ocasiones por individuos privados, los cuales presentan un modelo de desarrollo aislado, ajeno a la política territorial general autonómica.

Como tercera conclusión, con carácter específico en relación con el litoral, la lectura del Plan de Acción Territorial del Litoral permite comprobar que este instrumento no contempla los intereses generales del litoral en su conjunto, en el marco de la ordenación del territorio. Al contrario, prevé más urbanización del litoral mediante el incremento de la oferta turística y de ocio, desplazando al interior actividades industriales actualmente situadas en el frente litoral, lo cual, a mi modo de ver, no queda bien justificado. Este Plan fomenta, en fin, la terciarización de la actividad económica.

Como conclusión final recalcaré que el modelo de desarrollo territorial planteado es ajeno a la idea de planificación integrada porque se intenta potenciar el desarrollo de sectores concretos frente a la proyección de un desarrollo territorial global y, en segundo lugar, porque determinados instrumentos urbanísticos parciales prevalecen sobre instrumentos regionales más amplios.



# LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL SECTOR ELÉCTRICO

VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR

*RESUMEN:* Este trabajo resume la evolución de los aspectos principales de la formación del derecho eléctrico español desde comienzos del pasado siglo, inicialmente basado en autorizaciones administrativas reglamentadas a nivel municipal, hasta la declaración formal del suministro como servicio público en 1924. A continuación se destaca, ya en la década de los ochenta, la aprobación del denominado marco legal y estable de 1987, y la Ley nacional de 1997 que llevó a cabo una completa transposición de la Directiva comunitaria 96/92/EC, parcialmente modificada en 2003. Estas normas tenían por objeto establecer las bases legales —normas comunes— del proceso de liberalización del sector eléctrico, promoviendo competencia en la generación y en el mercado minorista, basados en las técnicas de acceso de terceros a la red y separación de actividades, que reclama un determinado grado de diferenciación entre los propietarios o titulares de las redes y los operadores comerciales. Con tal espíritu y, basado en las citadas técnicas jurídicas, las normas europeas se transpusieron al derecho español.

Asimismo, este trabajo pasa revista sumaria a algunos de los más destacados pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia, específicamente en lo relativo a la figura de los servicios económicos de interés general.

Finalmente se lleva a cabo un breve análisis del último paquete legislativo comunitario preparado por la Comisión Europea y se apuntan temas como la implementación del acceso de terceros a las redes —tarifas de acceso y costes de congestión—, y la separación de actividades en su nueva formulación, destacándose igualmente, el significado de la creación de una Agencia reguladora europea de la Energía.

*Palabras clave:* evolución del derecho eléctrico español; liberalización eléctrica; condiciones de ejercicio del acceso de terceros a la red; regulación de la separación de actividades; servicios de interés económico general (jurisprudencia comunitaria); Agencia Europea de la Energía.

*ABSTRACT:* This work summarizes the evolution of the Spanish electricity law since the beginning of the twentieth century, from a first period of local authorizations followed by the electricity of supply declaration as public service, to the so called legal electricity framework approved in 1987, and the 1997 national

*Law that fully transposed the 96/92/EC EU Directive reviewed in 2003. Those rules were focussed on the development of common rules in the internal electricity market which promotes competition in the sector at the generation and retailing level, based upon the legal techniques of third party access and unbundling, that requires a degree of separation between the networks owners and the competitive agents. With this spirit and under these rules were transposed to the Spanish law.*

*Furthermore, the work reviews some of the most relevant jurisprudence on this subject, regarding services of general economic interest and exclusive rights EU doctrine.*

*Finally a brief analysis of the last EU electricity package launched by the European Commission is studied regarding mainly to the implementation of the third party access —connection charges and access tariffs—, unbundling regulation, and the creation of the EU Energy Agency.*

*Key words: Spanish electricity law evolution; electricity deregulation; third party access conditions; unbundling regulation; services of general economic interes jurisprudence; EU Energy Agency.*

Buenos días señoras y señores, queridos amigos. Constituye para mí, un motivo de especial satisfacción reunirme, de nuevo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, con tan buenos amigos y expertos en el derecho público económico.

De manera especial quisiera agradecer a los profesores Dr. D. José María GIMENO, Decano de la Facultad, por su ya antigua amistad labrada en buena parte en los avatares de nuestra común dedicación, casi pasión, desde hace bastantes años, por el estudio del derecho de la energía y la contratación pública europea.

Asimismo quiero agradecer al profesor Dr. D. Fernando LÓPEZ RAMÓN su tan amable invitación, deseando que el desarrollo de este Seminario tenga, como así se ha podido acreditar en las brillantes intervenciones que nos han precedido, el interés que los contenidos enunciados, sin duda, despiertan.

Al abordar el análisis del derecho eléctrico, lo primero que tenemos que tomar en consideración es la naturaleza del bien, el producto, el servicio que es objeto de necesaria regulación. Y, evidentemente, el carácter propio del hecho jurídico que desencadena la creación de un ordenamiento jurídico propio que podríamos encuadrar, aunque sin ánimo de definir una nueva categoría autónoma, como derecho de la electricidad

o derecho de la energía. Un derecho nuevo pero extraordinariamente pujante, que reposa su existencia, como hecho jurídico, en la electricidad, tal vez el fenómeno tecnológico contemporáneo más relevante, con una incidencia extraordinaria en multitud de procesos industriales y comerciales de la sociedad moderna. Un fenómeno además enormemente expansivo en su desarrollo, aplicación y uso (1); Y que como apuntaba antes, admite la definición jurídica de mercancía, bien o producto, pero también de servicio esencial que debe proveerse en favor de todos los ciudadanos, en su vertiente de consumidores eléctricos. Naturaleza dual o ambivalente que permite explicar, sin embargo, muchas de las características propias no sólo de las actividades económicas a que dé lugar, sino de las posibilidades de su estatuto y régimen jurídico.

En mi exposición procuraré subrayar sumariamente, lo que a mi juicio han sido los elementos más sobresalientes y las notas jurídicas principales del derecho eléctrico español hasta el momento presente.

El derecho eléctrico en España encuentra su verdadero punto de partida en la Ley de 23 de marzo de 1900 sobre imposición forzosa de servidumbre de paso de corriente eléctrica, ya que la regulación inmediatamente anterior y la subsiguiente se concentran, en general, en lo relativo al establecimiento y creación de servicios municipales sobre alumbrado, de competencia municipal (2).

Especialmente importante es, en este primer período de formación, el contenido del Real Decreto de 27 de marzo de 1919, al definir un tipo autorizatorio intensamente reglamentado, que establecía que si en la solicitud de autorización de la instalación se manifestaba que la explotación habrá de efectuarse para servicio declarado público, se acompañasen en la propuesta citada, las tarifas que se iban a aplicar. En dicho sentido, como recuerda Luis Pastor Ridruejo, la Sentencia de 27 de diciembre del citado año plantea un primer tema de gran interés sobre la naturaleza jurídica del suministro de energía eléctrica, ya que el Tribunal Supremo, contradiciendo la opinión de la asesoría jurídica del Ministerio de Fomento y de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, cali-

---

(1) En España, la producción eléctrica ha pasado en los últimos cincuenta años de 14.000 a 300.000 GWh.

(2) Para una precisa explicación de este período, ver, en particular: «*El sector eléctrico: Leyes, reglamentos, directivas comunitarias. Breve síntesis histórica y situación actual*», de Manuel Álvarez-Valdés y Valdés. Revista Jurídica de Asturias. Academia Asturiana de Jurisprudencia.

fica esta actividad de energía eléctrica como una actividad privada reglamentada (3).

La declaración expresa del suministro como servicio público tiene lugar poco más tarde y, de este modo, en el Real Decreto de 12 de abril de 1924, durante la Dictadura de Primo de Rivera se señala que todas las empresas de distribución de energía eléctrica, agua y gas que disfruten de concesiones o autorizaciones administrativas del Estado, quedan obligadas a efectuar el suministro a todo abonado que lo solicite. El suministro citado deberá efectuarse a los precios fijados en tarifas aprobadas administrativamente. En el mismo sentido se adopta posteriormente el Reglamento de Verificaciones de 1933, que atribuye a la Administración potestad tarifaria, respecto de las concesiones anteriores.

Desde aquellos Decretos de 1924 y 1933, que declaran servicio público el suministro eléctrico, hasta otra norma, de igual rango, casi veinte años más tarde en marzo de 1952, cuando se aprueba el Reglamento de verificaciones eléctricas y regularidad del suministro eléctrico, que crea las tarifas tope unificadas para cada uno de los tipos de consumo, apenas hay otra regulación central en el marco del sector eléctrico español.

Como normativa posterior de alcance cabe citar, además de la Ley sectorial de Expropiación Forzosa de 1966, el Decreto de 21 de diciembre de 1972 por el que se establece «El sistema integrado de facturación de energía eléctrica (SIFE)», que autorizó el establecimiento, de conformidad con un régimen que ya había sido sustancialmente previsto en el año 1951, de un sistema de las llamadas compensaciones entre empresas, que permitía establecer fórmulas de corrección entre las diferencias de costes de generación, tanto fijos como variables. El sistema preveía también regular «las diferencias de ingresos debidos a las distintas estructuras de los mercados de las empresas eléctricas, teniendo en cuenta los costes imputables en cada caso» (4), tema este que con una u otra formulación económica y jurídica, parece recurrente en la historia del sector.

---

(3) Ver Luis Pastor Ridruejo: «El nuevo régimen económico de la electricidad en la Ley 17/2007, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre», en el libro colectivo «Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico (Ley 17 de 2007)». Editorial Thomson-Civitas. Universidad CEU San Pablo. Instituto Universitario de Estudios Europeos. 2007.

(4) Ver, a tales efectos, Decreto 3561/1972, de 21 diciembre, por el que se establecen las condiciones del Sistema Integrado de Facturación de Energía Eléctrica (SIFE) (BOE nº 13, de 15.01.1973).

Pero la pieza central desde el punto de vista normativo en la regulación del sector de aquellos años se produce en los ochenta a través del Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, por el que se determina la tarifa eléctrica de las denominadas empresas gestoras del servicio, y por el que se implantó el calificado como marco legal y estable que concibe el suministro de energía eléctrica como un «servicio público esencial». Marco jurídico que pretendía configurar un procedimiento previsible o estable para las retribuciones de las denominadas en la norma, con propiedad, «empresas gestoras del servicio», y que asegurara su suficiencia económica en condiciones jurídicas materiales, aunque no formales, de equilibrio concesional (5). Dicho servicio público, se lee en el citado texto normativo, tiene encomendada la realización de un volumen de inversiones extraordinariamente elevado en activos fijos, que se caracterizan por el largo periodo de construcción y una vida útil muy dilatada en el tiempo.

Igualmente, a finales de los años ochenta tiene lugar en el seno de la Comunidad Europea una nueva etapa definida por el propósito de liberalizar las industrias principales de red, que habían sido en su mayoría, publicadas tras la Segunda Guerra Mundial, observando en no pocos países europeos, una relación causal entre titularidad pública del servicio, de la actividad y de la empresa —generalmente monopolística— gestora del servicio.

Hubo en aquellos primeros años de gestación de las medidas liberalizadoras, diversas tentativas legales de apertura a la competencia europea. Todas arrancaban del espíritu nacido del denominado Libro Blanco Delors y de la letra jurídica del Acta Única. En el caso del sector energético, en particular, de la Comunicación de la Comisión al Consejo del año 1988, para la construcción de un mercado interno como respuesta específicamente sectorial de un capítulo, el energético, que incomprensiblemente no había sido incluido en la larguísima colección de Directivas a adoptar previstas en el citado Libro Blanco.

La técnica legislativa adoptada en este devenir comunitario, ha sido fundamentalmente la Directiva europea, como método ordinario de apro-

---

(5) Ver, a este respecto, la presentación que realiza en el libro «Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico (Ley 17 de 2007)». Editorial Thomson-Civitas. Universidad CEU San Pablo. Instituto Universitario de Estudios Europeos. 2007.

ximar legislaciones en el derecho europeo. Y el objetivo; construir un mercado interno sin barreras estatales.

El mercado único es beneficioso —ha mantenido tenazmente la Comisión Europea en sus Informes, desde aquellos años— para la estructura de la industria comunitaria de la energía, en la medida en que se obtienen mayores ventajas de las complementariedades o sinergias internas, mejora la estructura de los costes y se contribuye a racionalizar las actividades de producción, transporte y distribución de energía. Y el aumento de los intercambios entre Estados miembros es uno de los frutos que podría esperarse del mercado interior de la energía.

Aparte de normas de derecho derivado de rango inferior, el mercado interior eléctrico no comenzó verdaderamente su andadura hasta el 29 de junio de 1990, momento en que se publica la primera Directiva tendente a liberalizar el sector eléctrico europeo en tres fases o etapas diseñadas por el entonces Comisario de Energía, el portugués Cardoso e Cunha, después de los intentos fallidos de promover la apertura sectorial por la «vía directa» del derecho de la competencia comunitario, y no por el eje del mercado interior.

La primera norma, con rango de Directiva del Consejo es la relativa a un procedimiento que garantice la transparencia de los precios a los consumidores industriales finales de gas y electricidad. El objetivo de la norma se deduce fácilmente de su propia denominación: establecer mecanismos de información transparentes con relación a los precios eléctricos en Europa y, en particular, los referentes a los grandes consumidores industriales.

La Directiva parte de un hecho constatable, rotundamente recogido en uno de sus Considerandos: *«el grado de transparencia no es igual para todas las fuentes de energía ni en todos los países y regiones de la Comunidad, lo cual pone en peligro el mercado interior de la energía»*.

El Profesor José María Gimeno, insistía ya entonces en los principios generales comunitarios en esta materia como fuente de inspiración y orientación necesaria para edificar jurídicamente el mercado interior eléctrico, asegurar su cumplimiento, y, al mismo tiempo, se advertía de la capacidad de los órganos e instituciones europeas y, particularmente, de la Comisión, para iniciar procedimientos por incumplimiento cuando estimara injustificada la falta de acuerdo en los intercambios intracomunitarios a través de las redes.

Después de las Directivas de redes de alta tensión y transparencia de precios, se adopta como primer paquete legislativo de liberalización la Directiva 96/92 (6). El objetivo central de esta norma era pues establecer el marco legal a través de «normas comunes» que permitiera avanzar en la liberalización gradual del sector eléctrico europeo, como base indispensable para la definitiva formación del mercado interior de la energía.

En España, la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional de 1994 pretendió llevar a cabo la transposición de la citada Directiva Europea 96/92 configurando un doble sistema regulatorio: a) Un sistema integrado en el que se mantenían los postulados básicos del modelo anterior. Es decir, planificación vinculante, explotación y optimización unificada; tarifa única en todo el territorio nacional; coordinación de la distribución nacional. b) Con el sistema independiente que contemplaba fórmulas de apertura a la competencia, mucho más identificadas con el modelo regulatorio europeo, recogido en la Directiva citada.

Desde el esfuerzo normativo de la LOSEN hasta la Ley que verdaderamente traspone el espíritu y el contenido de las Directivas comunitarias, la Ley de 1997, se aprobaron los Reales Decretos de liberalización de junio de 1996. En particular el relativo a la liberalización del sector de las telecomunicaciones que entre otras novedades legislativas incorpora la creación de un organismo regulador, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como Ente dotado de autonomía respecto de la Administración del Estado para salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado correspondiente.

La Ley 54/1997, de 27 de diciembre, constituye o tiene como fin básico establecer una transposición completa de la Directiva comunitaria y por tanto el modelo liberalizador previsto en el ámbito de la Unión Europea, tras la incompleta transposición operada con la LOSEN.

Así como señala el propio texto *«se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico sustituyéndola por la expresa garantía de suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional. La explotación unificada del sistema eléctrico deja de ser un servicio público de titularidad estatal des-*

---

(6) Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DOCE n° L27 de 30/01/1997).

*rollado por el Estado mediante una Sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos Sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente de la gestión económica y técnica del sistema».*

En conclusión, se configura un nuevo modelo eléctrico basado en, a) La libertad de entrada en el sector, vía derecho de establecimiento y liberalización de las actividades de producción y comercialización; b) El reconocimiento de la libre contratación del suministro de electricidad; c) El establecimiento de la apertura jurídica de las redes a través de mecanismos jurídicos que habiliten a terceros operadores acceder al paso por las infraestructuras de transporte y distribución, a cambio de un peaje o precio administrativo.

Ahora bien, en la construcción de este modelo se contemplaron también dos cautelas importantes, dentro de un cuidadosamente diseñado proceso de transición que afectaba el compromiso de enormes inversiones apalancadas a largo plazo, como fueron los costes de transición, importados conceptualmente de los mecanismos adoptados fundamentalmente en el mundo anglosajón, y el mantenimiento de una tarifa que ha coexistido con un diseño normativo minorista abierto a la competencia y el precio libre.

En efecto, cabría recordar que la configuración de los CTC's no es una singularidad del derecho español. No pocos Estados de los Estados Unidos contemplan su regulación, y otros países que han acometido su proceso de liberalización en la Europa comunitaria, y fuera de ella, han aceptado también el reconocimiento de este derecho subjetivo de crédito apoyado en el principio de confianza legítima, ante un cambio de regulación de tanto alcance e intensidad, como un elemento indispensable de la nueva regulación. Naturalmente, la incorporación de este concepto y derecho para las empresas en el ordenamiento español, suscitó no poco debate y diversos pronunciamientos judiciales de gran importancia, como el Tribunal Supremo en Sentencia del año 2000 y la Decisión de la Comisión Europea en tramitación de ayudas de Estado compatibles con el Tratado.

El paso de un sistema de intenso control con reconocimiento legal de inversiones a largo plazo por un sistema de mercado imperfecto pero progresivo, que abandona el concepto de sistema unificado y servicio público, por el de sector coordinado y servicio esencial universal, tiene muchas consecuencias. Entre otras, una muy importante que se deriva del análisis

de esa misma transformación del concepto de servicio público en su conexión comunitaria con el derecho de la competencia.

Desde la reforma del concepto de servicio de interés general en su interacción entre los fines de la defensa de la competencia y la protección de obligaciones de servicio público, es importante tomar en consideración la valiosa jurisprudencia comunitaria existente hasta ahora. Citaré, tan sólo resumidamente, algunas de las principales Sentencias dictadas sobre esta materia.

En tal sentido una de las primeras decisiones jurisprudenciales importantes en el ámbito de la apertura en el sector eléctrico fue la Decisión de 16 de enero de 1991, IJSELCENTRALE vs. SEP (7). Se trataba de enjuiciar un Convenio ante las cinco empresas productoras integradas en SEP, de Holanda, para no suministrar energía eléctrica que pudiera dedicarse a la exportación. La Comisión Europea estimó que existía un Convenio entre empresas prohibido por el artículo 85 del Tratado que restringía la competencia y repercutía en el comercio internacional. Dicho Convenio no podía ampararse en el artículo 90.2 porque si bien se trataba de empresas que gestionaban servicios de interés económico general, la aplicación de las normas de la competencia, no impedía el cumplimiento de su misión, y además, los derechos exclusivos de importación o exportación afectan a los intercambios intracomunitarios y perjudica los intereses de la comunidad.

Debe notarse que en aquel caso la Comisión atacaba a los Monopolios de importación o exportación no por la vía del artículo 37, sino por la vía de declarar nulo artículo 85 un Convenio entre empresas.

La segunda actuación de la Comisión Europea a destacar fue la iniciación de un procedimiento contra nueve países, entre ellos España, al amparo del artículo 169 del Tratado, para que suprimieran los derechos exclusivos o Monopolios de importación o exportación de electricidad y de gas. En la Decisión motivada a cinco Gobiernos la Comisión reitera su argumentación de que la electricidad es una mercancía que tiene más elementos en común con éstas que con los servicios. En cualquier caso, esta jurisprudencia europea marcó el camino adecuado por la abolición de dichos monopolios.

---

(7) Decisión de la Comisión 91/50/CEE, de 16 de enero de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.732 – Ijsselcentrale y otros) – DOCE nº L28 de 02/02/1991.

Por su parte la Sentencia de 19 de mayo de 1993, Asunto Corbeau (8), constituye otro buen exponente del posicionamiento jurisprudencial, que declara que el artículo 86.2 permite que determinadas empresas mantengan determinados derechos no concedidos a otros operadores económicos, siempre que las restricciones a la competencia sean «necesarias para asegurar la realización de la misión específica que se ha atribuido a las empresas titulares de derechos exclusivos». Igualmente, la Sentencia Almelo (9) de 27 de abril de 1994, permite a los Estados conceder derechos exclusivos con el fin no sólo de hacer posible la realización de la misión de servicio público sino también de evitar poner en peligro el equilibrio económico de la empresa en cuestión.

En otro sentido y más recientemente cabe citar la Sentencia de 24 de julio de 2003, en el Asunto C-280/00 Altmark (10), en el que el Tribunal entiende que las compensaciones por servicio público no constituyen ayudas estatales en el sentido de lo dispuesto en el artículo 87 del Tratado C, siempre que se cumplan cuatro criterios: 1) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. 2) Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que esta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. 3) La compensación no puede superar el nivel necesario para cumplir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. 4) Y cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento en el que la compensación necesaria debe realizarse sobre el análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada habría soportado para ejecutar estas obligaciones.

---

(8) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno). Caso Proceso Penal contra Paul Corbeau. Sentencia de 19 de mayo de 1993. TJCE 1993\71.

(9) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno). Caso Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf Ijsselmij NV. Sentencia de 27 de abril de 1994. TJCE 1994\61.

(10) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno). Caso Altmark Trans GmbH y otros contra Nahverkehrsgesellschaft. Sentencia de 24 de julio de 2003. TJCE 2003\218.

Volviendo a la construcción del marco normativo eléctrico europeo y español y sus etapas, la Directiva 2003/54/CEE, surge como señala el propio texto de la misma en sus Considerandos de razón de la experiencia adquirida en la adaptación y aplicación de la Directiva precedente. A juicio de la norma existen determinados criterios favorables del proceso liberalizador o ventajas de la misma que se sintetizan en los puntos de mayor eficacia, reducción de precios, mejora de la calidad y de la competitividad. Sin embargo se aprecian determinadas deficiencias del proceso como la necesidad no alcanzada de garantizar condiciones equitativas en la generación; Reducir el riesgo de posiciones dominantes; La existencia de tarifas discriminatorias; La necesidad de una mayor publicación de las fuentes de energía; La de proteger a los consumidores vulnerables; Y la de favorecer mayores medidas de protección en el ámbito del medio ambiente.

El esquema general de la reforma prevista en la Directiva 2003/54 (11) supone una modificación leve y parcial de algunos de los principios, técnicas o medidas —sobre todo claro, estas últimas— establecidos en la Directiva precedente.

Ahora bien, ni la Directiva 2003/54/CE, ni la Ley 17/2007 que la ha adaptado al derecho interno, tienen como consecuencia una modificación sustancial del marco anterior. En el primer caso se trata de continuar un proceso legislativo, el de la liberalización o apertura a la competencia sectorial, identificando nuevos obstáculos «de etapa» en el ya clásico mecanismo de revisión legislativa comunitaria y tratando de profundizar en determinadas medidas, corrigiendo otras que se han manifestado insuficientes o erróneas, a la luz «de la experiencia adquirida». En el caso de la nueva Ley, se trata de una reforma parcial de la ley anterior, verdadero eje —a pesar de todas sus dificultades de aplicación, contradicciones sobrevenidas e insuficiencias—. Reforma que se aborda necesariamente obligados por la transposición comunitaria, pero que se aprovecha para reordenar determinados aspectos del sector, especialmente en el ámbito de la regulación de la estructura del mercado organizado mayorista, teniendo en cuenta los muchos e importantes cambios operados desde la anterior Ley, por vía reglamentaria.

---

(11) Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DOCE n° L-176, de 15.7.2003).

En términos de medidas concretas se podría subrayar que las tres principales de la Directiva son: a) Reforzar determinadas medidas pro-competencia; b) Profundizar en la separación de actividades, vía separación jurídica, estableciendo una clara diferenciación entre titular de las redes y operadores o productores, y c) Actuaciones para la protección de los consumidores, de manera principal los calificados como «vulnerables».

En la Ley española el mercado ya no será sólo de casación marginal, sino que la estructura del mismo se construye más generica y ampliamente a través del precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en dicho mercado admitiendo, en tal sentido, diversas modalidades de determinación de precios. Ello otorga, además, continuidad y habilita los mecanismos que se han ido poniendo en marcha estos últimos años, como las subastas de distribución, las emisiones primarias de energía o las subastas de capacidad en los intercambios internacionales (12).

Otro cambio que se introduce en la nueva Ley, es en el ámbito de los denominados sujetos del sector. En este capítulo vemos cómo se comprime el número de figuras existentes hasta ahora, en razón del avance de los presupuestos liberalizadores y, principalmente, por la desaparición de umbrales de apertura en razón de la elegibilidad generalizada en favor de todos los consumidores y la libertad plena de los intercambios internacionales. Así pues, desaparece la figura de los consumidores cualificados y de los agentes externos, que se integra en la de los comercializadores, pieza central desde el ángulo del mercado minorista. Los comercializadores se definen como «sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional», la retribución de este sujeto del sistema que no com-

---

(12) Ver, entre otras disposiciones de estos últimos años en los ámbitos referidos, el Real Decreto 1454/2002, que modificó el Real Decreto 2019/1997, a su vez desarrollado por la Orden ITC 400/2007, de 26 de febrero, y la Resolución de la Secretaría General de la Energía de 19 de abril de 2007.

En materia de subastas de capacidad, cabría citar el Reglamento comunitario 1228/2003 de la Comisión, de 26 de junio de 2003, y las Órdenes ITC 4112/2005, de 30 de diciembre y la Orden ITC 843/2007, de 28 de marzo.

Otras disposiciones importantes en materia de subastas para distribuidores y desarrollo del mercado de contratación a plazo, son la Orden ITC 400/2007, de 26 de febrero, y las Órdenes ITC 2129/2006 y 3990/2006, respectivamente.

petirá ya, en desventaja con los distribuidores desdoblados en su función de comercializar bajo la protección de la tarifa, será libre mediante la fijación de precios en los términos que se pacten con cada cliente, aunque sin perjuicio, de la figura del suministro de último recurso.

Otro cambio importante, derivado de la Directiva comunitaria, es el repliegue de los distribuidores a la función exclusiva de gestores de la red, abandonando la condición de sujetos del mercado de producción.

Los consumidores, ya no precisan adjetivarse como cualificados o elegibles o no, al poder acceder al mercado liberalizado cualquier consumidor. Sólo se matiza la figura de Consumidor Directo del Mercado, que será aquel consumidor que desee adquirir directamente la energía del mercado organizado de producción en su variante de contratación bilateral, denominándose agente del mercado si lo hace a través del pool.

En la esfera de las conexiones internacionales, se impulsa una mayor libertad de contratación con menor control administrativo, al desaparecer las figuras de autoproducción, agente externo y consumidor cualificado.

Las operaciones de compraventa en o con sistemas externos, podrán ser realizadas por los productores, los comercializadores y los consumidores directos del mercado, manteniéndose el criterio o principio general ya existente, tras el Real Decreto-ley 5/2005, de que la adquisición de energía podrá ser realizada mediante cualesquiera de las modalidades de contratación admitidas por la Ley.

En materia de exigencias de control administrativo, como apuntaba anteriormente, éstas disminuyen notablemente, ya que los intercambios intracomunitarios no precisan de autorización previa ni posterior, excepto de la necesidad, en caso de venta de energía, de «comunicar» al operador del sistema, que únicamente puede denegarla cuando implique un riesgo cierto para el suministro (13).

Con la nueva Ley, se transpone el concepto comunitario de clientes vulnerables y tarifa de último recurso. Existe, a nuestro juicio, una excesiva inconcreción sobre el reconocimiento de este derecho y su forma de implantación.

---

(13) Ver el excelente trabajo de Carlos Vázquez, en la obra citada «Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico (Ley 17 de 2007)». Editorial Thomson-Civitas. Universidad CEU San Pablo. Instituto Universitario de Estudios Europeos. 2007.

En la Directiva comunitaria tres Considerandos se preocupan fundamentalmente de este tema. El 19, que habla de «tarifas razonables», al señalar que «*Cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas han de poder disponer también de garantías del servicio público en particular en lo que se refiere a la seguridad del suministro y a unas tarifas razonables...*». El 24, más precisamente, habla de clientes vulnerables posibilitando que los Estados miembros adopten las «medidas necesarias para proteger a los clientes vulnerables en el contexto del mercado interior». Dichas medidas, se añade, podrán diferir en función de las circunstancias concretas de cada Estado y se referirán al pago de las facturas de electricidad u otras más generales adoptadas dentro del sistema de seguridad social. Este servicio universal se extenderá —aunque admite también una diferenciación de tratamiento— a hogares o pequeñas empresas.

El Considerando 27 cierra el círculo al señalar que los Estados podrán designar un suministrador de último recurso, aunque luego en el artículo 2 de la Directiva sobre «Definiciones», no se recoge esta nueva figura, aunque sí lo hace en el artículo 3.3. En el articulado de la Directiva la figura del suministrador de último recurso se centra en detallar el perímetro de sujetos empresariales que tendrán derecho a una tarifa especial por «ser de último recurso» (clientes domésticos) y pequeñas empresas, es decir, aquellas que empleen a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios o balance general anual no exceda de 10 millones de euros.

Joaquín Nebreda (14) ha propuesto otra interpretación de estas tarifas, distinguiendo entre:

- a) *Tarifa social*.— Esta *tarifa integral* estaría destinada a consumos domésticos de las personas que una Administración pública declarase su estado de necesidad y asumiera, contra sus presupuestos, el pago de los consumos de ella derivados.

Esta tarifa se caracterizaría por admitir una potencia contratada en el entorno de 1,1 kW, lo que permitiría mantener un mínimo consumo eléctrico (cocina, alumbrado y algún elemento de calefacción).

---

(14) Ver Joaquín Nebreda. *Tribuna del Derecho*. Julio 2008.

La tarifa social daría respuesta efectiva a la exigencia de universalidad que se impone al suministro eléctrico y cuando, a juicio de la administración responsable, las necesidades de sus beneficiarios estuvieran justificadas podría asumir el coste del mismo suministro aplicándole la tarifa básica, en razón del número de miembros de la familia, por ejemplo.

- b) *Tarifa básica*.— Esta sería, también, una *tarifa integral* que permitiría un consumo, más que mínimo, básico que permitiera responder a las necesidades domésticas con bajo nivel de electrificación a quienes no desearan acudir al mercado.
- c) *Tarifa de servicio esencial*.— Con los mismos criterios con que se calcule la tarifa básica deberá calcularse la que corresponda a los servicios esenciales, cuyo suministro merece una singular protección. La potencia contratada sería la que cada servicio afectado necesitara.

Por último, no quiero dejar siquiera de apuntar la gravedad del problema del déficit, que en definitiva se traduce en que lo pagado por los consumidores a cambio de la electricidad que reciben, es inferior —netamente inferior— a la suma de los costes en que hay que incurrir para producirla.

La Orden ITC/3801/2008 sobre tarifas (15) permite paliar, aunque aún de forma insuficiente, el grave problema de los desajustes o déficit tarifario, fruto de la contradicción interna de los procesos de liberalización incompleta. El déficit carece de lógica económica —una tarifa se integra por la suma de sus costes, que deben ser reconocidos— y genera una sorprendente e indeseable situación jurídica, en la que el operador se convierte en acreedor —vía saldo de las liquidaciones— del producto que genera y el servicio que presta.

Por ello, el déficit tarifario se ha convertido en España en uno de los aspectos claves del futuro del sistema eléctrico. La sucesiva acumulación en los últimos años de enormes desfases entre el coste de la producción de energía eléctrica suministrada a tarifa y los ingresos percibidos de los usuarios que no han acudido al mercado liberalizado, supone una enorme

---

(15) Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2009 (BOE nº 315, de 31.12.2008).

carga económica sobre el sistema que difícilmente puede seguir imputándose sobre las espaldas de las generaciones futuras.

El concepto de «principio de recuperación del déficit tarifario» (como en su día los CTC's), ha señalado Mateu de Ros, no es un derecho (crédito), entendiendo que la recuperabilidad de los desajustes o menores ingresos provocados por el diferencial entre costes e ingresos efectivos del sistema no es una posibilidad que la norma enuncia como objetivo ideal o criterio programático del sistema, sino que se materializa en unos derechos de crédito concretos (los «derechos de cobro») (16).

En definitiva, la actual legislación no señala con claridad a quién corresponde asumir el riesgo económico de los costes de producción de la electricidad cuando el suministro se realiza a tarifa regulada, teniendo en cuenta el modelo precedente que contemplaba la posibilidad de un superávit tarifario, que permitiría recuperar, por diferencias, los CTCs.

Mirando al futuro, el horizonte vuelve a ofrecernos otra iniciativa comunitaria, el denominado tercer paquete legislativo, representado tanto por la Propuesta de Directiva del Consejo y Parlamento (17) que modificaría la vigente, como por el Reglamento sobre condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad. Algunos de los asuntos más importantes de estas normas los trataremos de sintetizar a continuación.

En materia de separación de actividades y, a fin de justificar la necesidad de establecer una *separación de empresas o de propiedad*, la Comisión identifica *tres tipos de problemas*, cuando el gestor de la red de transporte es una Entidad jurídica dentro de una empresa (o Grupo de Sociedades) integrada. Tales problemas serían:

- a) Presunción de un tratamiento discriminatorio a sus filiales. Discriminación positiva del operador de red, en favor de sus empresas participadas, en caso de solicitudes de acceso por terceros operadores. Tal discriminación tendría lugar como consecuencia de la imposible superación en el seno del Grupo de Sociedades de un

---

(16) Ver «*El déficit de la tarifa eléctrica: Origen y regulación por el derecho positivo*». Rafael Mateu de Ros. Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, Tomo I. Iberdrola. Thomson-Aranzadi.

(17) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. COM(2007) 528 final, de 19.9.2007.

conflicto de intereses propietario generador o comercializador-titular de la red de infraestructura. En palabras de la Comisión, *«el motivo de fondo es que la separación jurídica y funcional no resuelve el conflicto de intereses fundamental, donde lo que interesa a los suministradores y productores es maximizar las ventas y la cuota de mercado, mientras que el explotador de la red está obligado a ofrecer un acceso no discriminatorio a sus competidores»*.

- b) La segunda causa o problema sería la presunción de utilización de información comercial sensible en las relaciones interactividades y, en este supuesto, intragrupo. De nuevo, en palabras de la Comisión, *«no existe ningún medio eficaz para evitar que los gestores de redes de transporte faciliten información comercial sensible a las ramas de generación o suministro de la empresa integrada»*.
- c) El tercer y último problema detectado es el de la presunción de falta de incentivos para los gestores de redes en empresas integradas. Antes al contrario, señala la Comisión *«[los gestores de red] tienen un interés intrínseco en limitar las nuevas inversiones cuando éstas benefician a sus competidores»*, ya que sus decisiones de inversión *«están condicionadas por las necesidades de sus filiales de suministro»*.

Por consiguiente, los tres problemas identificados se resumen en presunción de trato de favor para el acceso (o conflicto de interés interno); presunción de uso indebido de información comercial sensible; presunción de falta de incentivos a la inversión en redes. Las consecuencias de esta actuación dañarían tanto al aseguramiento de la competencia, como a la competitividad sectorial y a la seguridad del suministro por falta de atención en el mantenimiento y reinversión necesaria en redes. Por último, la Comisión ofrece un dato económico: el precio de la electricidad en los últimos diez años ha subido más en empresas integradas que las que disponen de una estructura jurídica de separación de activos y propiedad.

La Comisión ejemplifica también la separación de propiedad no sólo como imposibilidad de control del generador sobre la red, sino del titular de la red sobre el resto de la empresa integrada, *«una misma persona jurídica, señala, por ejemplo un fondo de pensiones, puede tener una participación minoritaria sin derecho a control tanto en el gestor de la red como en una empresa de abastecimiento, pero no puede tener derecho de veto en ambas*

*empresas, ni puede nombrar miembros de su Consejo, ni tampoco una persona puede ser miembro en los Consejos de ambas empresas».*

La propuesta contempla una excepción para el supuesto de nuevas inversiones, permitiendo en ese caso suspender temporalmente la obligación de separación jurídica, si bien condicionando su aplicación a la valoración del impacto o «*justificación económica de la nueva inversión, los objetivos del mercado interior y el objetivo de la seguridad del abastecimiento*».

En el ámbito institucional la propuesta de Directiva se expresa fundamentalmente en tres capítulos:

- a) Mediante la creación de una Agencia Europea.
- b) Mediante el refuerzo y la extensión de los poderes de regulación de las Autoridades nacionales.
- c) Mediante el fomento de la cooperación de los gestores de red.

En el primer caso, el más relevante desde el punto de vista institucional y el más difícil de encajar, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario actual, como —vía transposición de la norma— en el de los Estados miembros, es la creación de la Agencia.

El antecedente operativo de la Agencia es el denominado ERGEG (o Grupo de Organismos Reguladores Europeos de la Electricidad y el Gas), creado en 2003 (18), por la Comisión Europea como un «Grupo consultivo independiente», como el Comité Consultivo existente desde hace más de quince años en materia de contratación pública y regulada. El ERGEG tiene a su vez como antecedente necesario y verdadera causa habilitante de su creación, el «Consejo Europeo de Reguladores de Energía», constituido en el año 2000 y presentado formalmente el mismo día de la aprobación de su Acta de Constitución a la Comisaria de Energía, entonces con rango de Vicepresidencia.

La propuesta de la Comisión se apoya asimismo en las Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo de mayo de 2007 y determinadas Resoluciones del Parlamento Europeo, menos entusiastas con la nueva figura y más con la necesidad de aumentar la coordinación entre Autoridades nacionales.

---

(18) Decisión 2003/796/CE de la Comisión, de 11 de noviembre de 2003, por la que se establece el Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas (DOCE n° L-296 de 14.11.2003).

Los modelos institucionales *de base comunitaria* en los que se apoya esta nueva Institución serían, por ejemplo:

- a) La Red de Autoridades de Competencia (creada en 2004, por el Reglamento CE nº 1/2003) (19).
- b) E, incluso, el sistema de Bancos Centrales Europeos, aunque la Comisión admite que «carece de base jurídica en el Tratado», pero añade que «este tipo de modelo simplemente exigiría una modificación del Tratado».

Las funciones de la nueva Agencia cabría agruparlas en tres bloques:

- a) La decisión en problemas transfronterizos, fundamentalmente en materia de infraestructuras, cuando se trate de conflictos suscitados entre más de un país miembro y de acuerdo con las directrices establecidas por Directivas europeas.

Entre estas facultades se encontraría la de aplicación del régimen de exención del acceso en determinados supuestos y períodos pre-determinados.

- b) Consultiva general. En materia de regulación del mercado, pudiendo disponer directrices no vinculantes sobre buenas prácticas entre reguladores nacionales.
- c) De suspensión de la reglamentación sobre cooperación de los gestores de redes.

La Agencia estaría encargada de supervisar y revisar las actividades de la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de Electricidad y la Red de Gestores de Gas. También se contempla su capacidad de intervención en la fijación de programas prioritarios para el desarrollo de las redes y, en particular, en la revisión del plan de inversión de 10 años. Asimismo, en materia de códigos técnicos aplicables por los gestores de red.

En cuanto a su organización, la Agencia dependerá de la Comisión «cuando sea necesario adoptar decisiones sustantivas, sólo la Comisión

---

(19) Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE nº L-1 de 4.1.2003).

podrá hacerlo». Es decir, le quedaría reservada con carácter general, una función consultiva —hacia la Comisión— y «preventiva» o de informe, directriz o dictamen hacia los operadores de red y las Agencias nacionales. Estará integrada por un Consejo de Reguladores, un Consejo de Administración y un Director.

En cuanto a las Autoridades nacionales, aunque con menos significación formal, la propuesta tiene una mayor envergadura o contenido material y alcance. Así, se propone reforzar sus poderes, en particular:

- a) Vigilancia de la labor de los gestores en el cumplimiento de normas de acceso, obligaciones de separación, mecanismo de balance y gestión de congestión e interconexión.
- b) Revisión de planes de inversión.
- c) Garantizar medidas de protección del consumidor.
- d) Controlar grado de apertura del mercado.

Con relación al Reglamento de condiciones de acceso a las redes (20), además de los mecanismos institucionales de cooperación entre los gestores de redes nacionales y la Red Europea de Gestores de Redes, prevé la coordinación entre éstos al amparo de la que sería nueva Agencia Europea de Energía. Junto a ello se contemplan determinadas medidas de propuestas e informes técnicos, elaboración de códigos técnicos y comerciales, planificación de inversión y de coordinación de la explotación de la red.

Muchos otros temas son de interés, tanto desde la perspectiva comunitaria como española para seguir, analizar e interpretar la realidad jurídica del modelo eléctrico en Europa y España: La existencia y evolución del déficit tarifario, el mercado de emisiones, la construcción del Mibel, la efectiva adopción de una política energética común, diseñada en el Tratado de Lisboa, pero he intentado dibujar un breve recorrido por aspectos sustantivos del derecho eléctrico español y su problemática, acompañando los tres tiempos del verbo: pasado, presente y futuro.

---

(20) Reglamento (CE) nº 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad (DOCE nº L-176, de 15.7.2003).

# UNA PANORÁMICA SOBRE LA ESTRUCTURA DEL MERCADO ELÉCTRICO EN ESPAÑA: RESULTADOS Y RETOS

LAURA FERNÁNDEZ-VILLADANGOS

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR: ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO.— III. LOS ANTECEDENTES: EL INTENTO DE LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO.— IV. EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA SECTORIAL Y COMPETITIVA EN EL MERCADO ELÉCTRICO: 1. La estructura y funcionamiento del mercado de generación. 2. La actividad de generación y su nivel de concentración horizontal. 3. La actividad de generación y la evolución de la integración vertical. 4. La estructura empresarial según el mix de generación. 5. La medición del poder de mercado en la actividad de generación: Los índices de pivotalidad. 6. Elementos que distorsionan la competencia en el mercado de generación.— V. CAMBIOS REGULATORIOS RECIENTES.— VI. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS.*

*RESUMEN:* El sector eléctrico en España se ha sometido durante más de una década a un profundo proceso de reestructuración. El objetivo ha sido la introducción efectiva de competencia en aquellas actividades en las que era técnica y económicamente factible, como la generación. Sin embargo los resultados actuales de este proceso revelan que el grado de concentración en el sector es todavía muy elevado y que algunas reformas son aún posibles y necesarias.

*Palabras clave:* regulación; liberalización; competencia; Sector Eléctrico.

*ABSTRACT:* The Spanish electricity sector has experienced a deep restructuring process during more than a decade. The aim has been the actual introduction of competition in those activities in which that was both technically and economically possible, like the generation are. However, the results from the liberalization process reveal notably that the degree of concentration in the sector is still high but some reforms are indeed possible and needed.

*Key words:* regulation; liberalization; competition, Electricity Sector.

## I. INTRODUCCIÓN

A la hora de abordar la estructura de mercado del sector eléctrico, independientemente de su ubicación geográfica, debemos tener en cuenta que se trata de un sector muy complejo que comprende diversas subactividades.

La complejidad del sector se ve agudizada por el hecho de que su estructura de mercado más habitual es la oligopolística, lo cual supone contar con pocas empresas que operan conjuntamente en el mercado. El oligopolio puede suscitar algunos temores por posibles conductas anti-competitivas, razón por la cual la actividad de regulación tiene y tendrá un papel central en el sector.

Además, en el caso particular del mercado eléctrico español no podemos pronunciarnos totalmente sobre los resultados que se han alcanzado a la fecha en términos de competencia. Esto se debe, por un lado, a los recientes estímulos regulatorios de los años 2006 y 2007, así como por las últimas operaciones corporativas que han rodeado la toma de control de Endesa, uno de los principales operadores en el mercado, y que parece que finalmente acabará en manos de la italiana ENEL.

En cualquier caso no debemos olvidar que se trata de un mercado dinámico que adolece todavía de problemas estructurales importantes.

En esta revisión del estado de la cuestión de la competencia en el sector eléctrico en España empezaremos considerando brevemente cuáles son las principales características de este sector, a nivel organizativo y de funcionamiento. A continuación revisaremos los antecedentes que nos han llevado a la actual situación, es decir a la estructura del sector antes y después del proceso de liberalización. En la siguiente sección consideraremos con más detalle la estructura y el grado de competencia conseguido en la actividad de generación. Hemos escogido esta subactividad puesto que es una de las dos actividades, junto con la comercialización, en las que se ha intentado introducir competencia con mayor intensidad a lo largo del proceso de reestructuración del sector. Además se trata de una actividad en la que se mantienen todavía operativas empresas que vienen actuando en el mercado desde antes de que la liberalización del sector diera comienzo. Por último no debemos olvidar que se trata de una actividad con un volumen de negocio muy importante. En las dos secciones

finales del trabajo abordaremos brevemente los cambios regulatorios más recientes, y concluiremos señalando algunos retos y perspectivas de futuro.

## **II. CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR: ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO**

El sector eléctrico en España comprende en la actualidad cuatro sub-actividades distintas: Generación, Transporte, Distribución y Comercialización.

En la actividad de generación se lleva a cabo la producción de energía eléctrica. En particular podemos considerar tres vías por las cuales se produce la oferta de este suministro energético.

En primer lugar contamos con las sociedades generadoras que producen electricidad mediante la explotación de distintas tecnologías (térmica, nuclear, hidráulica o ciclos combinados). En segundo lugar cabe considerar el régimen especial, es decir toda aquella actividad de generación que utiliza energías renovables, residuos y cogeneración para producir electricidad. Por último, no debemos olvidar los intercambios internacionales, es decir la posibilidad de incorporar a nuestro sistema flujos de energía provenientes de otros mercados mediante interconexiones eléctricas. En el caso de España, estas interconexiones proceden de Francia y Portugal, aunque su importancia es meramente residual, hecho que convierte al mercado Español en una isla energética.

El segundo eslabón en la estructura del sector es el conformado por la actividad de transporte. En esta actividad se vehicula la energía producida a través de una infraestructura de redes de alta tensión eléctrica. En esta actividad es clave el papel de Red Eléctrica de España (REE) que se erige en la figura del Operador del Sistema, es decir, que esta sociedad vela por el correcto funcionamiento técnico de las redes de transporte. Además de REE, hay otras empresas que se dedican también a la actividad de transporte.

En tercer y cuarto lugar debemos considerar la actividad de distribución y comercialización. En ambas, se trata de suministrar a los clientes finales la energía eléctrica a un voltaje mucho más bajo que el utilizado en la actividad de transporte. La diferencia entre las sociedades

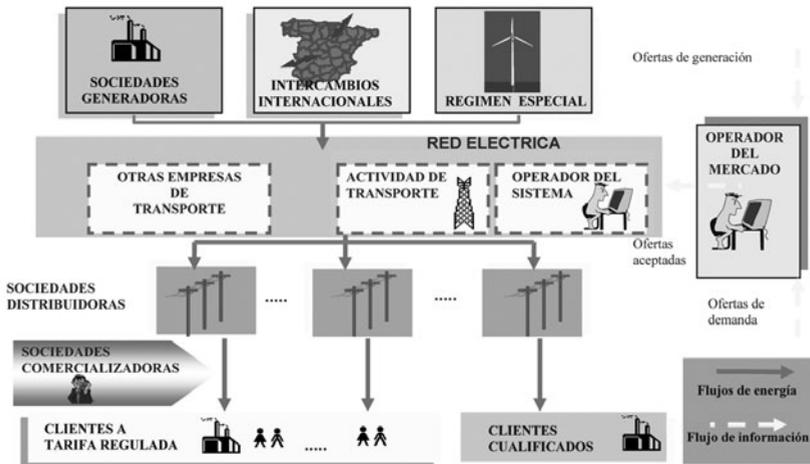
distribuidoras y las comercializadoras estriba en que las primeras son propietarias de la infraestructura de distribución, mientras que las segundas realizan el suministro sin ser propietarias de la red.

Por último, señalar que obviamente debemos contar con los clientes finales en un extremo de la cadena de valor. Estos clientes pueden consumir electricidad mediante una tarifa regulada administrativamente por el Ministerio de Industria a instancias de los informes del regulador de sector, la Comisión Nacional de la Energía (CNE), o bien ser clientes cualificados, es decir que consumen electricidad en el mercado libre sin necesidad de estar supeditados a una tarifa regulada.

En el contexto de las transacciones de energía en el mercado, cabe reseñar que existe un mercado diario mayorista de electricidad, en el cual el Operador del Mercado Eléctrico (OMEL) vela por el correcto funcionamiento de las transacciones de compra y venta de energía.

En la figura 1, a continuación, se presenta un esquema sintético del funcionamiento y estructura genérica del sector que acabamos de describir.

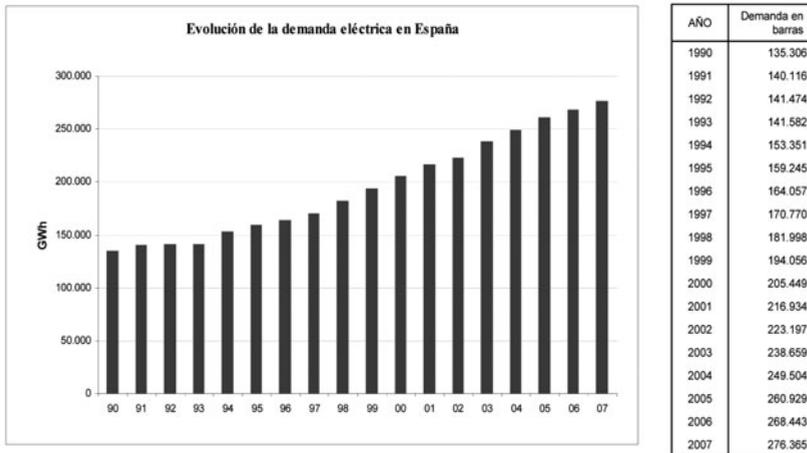
**Figura 1**  
**Características del sector: estructura de funcionamiento**



Fuente: Solé, C (2008): *El mercado mayorista de electricidad en España Funcionamiento actual. Reformas previstas: El Mercado Ibérico de Electricidad*, CNE.

En la estructura de funcionamiento descrita es importante considerar la evolución que ha registrado la demanda eléctrica en los últimos años. En particular, si nos remontamos a principios de la de la década de los noventa, como se muestra en la figura 2, constataremos que desde entonces esta demanda no ha hecho más que crecer de forma sostenida a lo largo de los años. Razón por la cual es sensato plantear que uno de los retos de futuro más importantes del sector eléctrico es hacer frente a este incremento creciente de la demanda. Este hecho no puede menos que suscitar preocupación desde el punto de vista de la garantía del suministro.

**Figura 2**  
**Características del sector: evolución de la demanda**



### III. LOS ANTECEDENTES: EL INTENTO DE LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO

A la hora de explicar la evolución en el proceso de reestructuración del sector tomaremos el año 1997 como el umbral temporal a partir del cual se registra un impulso definitivo en la liberalización eléctrica en España.

Con anterioridad a esa fecha el sector contaba únicamente con empresas verticalmente integradas que desarrollaban el conjunto de subactivi-

dades que en ese momento tenían vigencia: la generación, el transporte y la distribución (1).

El instrumento regulatorio que garantizó durante una década el funcionamiento y viabilidad del sistema era el conocido como Marco Legal Estable (MLE), fruto del Real Decreto 1538/1987.

El MLE pretendía garantizar la estabilidad financiera y la sostenibilidad del sector y sus agentes, así como proporcionar certeza regulatoria, todo ello mediante el desarrollo de tarifas sostenibles en el tiempo que permitiesen la realización de inversiones planificadas, así como la explotación unificada de los medios de producción y transporte.

Asimismo, el MLE procuraba ofrecer incentivos a la reducción de costes de forma que toda medida que situase los costes reales de un operador por debajo de unos costes estándares reconocidos en ese momento por el sistema supondría el aumento de los beneficios de dicho operador.

Sin embargo, como en ese contexto no existía de facto competencia, dichas reducciones de costes no se trasladaron, ni siquiera en parte, a los consumidores finales.

La Administración Pública era en este contexto el planificador del sector, en la medida en que se encargaba de planificar la instalación de nueva capacidad de generación, así como de construir nuevas infraestructuras de red.

En el mercado de generación las instalaciones se retribuían, bajo el MLE, en función de sus costes estándares reconocidos. La medida de los costes se utilizaba para determinar la tarifa eléctrica. Los ingresos que se obtenían de la tarifa eran redistribuidos entre las empresas del sector para asegurar que cada una de ellas recuperaba sus costes estándares de generación.

En todo caso, y a pesar de que el MLE supuso la creación de un mecanismo transparente y automático de fijación de la tarifa, éste no reflejaba sin embargo los costes realmente incurridos por las empresas de generación en el ejercicio de su actividad.

---

(2) Cabe notar que la actividad de comercialización surge con posterioridad con el objetivo de introducir competencia en el suministro de electricidad a los clientes finales.

### *El primer intento fallido de liberalización: La LOSEN*

En 1994 se puso en marcha un primer paquete de medidas aglutinado bajo la denominación de Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) con el objetivo de introducir competencia sin alejarse de las directrices europeas y de los procesos abiertos en otros países, haciendo al sistema capaz de garantizar un suministro con una calidad adecuada y a un coste mínimo.

Para conseguir dichos objetivos se estableció un mercado de generación en competencia, a la vez que se creó la actividad de comercialización y, en consecuencia, fue necesario definir los derechos de acceso a las redes de transporte y distribución en condiciones transparentes y no discriminatorias.

Los problemas derivados de la puesta en marcha de la LOSEN se tradujeron en la coexistencia de dos sistemas: uno verticalmente integrado y regulado y otro verticalmente separado y liberalizado. Los problemas de funcionamiento planteados por esta dualidad llevaron al fin de la vigencia del MLE en el año 1997.

### *El impulso definitivo: La Ley del Sector Eléctrico*

En 1997 se redactó el instrumento legal que ha dado pie a la reestructuración definitiva del sector eléctrico en España. La Ley del Sector Eléctrico (LSE) que entró en vigor en enero de 1998.

Esta nueva ley se fundamentó en las siguientes medidas:

En primer lugar se llevó a cabo una separación vertical clara de las actividades que no comprometiera el funcionamiento del sistema como la ley que le había precedido. Asimismo se definió un mercado de generación en competencia y la libre instalación de generadores. De forma que las instalaciones pasaron a retribuirse según el precio marginal del sistema a través de un mercado mayorista. La creación de dicho mercado supuso la aparición de OMEL, como garante del correcto funcionamiento del mismo.

Por otro lado la planificación de las inversiones quedó completamente en manos del sector privado, mientras que las actividades de distribución y transporte se mantuvieron reguladas dadas sus características de mono-

polio natural. Es decir, y como sabemos según la teoría económica, la existencia de actividades con una infraestructura de red que representa elevados costes fijos, hace más eficiente su provisión por parte de una única empresa que por más de una con la consiguiente duplicación de costes.

Además, bajo la LSE, se crea en el mercado minorista la figura del comercializador así como un calendario de elegibilidad, aunque en todo caso se mantiene una tarifa regulada en el mercado de suministro (2).

Por último, la LSE liberaliza el acceso a las redes de transporte y distribución en condiciones transparentes y no discriminatorias.

En este contexto la obtención del suministro de combustibles en condiciones competitivas y la capacidad de cada agente para reducir costes resultan clave para conseguir una mayor rentabilidad en la actividad de generación.

Dado este avance importante en la reestructuración del sector, cabe preguntarse los factores que hicieron posible este paso adelante.

Entre ellos destacan las mejoras tecnológicas producidas en las redes de distribución y transporte que hacen posible la competencia entre generadores separados geográficamente. Además cabe considerar la aparición de tecnologías nuevas de generación, como los ciclos combinados, que gozan de un mayor grado de flexibilidad con respecto a otras, así como unos menores costes variables de funcionamiento.

No hay que olvidar tampoco que, al menos hasta el año 2005, existió una relativa estabilidad en los precios de los combustibles, lo cual fue a favor de la rentabilidad de la actividad de generación.

Por último un panorama nacional e internacional con reducciones sostenidas en los tipos de interés facilitó el desarrollo de las inversiones necesarias para garantizar el suministro.

En cualquier caso, y a pesar de que ha transcurrido ya más de una década desde que se puso en marcha el impulso definitivo a la liberalización eléctrica en España no podemos dar por concluido dicho proceso y consideramos que existen todavía numerosos problemas estructurales que dificultan el funcionamiento eficiente de los mercados y justifican su reforma.

---

(2) Desde el 1 de enero de 2003 todos los consumidores eléctricos en España son elegibles, es decir, tienen total libertad para elegir a su suministrador de electricidad.

A partir de aquí, nos centraremos en la configuración de la actual estructura de mercado y su evolución en el caso particular de la generación eléctrica.

#### **IV. EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA SECTORIAL Y COMPETITIVA EN EL MERCADO ELÉCTRICO**

La actual estructura del sector es fruto de los procesos de privatización y concentración que se remontan en el tiempo con anterioridad a la fecha de liberalización del sector en 1997. En particular durante la década de 1990 se culminó la privatización de Endesa, que a su vez, absorbió a otras empresas como Viesgo y GESA. Por su parte Iberdrola fue el resultado de la operación de fusión entre Iberduero e Hidroeléctrica.

Dados los movimientos corporativos y de privatización en el mercado el impulso definitivo a la liberalización dio comienzo en el momento de máxima concentración del sector.

En todo caso, y a pesar de algunas operaciones de venta y a la entrada de nuevos operadores en el mercado, la concentración del sector sigue siendo de un grado considerable, pese a que no debemos olvidar que estamos ante un sector muy dinámico desde el punto de vista de las operaciones de control corporativo, concentraciones y privatización.

A modo ilustrativo en el cuadro 1 ofrece información sobre las principales operaciones de control corporativo en los últimos años.

**Cuadro 1**  
**Principales operaciones de control corporativo en los últimos años**

<b>Fecha anuncio</b>	<b>Empresas implicadas</b>	<b>Modalidad</b>	<b>Desenlace</b>
Octubre 1996	Endesa/FECSA, Sevillana	OPA	Aceptación
Julio 1997	Endesa/Enersis (Chile)	OPA	Aceptación en mayo de 1999
Junio 1998	Endesa	Oferta Pública de Venta	Última fase de privatización de Endesa
Marzo 2000	Unión Fenosa/Hidrocarbónico	OPA	Veto del Gobierno español
Septiembre 2000	Ferroatlántica-EnBW/Hidrocarbónico	OPA	Aceptada con veto a los derechos políticos

Septiembre 2000	Endesa/Iberdrola	Fusión	Veto del Gobierno Español
Agosto 2001	ENEL/Viesgo	Adquisición	Venta de Endesa
Marzo 2003	Gas Natural/Iberdrola	OPA	Veto de la CNE
Julio 2004	EDP/Hidrocarbónico	Adquisición	Venta de EnBW y Cajastur
Septiembre 2005	Gas Natural/Endesa	OPA	Aceptación del Gobierno sujeta a condiciones
Septiembre 2005	ACS/Unión Fenosa	Adquisición	Venta de Santander
Febrero 2006	E.On/Endesa	OPA hostil	Aprobada por la CE

Fuente: TRILLAS, F. (2007): «El control corporativo en la regulación energética», en *Energía y Regulación*, GARCÍA DELGADO y JIMÉNEZ, JC Eds. CNE, Madrid.

## 1. La estructura y funcionamiento del mercado de generación

El mercado de generación en España tiene una estructura dual tejida en base a un mercado organizado o pool de electricidad y a los contratos bilaterales físicos.

El pool de electricidad es un mercado mayorista que comprende un mercado diario regido por un sistema de subasta diaria y horaria del tipo *day-ahead*. Asimismo existe un mercado intradiario y de resolución de restricciones técnicas y servicios complementarios y gestión de desvíos cuya misión es resolver cualquier desviación o desequilibrio entre oferta y demanda en el mercado diario.

OMEL es el encargado de velar por el correcto funcionamiento de estos mercados y garantizar su buena gestión y eficiencia.

Por su parte, los contratos bilaterales se instrumentan en base a un mercado donde las transacciones de energía se negocian a plazo y pretenden reducir el grado de incertidumbre que suscitan los intercambios diarios de energía.

En la práctica el sistema se ha comportado como si el mercado diario de OMEL fuera un mercado obligatorio, cuando en realidad es voluntario, puesto que canaliza la compra-venta del 85% de la energía eléctrica.

Sin embargo, la mayor parte de la experiencia internacional revela que el mercado diario sólo negocia una fracción reducida de la energía, mientras que la mayor parte de la negociación se realiza en los merca-

dos a plazo. (4) Podríamos llegar a decir que este comportamiento del mercado español ha favorecido su grado de concentración.

## 2. La actividad de generación y su nivel de concentración horizontal

Si atendemos a los datos mostrados en el cuadro 2 vemos que los dos operadores dominantes del sector, Iberdrola y Endesa, aglutinan conjuntamente un 54% de cuota de mercado en generación. Además en el conjunto del sector estos dos operadores dominantes alcanzan una cuota de mercado del 80%. Por su parte, la anunciada operación de concentración entre Unión Fenosa y Gas Natural dejaría al tercer operador con un 12% de cuota de mercado en generación. El resto de operadores tienen una importancia marginal en términos de cuotas de mercado de generación.

A la vista de estos datos podemos concluir que el mercado de generación tiene una estructura altamente concentrada que puede favorecer el desarrollo de conductas anticompetitivas en este segmento del mercado.

**Cuadro 2**  
**Potencia instalada por grupo empresarial en el 2006**

<b>Operador</b>	<b>Potencia neta total instalada</b>	<b>Porcentaje</b>
Iberdrola Generación S.A.	23.517	30
Endesa Generación S.A.	18.907	24
Unión Fenosa Generación S.A.	6.351	8
Gas Natural SDG, S.A.	3.391	4
Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.	2.428	n.A
Enel Viesgo Generación S.L.	2.259	n.a.
Resto	20.683	27
Total	77.537	100

Fuente: Agosti, L.; J.A. Padilla y A. Requejo (2007) «El mercado de generación eléctrica en España: estructura, funcionamiento y resultados» *Economía Industrial*, 364, 21-37

(3) Por ejemplo el APX en Holanda negocia entre un 10% y un 15% del total de la energía eléctrica del país. Por su parte, el EEX en Alemania negocia algo menos del 15% del total de la energía eléctrica alemana. PÉREZ ARRIAGA (2005).

Más allá de las cuotas de mercado si atendemos a la evolución del índice de concentración de Herfindahl y Hirshman en los últimos años veremos que mientras que el valor de este índice en 2003 era de 2.817, en 2006 alcanzaba un valor de 2.253. Pese a la disminución que ha experimentado este índice, propiciada por la entrada de nuevos operadores en el mercado, como Gas Natural, sus cifras siguen siendo todavía preocupantemente elevadas. La situación preocupa todavía más si tenemos en cuenta que el cálculo del Índice de Herfindahl y Hirshman nos ofrece la visión más optimista del grado de concentración del mercado. En realidad, si calculáramos los índices de concentración para los dos o tres primeros operadores, el panorama sería aún más desalentador.

Por último, cabe decir que además de concentrado, el mercado español de generación está limitado por tener una escasa capacidad de interconexión que no llega al 5%, y que está por debajo del 10% recomendado por la Unión Europea, lo que como ya se ha señalado en este documento confiere a España el calificativo de isla energética (4).

### **3. La actividad de generación y la evolución de la integración vertical (5)**

En primer lugar es importante señalar que las empresas que han entrado recientemente en el mercado de generación no tienen presencia en el segmento de la distribución. Esto es muy relevante porque a la hora de fijar precios, la empresa de generación depende de la posición del grupo empresarial al que pertenece como comprador o vendedor neto de electricidad en el mercado.

En particular, si el grupo tiene una posición vendedora neta gozará de incentivos para aumentar los precios marginales en el mercado de generación, mientras que los grupos con una posición compradora neta tendrán incentivos a fijar precios lo más bajos posibles.

Si observamos los casos concretos que afectan a los principales operadores de la generación en España vemos que Iberdrola tiene una posición neta más bien neutra, mientras que Endesa y Unión Fenosa mantie-

---

(4) AGOSTI et al (2007).

(5) AGOSTI et al (2007).

nen una operación neta compradora. Por su parte, Gas Natural y Enel Viesgo tienen una posición neta vendedora.

En segundo lugar, los operadores verticalmente integrados gozan de una cobertura natural contra el riesgo de las fluctuaciones del precio de los combustibles de generación que no está al alcance de los operadores no integrados.

En este sentido, cabe remarcar que Endesa e Iberdrola se encuentran verticalmente integrados y poseen cuotas de mercado muy similares en generación distribución y suministro. Por su parte, Gas Natural está presente en generación y suministro libre.

#### **4. La estructura empresarial según el mix de generación**

El término mix responde al conjunto de tecnologías de generación que posee cada empresa, así como el sistema en su conjunto para producir electricidad.

Las tecnologías se distinguen entre sí por su coste variable y su flexibilidad.

En concreto, las tecnologías más caras, y también las más flexibles, se encuentran en las centrales de fuel-gas. Este tipo de centrales operan solamente unas cuantas horas al año para salvar puntas de demanda del sistema, por ejemplo en los días más fríos de invierno o en los más calurosos de verano.

Las tecnologías más baratas, aunque gocen de una muy baja flexibilidad, son básicamente las centrales nucleares, que deben operar de forma regular durante la mayor parte del año para no disparar los costes que supondrían su arranque y parada continuos.

Por su parte, la tecnología hidráulica tiene un coste de operación muy bajo y una gran flexibilidad, pero está sujeta a la disponibilidad de agua en cada momento.

Por último los ciclos combinados de gas y carbón tienen costes de operación intermedios y una flexibilidad relativamente elevada.

En la figura 3 se muestra la estructura de la potencia total instalada en generación en España por tipos de tecnología. De esta figura llama la

atención la destacadísima presencia de las tecnologías de generación a partir de ciclos combinados, hecho que se explica por los avances técnicos recientes en este tipo de generación y la entrada en el mercado de nuevos operadores. De hecho este tipo de tecnología es una de las más eficientes, con menor impacto ambiental y de mayor flexibilidad.

**Figura 3**  
**Potencia total instalada en diciembre de 2007:**

**90.347 MW = 66.401 MW<sub>Régimen Ordinario</sub> + 23.946 MW<sub>Régimen Especial</sub>**



Fuente: El Sistema Eléctrico Español. Avance del informe 2007. REE  
Información Estadística sobre las Ventas de Energía del Régimen Especial 2007. CNE.

Por otro lado, cabe destacar que los operadores ya presentes en el mercado con anterioridad a la liberalización del sector contaban con un mix tecnológico muy diversificado.

En concreto Endesa e Iberdrola contaban con tecnologías muy diversificadas, pero asimétricas. Endesa cuenta con una mayor proporción de generación de carbón, mientras que Iberdrola posee un porcentaje más elevado de generación hidráulica o ciclos combinados. Esta asimetría tecnológica entre los dos principales operadores en el mercado ha dado lugar a episodios anticompetitivos en el mercado mayorista y a guerras de precios entre ambos operadores.

Por su parte, Unión Fenosa tiene una menor diversificación tecnológica, concentrada en centrales de carbón y ciclos combinados. Mientras, Hidrocanábriico cuenta básicamente con centrales de carbón.

A su vez, Enel Viesgo posee básicamente centrales de carbón y fuel gas. Finalmente Gas Natural basa su mix de generación en los ciclos combinados.

Si atendemos ahora a la situación que se produce con el régimen especial es importante considerar, en primer lugar, el espectacular aumento que ha registrado su capacidad instalada en poco menos de una década, pasando de 6.000 MW en 1998 a 23.000 MW en 2007.

Las causas que explican este incremento pasan por la reducción de los costes de operación de estas tecnologías, principalmente en el ámbito de la generación eólica, así como por las políticas de fomento de las energías renovables para reducir la elevada y creciente dependencia energética de España, además de cumplir los objetivos de protocolos medioambientales como el de Kyoto.

De hecho existe un rasgo significativo que diferencia el régimen especial del régimen ordinario y es que, por sus características técnicas, las tecnologías utilizadas por el régimen especial no proporcionan poder de mercado a quienes las poseen.

Asimismo, y a diferencia del régimen ordinario, la estructura de propiedad horizontal en el régimen especial está fuertemente fragmentada, ya que el operador dominante en este caso, Iberdrola, cuenta con un 17% de la cuota de mercado, le sigue Endesa con un 11%, Gas Natural, con un 3% y Unión Fenosa con un 2%. El 66% restante está en manos de una multitud de empresas todas ellas con cuotas cercanas al 1% (AGOSTI, et al, 2007).

## **5. La medición del poder de mercado en la actividad de generación: Los índices de pivotalidad**

Decimos que un operador es pivotal cuando se enfrenta a una demanda residual positiva, es decir, cuando la diferencia entre la demanda total del sistema y la capacidad de sus competidores es positiva. De esta forma, el operador pivotal tiene capacidad para ejercer poder de mercado.

Sin embargo, cuando el margen de reserva del sistema es elevado, es decir cuando la diferencia entre la capacidad total del sistema y la demanda del mismo es alta, ningún operador es pivotal y el mercado tiende a comportarse de forma competitiva.

La pivotalidad de cada operador puede medirse según el Índice de Oferta Residual o RSI, según sus siglas en inglés (Residual Supply Index) que definimos según:

$$RSI_i = \frac{(Capacidad\ total - Capacidad\ generadora_i)}{Demanda\ total} \times 100 \quad (4.5.1)$$

El cálculo de este índice revela que Endesa e Iberdrola han gozado de pivotalidad durante más del 5% de las horas de cada año en el período 2003-2005.

Fruto de este resultado podemos concluir que se ha producido una falta de competencia en el mercado que ha llevado a una desconfianza en el valor informativo de las señales de precios que emite el mercado de generación.

Estas señales no se han empleado en la elaboración de tarifas aditivas que tuvieran en cuenta el precio mayorista de la electricidad. De esta forma los precios del mercado regulado se han mantenido de manera casi constante por debajo de los precios del mercado libre, lo que a su vez ha frustrado el desarrollo de la competencia en el mercado minorista y propiciado la generación de un déficit tarifario, puesto que las empresas distribuidoras no han sido capaces de recuperar los costes de compra de la electricidad en el mercado mayorista a través de las tarifas que recaudan en el mercado regulado. (AGOSTI et al, 2007).

## **6. Elementos que distorsionan la competencia en el mercado de generación**

En esta subsección consideraremos dos elementos fundamentales. El primero de ellos tiene que ver con el hecho de que los generadores que operan en España reciben un pago por garantía de potencia que les remunera en función de la capacidad puesta a disposición del sistema, independientemente de que esta capacidad haya o no entrado en funcionamiento. Este pago puede verse como un instrumento que se pone en marcha en los mer-

cados competitivos para inducir a los generadores a tener suficiente capacidad disponible, es decir como contribución a la garantía de suministro.

El uso de este instrumento es objeto de un intenso debate, ya que por un lado se considera que su nivel es insuficiente y su diseño ineficiente, puesto que no depende del margen de reserva, y por tanto, no proporciona señales eficientes a la inversión (Agosti, et al, 2007).

En segundo lugar, debemos decir que las empresas Endesa e Iberdrola no sólo son pivotaes, sino que poseen cuotas de mercado de capacidad inframarginal muy elevadas, de forma que en ausencia de otros factores, cada una de ellas tendrá tanto el incentivo como la capacidad para aumentar el precio de mercado por encima de sus niveles competitivos. Para ello pueden optar por retirar capacidad y aumentar el nivel de precios. En este caso, lo que el operador pierde por retirar capacidad le queda más que compensado por lo que aumenta el nivel de precios.

Sin embargo, es justo considerar que existen algunos contrapesos que equilibran en cierta forma los dos fenómenos anteriores. En primer lugar, el impacto de un aumento del precio de mercado sobre la cuenta de resultados de las empresas eléctricas depende de su grado de integración vertical. En segundo lugar, el mecanismo de recuperación de costes de transición a la competencia (CTCs) ha condicionado de forma sustancial los incentivos de las empresas de generación a la hora de ofertar sus unidades de producción (6).

## V. CAMBIOS REGULATORIOS RECIENTES (7)

Los años 2006 y 2007 se han visto caracterizados por una intensa actividad regulatoria que pretende modificar notoriamente la estructura competitiva del mercado de generación, eliminando así, toda sospecha de ejercicio de poder de mercado.

En concreto destacaremos la introducción de tres medidas:

1. Mediante la Orden ITC/2129/2006 se estableció que las distribuidoras debían adquirir el 10% de la electricidad que precisaran

---

(6) Los CTCs aseguran que las empresas establecidas con anterioridad a la Ley del Sector Eléctrico pudieran recuperar las inversiones realizadas bajo el contexto del Marco Legal Estable.

(7) AGOSTI et al (2007).

para el mercado de suministro a tarifa en el mercado de futuros gestionado por OMI, que es el operador portugués del Mercado Ibérico de Electricidad.

2. El gobierno ha obligado a los operadores dominantes, Endesa e Iberdrola, a ceder parte de su capacidad instalada a través de subastas de capacidad virtual o emisiones de energía primaria. En cualquier caso, la potencia instalada sacada a subasta es inferior al 10%, y por tanto por debajo del 30% que se estima necesario para mitigar el poder de mercado de estos operadores.
3. Mediante la Orden ITC/400/2007 se ha obligado a las empresas distribuidoras a comprar una gran parte de la energía que precisan para el suministro del mercado regulado a través de la firma de contratos bilaterales mediante subastas, con el objetivo de desarrollar un mercado de energía a plazo que defina precios estables durante la duración del contrato y sobre cuya base puedan definirse tarifas aditivas que, a la vez que reflejan los costes reales de la energía, no estén expuestas a la volatilidad de los precios en el mercado spot.

## **VI. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS**

El principal problema de la estructura del sector eléctrico en España radica en el grado de concentración horizontal del mercado de generación. Este problema tiene su origen con anterioridad a la liberalización y ha supuesto un lastre importante desde 1998. De todas formas dicho problema podría haberse resuelto si se hubieran considerado los intentos de concentración del mercado como una oportunidad para, paradójicamente, fragmentar la estructura empresarial existente.

Por otro lado, parece que reemprender el camino de la regulación, puede ser una vía no sólo posible para solucionar los problemas de competencia en el sector, sino incluso necesaria.

En la base de los problemas del sector eléctrico se encuentra una problemática definida de forma más transversal para el conjunto de la política española en diversos sectores, tal y como ha señalado Bel (2007), a saber: la inconsistencia entre una política de privatizaciones a la británica y una política industrial a la francesa.

Es decir, en España la política de privatizaciones ha primado la salida apresurada del sector público de las empresas de su propiedad, de forma que en un período muy corto de tiempo se ha llevado a cabo el grueso de las privatizaciones de empresas públicas en diversos sectores. Por otro lado se ha desarrollado una política industrial donde se han protegido y primado a los campeones nacionales, independientemente de su naturaleza pública o privada.

La conjunción de los dos elementos anteriores ha supuesto la existencia de una inestabilidad regulatoria importante, así como de incertidumbre sobre las reglas del juego del conjunto de sectores afectados en general y del sector eléctrico en particular.

Esperemos que el futuro defina líneas de actuación más nítidas y consistentes con objetivos competitivos y regulatorios claros que lleven al sector a un ámbito de racionalidad en su funcionamiento más eficiente del que se ha venido registrando en los últimos años.

## REFERENCIAS

- AGOSTI, L.; J.A. PADILLA Y A. REQUEJO (2007), «El mercado de generación eléctrica en España: estructura, funcionamiento y resultados», *Economía Industrial*, 364, 21-37
- BEL, G. (2007), «Perspectivas de la concentración empresarial en el sector energético», en *Energía y Regulación*, José Luis GARCÍA DELGADO y Juan Carlos JIMÉNEZ Eds., CNE, Madrid.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA (2007), *Información Estadística sobre las Ventas de Energía del Régimen Especial*, CNE, Madrid.
- PÉREZ ARRIAGA, I (2005), *Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid.
- SOLÉ, C (2008), *El mercado mayorista de electricidad en España Funcionamiento actual. Reformas previstas: El Mercado Ibérico de Electricidad*, CNE, Madrid.
- TRILLAS, F. (2007), «El control corporativo en la regulación energética», en *Energía y Regulación*, José Luis GARCÍA DELGADO y Juan Carlos JIMÉNEZ Eds. CNE, Madrid.



# DEMOCRACIA, GOBERNANZA Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA NUEVA GERENCIA PÚBLICA

JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA

*SUMARIO: I. GOBERNANZA Y CRISIS DEL CONCEPTO ESTADO.— II. GOBERNANZA E INGOBERNABILIDAD.— III. PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD EN LA ACCIÓN DE ESTADO.— IV. PRINCIPIOS.— V. NUEVA GERENCIA PÚBLICA (NGP) Y SU OPERATIVIDAD EN EL DESARROLLO SOSTENIBLE.*

*RESUMEN:* El concepto de Estado está cuestionado por distintos motivos: ineficiencia, desviación de poder, corrupción, gestiones públicas monolíticas influidas esencialmente por la política. Entre ellas, muy significativa, esta la crisis del valor «autoridad» que padece la sociedad. Por ello, el Estado que tradicionalmente ostentaba este «rol» se ha visto afectado.

Para evitar el «desencanto del Estado», y con ello, la crisis de la organización institucional se ha adoptado la estrategia llamada «Gobernanza». Con ello se pretende implementar un mecanismo cooperativo en la adopción de decisiones públicas entre el titular del poder público y las organizaciones civiles afectadas.

Junto a esta estrategia entre partes, concurre otra, llamada Nueva gestión Pública, que opera dentro de las organizaciones públicas con la finalidad de superar la dominación burocrática e imprimir capacidad de respuesta a los problemas que la gestión de las Administraciones tienen. Se quiere superar la acomodación de la organización pública mediante la participación de los funcionarios en la gestión, flexibilizando las relaciones de jerarquía creadas.

*Palabras clave:* gobernanza; nueva gestión pública; crisis del Estado.

*ABSTRACT:* The concept of State is questioned for different motives: inefficiency, diversion of power, corruption, public monolithic negotiations influenced essentially by the politics (policy). Between them, very important, this one: the crisis of the value «authority» that the society suffers. For it, the State that traditionally was showing this «role» has met affected.

To avoid «Disenchantment of the State», and with it, the crisis of the institutional organization has adopted the strategy called «Gobernanza». With it one tries to implement a cooperative mechanism in the adoption of public decisions between (among) the holder of the public power and the civil affected organizations.

*Alongside this strategy among parties exit other, called New Public Management, which operates within the public organizations in order to overcome the bureaucratic domination and printing capacity to respond to the problems that the government must manage. It want to overcome the accommodation of the public organization through staff participation in management, flexible hierarchy of relationships established.*

*Key words: governance, new public choice, crisis of the State.*

## I. GOBERNANZA Y CRISIS DEL CONCEPTO ESTADO

La legitimación *del gobierno como institución investida de auctoritas* constituye el objeto de arduas polémicas doctrinales. Entre muchas, la expuesta por MAYNTZ, de calado político, que constata una ruptura entre la teoría de la democracia y la teoría de la gobernanza política (1). Otra, la expuesta por AGUILAR VILLANUEVA, desde una perspectiva gerencial, para quien la gobernanza es un cauce para instaurar racionalidad y eficacia en el poder público para la conducción de la sociedad (2). Un instrumento para superar las *incapacidades gestoras que han ocasionado daños a la sociedad, sin mayor responsabilidad, y truncado*, es lo importante, *oportunidades futuras y progresos lineales* en la organización en provecho de todos. Aunque no resulte razonable, como apunta PRATS, identificar la acción administrativa de autoridad —que es acción gubernativa— con «gerencia» o «management público» intentando aplicar los criterios convencionales de eficacia y de eficiencia (3). Yo, sin embargo, lo veo apropiado sin que quepan justificaciones que permitan eludir gestiones debidas y responsables.

Desde una óptica gestora, la gobernanza conecta con el significado que le atribuye el Dictamen de 10 de julio de 2001 del Comité Económico y Social: *La sociedad civil organizada y la gobernanza europea – Contribución del Comité a la elaboración del Libro Blanco*, § 2.1.1: «el con-

---

(1) MAYNTZ, R., *New challenges to governance theory*, European University Institute, Robert Schuman Centre – Jean Monet Chair Papers, núm. 50, Florence.

(2) AGUILAR VILLANUEVA, L.F., *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2006, p. 37.

(3) PRATS CATALÁ, J., *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*, INAP – IIG, Madrid, 2005, p. 121.

junto de normas, procesos y comportamientos que afectan a la calidad del ejercicio de los poderes a nivel europeo, en particular, la responsabilidad, la legibilidad, la transparencia, la coherencia, la eficiencia y la eficacia».

Pero también, respecto al gobierno que representa la forma clásica de dirigir un Estado, basada en una jerarquía institucional y en una política de normas y reglamentos. La gobernanza es una forma de gobierno en la que grupos, personas de diferentes instituciones, organizaciones, órganos y empresas trabajan en redes y en asociaciones públicas y privadas. Sobre la base del diálogo, de discusiones y de procedimientos de negociación, elaboran acuerdos y contratos crean un mecanismo para la futura toma de decisiones, Resolución de 26 de junio de 2002, *Gobernanza y responsabilidad social de las empresas en un mundo globalizado*. Autores holandeses como KLUIN, KICKERT y KOOIMAN argumentan el vacío de legitimidad, la complejidad de los procesos políticos y las numerosas instituciones implicadas en la toma de decisiones reducen al gobierno a un actor entre muchos (4).

Nacimiento de una «conciencia democrática» y de «exigencia ética», apunta la Comunicación 5 de junio de 2002: *Gobernanza europea para legislar mejor*. Y para consolidar la aplicación de los principios de responsabilidad y proporcionalidad junto a la transparencia, claridad y aceptación de la crítica. Principios extensibles a las organizaciones empresariales con la finalidad de aumentar la eficiencia y proteger los derechos de los accionistas y de terceras partes, Decisión 2004/706/CE, de 15 de octubre, que *Crea un Foro europeo sobre la gobernanza empresarial*.

## II. GOBERNANZA E INGOBERNABILIDAD

Se quiera evitar la *ingobernabilidad*, definida como una *discrasia entre el flujo de las demandas políticas y el de las respuestas institucionales* (5) que avocaría a un *régimen autocrático* (6). Se trataría de una

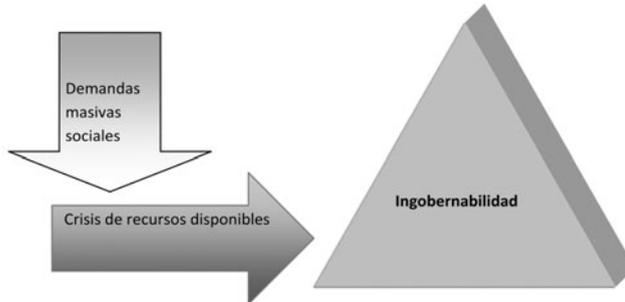
---

(4) KLUIN, E.-H. (1997), *Policy networks: an overview*, en KICKERT, W.J.M., KLUIN, E.-H. y KOPPENJAN, J. F. M. (eds.), *Managing complex networks: strategies for the public sector*, Sage London, 1997.

(5) CAZZOLA, F., *Política, intereses y reducción de los recursos: Consideraciones sobre el caso italiano*, REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, 1984, 40, p. 30.

(6) RUBIO CARRACEDO, J., *Democracia mínima. El paradigma democrático*, «Revista de Estudios Políticos», 1995, 89, p. 168.

crisis fiscal del Estado desbordado por exigencias prestacionales, según este esquema:



La ingobernabilidad es caracterizada por una creciente desigualdad social, por una desestructuración de valores, intereses y poder; por la dificultad de llegar a consensos, por la interdependencia de los procesos de decisión político-estatales con intereses socioeconómicos particulares, por exigencias cambiantes y conflictivas que surgen al Gobierno; por protestas políticas e iniciativas cívicas discrepantes con políticas gubernamentales, por el descontento y escepticismo hacia los partidos políticos, por mayorías parlamentarias inestables, por el aumento de la burocracia, por la crisis financiera que succiona al Estado. Todo ello junto a la reducción de la seguridad jurídica de las instituciones públicas, elementos, todos ellos, soportados por la sociedad (7) y que propicia una atmosfera de inseguridad impredecible en sus consecuencias.

Vallés ha hablado de los problemas reales de la democracia como consecuencia de la insatisfacción por su rendimiento, acotando, como problemas esenciales: la democratización de los partidos (con eventuales elecciones primarias y riguroso control de la financiación), más democracia directa, más descentralización política territorial, más transparencia administrativa, más controles parlamentarios y más eficacia judicial (8). Hoy no testimoniales sino inexistentes por la disciplina de partido, lo que aboca a modificar el término democracia parlamentaria por la de democracia de partidos.

---

(7) HILMANN, K.H., *Sociología*, Herder, Barcelona, 2005, p. 389.

(8) VALLÉS, J.M., *Ciencia política: una introducción*, Ariel, Barcelona, 2000.

AGUILERA DE PRAT, C., Recensión a la obra *Ciencia política: una introducción*, de VALLES, J., «Revista Española de Estudios Sociológicos», 2001, 93.

A ello se une el oscurantismo del poder, destacado por autores, pero característico de los sistemas burocráticos, sin mayor relevancia científica que la propia burocracia en sí misma considerada sin innovación alguna.

### III. PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD EN LA ACCIÓN DE ESTADO

En esta acepción, la gobernanza se centraría en crear un cauce de participación de la sociedad civil en los procesos de gobierno. Cooperación entre el poder legítimo y sociedad civil de la que emana esa legitimidad para alcanzar una mayor aceptación de la acción pública unionista (9). El Dictamen de 27 de mayo de 2002 del Comité Económico y Social centra el objeto de la gobernanza en superar el *escepticismo del ciudadano europeo causado por percepciones erróneas, mala comunicación, participación inadecuada, falta de conocimiento e intangibilidad en la acción europea*. Hecho que justifica la teoría de la «Media malaise» dentro de las teorías de la desmotivación política y ,concretamente, la paradoja de Ronald INGLEHART: *Los públicos de las sociedades industriales avanzadas democráticas, estables y prósperas, no muestran niveles más altos de satisfacción con sus sistemas políticos que los públicos de los sistemas autoritarios y pobres; muy al contrario, por asombroso que parezca, muestran significativamente menos confianza en sus líderes e instituciones políticas que sus iguales en los países en vías de desarrollo* (10).

Junto a estas causas concurren la tensión política Comisión-Parlamento, la exacerbación burocrática y la endogamia política que impide un regeneracionismo acorde con una frustración creciente a lo público.

Ello prueba que el hecho europeo se encuentra en crisis, pero también que la gobernanza es una respuesta a esa situación. Es un gesto significativo de que perduran los principios de la Unión para conservarla unida y mantenerla. La introspección crítica es, en ocasiones, la única vía plausible para mantener y preservar cualquier organización. Ejemplo de ello se encuentra en el § 2.2.2 Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea de 25 de julio de 2001:

---

(9) Vid. PETERS, B. Guy, *La política de la burocracia*, Fondo de Cultura Económico, México, 1999, p. 360 y p. 362.

(10) INGLEHART, R., *Modernización y posmodernización*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1998, p. 386.

«El escepticismo ciudadano también es achacable a las carencias de los objetivos y medidas políticos de la UE. La Unión debería evitar suscitar expectativas demasiado grandes que luego no pueda cumplir, ya que ello genera desconfianza y daña su credibilidad. No habrá identidad europea a menos que los valores comunes compartidos por los ciudadanos se traduzcan en políticas comunitarias reales y en beneficios generales tangibles. El euro lo ilustra perfectamente; es interesante observar el entusiasmo de los ciudadanos al adoptar la nueva moneda y participar activamente en el éxito de su introducción [...]».

En ejecución de este Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea se han dictado diversas propuestas, a título expositivo: La Comunicación de la Comisión de 11 de diciembre de 2002, «Un marco para los contratos y convenios tripartitos por objetivos entre la Comunidad, los Estados y las autoridades regionales y locales», COM (2002) 709 final, y la Comunicación de la Comisión «Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo», de 11 de diciembre de 2002, COM (2002) 704 final, entre otras. Lo que importa constatar es que, como estrategia, sigue desplegando adhesiones, críticas y un gran desarrollo dogmático. En la praxis diaria, en cambio, es testimonial, por no decir desconocida.

#### **IV. PRINCIPIOS**

El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea fue una iniciativa de la Comisión asumiendo un compromiso unilateral con los ciudadanos para optimizar el desempeño del poder atribuido por los Tratados (11).

El Libro Blanco concreta, en cinco, los principios sobre los cuales se fundamenta esta estrategia institucional:

1. *Apertura*. Las Instituciones deberían trabajar de una forma más abierta. Junto con los Estados miembros, deberían desarrollar una comunicación más activa sobre la labor de la UE y sobre las decisiones que ésta adopta. Deberían asimismo utilizar un lenguaje que resultara accesible para el público en general. Este aspecto reviste una especial importancia si se quiere fomentar la confianza en unas instituciones de por sí complejas.

---

(11) MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., *¿El ocaso de la «Comitología»?*, «Revista de Administración Pública», 2002,13, p. 917.

2. *Participación.* La calidad, la pertinencia y la eficacia de las políticas de la Unión implican una amplia participación de los ciudadanos en todas y cada una de las distintas fases del proceso, desde la concepción hasta la aplicación de las políticas. Una participación reforzada debería generar una mayor confianza en los resultados finales y en las Instituciones de las que emanan las políticas. La participación depende esencialmente de la adopción de un enfoque integrador de este tipo por parte de las Administraciones centrales en la concepción y aplicación de las políticas de la UE.
3. *Responsabilidad.* Es preciso clarificar el papel de cada uno en los procesos legislativo y ejecutivo. Cada una de las Instituciones de la UE debe explicar su acción en Europa y asumir la responsabilidad que le incumba. Pero también se precisa una mayor claridad y una mayor responsabilización de los Estados miembros y de todos los agentes que participan en el desarrollo y aplicación de las políticas de la UE en los distintos niveles.
4. *Eficacia.* Las medidas deben ser eficaces y oportunas, y producir los resultados buscados sobre la base de unos objetivos claros, de una evaluación de su futuro impacto y, en su caso, de la experiencia acumulada. La eficacia requiere también que la aplicación de las políticas de la UE sea proporcionada y que las decisiones se tomen al nivel más apropiado.
5. *Coherencia.* Las políticas desarrolladas y las acciones emprendidas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles. La necesidad de coherencia de la Unión es cada vez mayor: tareas más complejas favorecidas por la ampliación de la Unión; desafíos tales como el del cambio climático o la evolución demográfica rebasan las fronteras de las políticas sectoriales que cimentaron la construcción de la Unión; las autoridades regionales y locales están cada vez más implicadas en las políticas comunitarias. La coherencia requiere un liderazgo político y un firme compromiso por parte de las Instituciones con vistas a garantizar un enfoque coherente dentro de un sistema complejo.

Sintéticamente cabe exponer los siguientes fines:

— *Un mayor grado de participación y apertura*

Que implica:

- Proceso más transparente y fácil de seguir y entender
- Mejores políticas, mejores normativas y mejores resultados (optimizar la eficiencia).
- Interacción con organismos regionales y locales y la sociedad civil.

Y ello lo intentará la Comisión mediante los siguientes procedimientos:

*Facilitar una información actualizada y en línea sobre la elaboración de las políticas en todas las etapas del proceso de decisión.*

*A través de asociaciones nacionales y europeas, establecer un diálogo más sistemático con los representantes de los organismos regionales y locales en una fase precoz de la elaboración de las políticas.*

*Introducir una mayor flexibilidad en los métodos de aplicación de la legislación*

*Comunitaria que permita tener en cuenta las peculiaridades regionales y locales.*

*Establecer y publicar un conjunto de normas mínimas de consulta sobre la política de la Unión Europea.*

Establecer acuerdos de asociación que vayan más allá de las normas mínimas en determinados ámbitos y comprometan a la Comisión a un mayor nivel de consulta, cambio de mayores garantías de transparencia y representatividad por parte de las organizaciones consultadas.

— *Mejores políticas, mejores normativas y mejores resultados*

La UE adopta el criterio de la calidad gestora que deberá incorporarla a su gestión. Pero la calidad no consiste en ordenarla mediante Real Decreto, sino que es más complejo. Hay que mantenerla, con funcionarios motivados y convencidos de su contribución social. Si esta idea no es percibida, fracasará.

En la función legislativa se deberá encontrar la fórmula para acelerar el proceso legislativo ponderando la aplicación de la norma estricta

junto a la flexibilidad de su aplicación para promover la credibilidad de la UE y sus instituciones.

La Comisión deberá:

*Fomentar un mayor uso de los distintos instrumentos de acción pública (reglamentos, directivas marco, mecanismos de corregulación).*

*Simplificar ulteriormente el Derecho comunitario existente y animar a los Estados miembros a simplificar las reglamentaciones nacionales de aplicación de las disposiciones comunitarias.*

*Publicar directrices sobre la obtención y utilización de la opinión de los expertos, de manera que quede claro cuál es el dictamen emitido, de dónde procede, cómo se utiliza y qué otras opiniones alternativas existen.*

*Crear agencias reguladoras con ámbitos competenciales definidos*

— *Centrar las Instituciones*

Que persigue que las distintas instituciones comunitarias sean coherentes y sistemáticas con los propósitos comunitarios por un lado y entre ellas. Se pretende que el Consejo adopte criterios generales superando los sectoriales. Para ello la comisión deberá:

*Intensificar los esfuerzos tendentes a garantizar la coherencia de las políticas e identificar objetivos a largo plazo.*

*Implantar la responsabilidad ejecutiva de la Comisión.*

Junto a los cinco principios, el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea apela a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad y consecuencia de éste el más *principio de responsabilidad compartida*, de carácter instrumental y más efectivo que el anterior. El art. 5 (antiguo artículo 3 B TCE del Tratado de Maastricht) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada tras las modificaciones del Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997 y de Niza, de 26 febrero 2001, dice:

«La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

En concordancia con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, adoptado en 1997 en Ámsterdam. También la Declaración 43, adjunta al Acta final del Tratado de Ámsterdam.

Mediante el *principio de subsidiariedad* las decisiones en materias en donde la competencia es compartida deben tomarse al nivel más descentralizado posible. Ello justifica que sólo se emprenderán acciones a nivel comunitario si con ello se consigue actuar más eficientemente. Como apunta MONTALVO SANTAMARÍA, el problema *no es tanto a qué nivel se adopten las decisiones, sino el grado de legitimidad que los gobiernos y los ciudadanos otorgan a ese nivel de decisión* (12). Complementado con el *principio de responsabilidad compartida* a causa del fracaso de las políticas medioambientales de la UE. Ello significa una intervención mixta de actores e instrumentos adecuados de adopción de decisiones, sin cuestionarse la división de competencias entre la UE, los Estados miembros, las autoridades regionales y locales, los agentes económicos y los sociales (13).

La subsidiariedad no se aplica, pues, en ámbitos como la política agraria común, pesca, política comercial frente a terceros países o control de ayudas. Aquí sólo es posible invocar el *principio de proporcionalidad* (14). Éste es uno de los ejemplos emergentes del Derecho de la UE, que tras ser recepcionado por la jurisprudencia del TJCE se positivizó en

---

(12) MONTALVO SANTAMARÍA, A., *La estrategia de Lisboa: de la política económica a la economía política*, en «75 años de política económica española», ICE, 2005, 826, p. 505.

(13) NAVARRO GÓMEZ, C., *La caracterización de las políticas ambientales de la Unión Europea*, «Gestión y Análisis de Políticas Públicas», 1999, 15, p. 104.

(14) BARNES, J., *La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados*, «Cuadernos de derecho Público», 2001, 13, p. 55.

la Directiva de la Comisión 70/50, de 1969 , en el párrafo 3º del art. 5 (antiguo artículo 3 B ) del Tratado de Ámsterdam. El principio de proporcionalidad se compone de dos aspectos (15):

- A) El primero consiste en que la actuación debe ser necesaria para conseguir el objetivo que se persigue, lo que significa que debe ser *adecuada e indispensable*. Es lo que se ha denominado comprobación de la adecuación y la comprobación de la necesidad, es decir: adecuación e indispensabilidad.
- B) El segundo elemento consiste en la *indispensabilidad*. Implica la inexistencia de una alternativa igualmente eficaz pero con efectos menos restrictivos sobre los derechos reconocidos por la legislación de la UE.

El *principio de proporcionalidad* regula el cómo ha de ser practicada la competencia o potestad que se ha reconocido.

Bar Cendón estima que los cinco principios de la Gobernanza vienen a reforzar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (16) . Aunque dado su carácter constitucional estos principios de la gobernanza pueden considerarse emanación de aquéllos.

Una importante contribución es la contenida en el informe llamado: «Invirtiendo en el desarrollo: un plan práctico para conseguir los Objetivos de Desarrollo del Milenio», realizado por la United Nations Millenium Project (17). Recoge como una de las contribuciones que puede realizar el sector privado en los ODM (Objetivos del Milenio) es la contribución a la Gobernanza y a la ciudadanía corporativa responsable, además de (18):

- Aumento de la productividad y creación de empleo.
- Suministro de servicios mediante asociaciones público-privadas.

---

(15) DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El Derecho constitucional comunitario in the age of balancing. Control de constitucionalidad y principio de proporcionalidad*, «Cuadernos de derecho Público», 2003,18, p. 216.

(16) BAR CENDÓN, A., *El Libro Blanco «La Gobernanza Europea» y la reforma de la Unión*, «Gestión y Análisis de Políticas Públicas», 2001, 22, p.9.

(17) Informe « Business action for the MDGs »publicado por el Banco Mundial en 2005, [http://siteresources.worldbank.org/CGCSRLP/Resources/business\\_mdgs.pdf](http://siteresources.worldbank.org/CGCSRLP/Resources/business_mdgs.pdf).

(18) OLCESE, Aldo, *La Responsabilidad Social de la Empresa. Propuesta para una nueva economía de la empresa responsable y sostenible*, Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Madrid, 2007, p. 663.

- Contribución a la elaboración de políticas.
- Promoción de los ODM.
- Filantropía corporativa.

Igualmente, la Nueva estrategia de Lisboa de 2000 enfatizó la Gobernanza como una de sus tres finalidades más destacadas. Pero corresponde a las instituciones públicas su implantación, desarrollo y mantenimiento.

## **V. NUEVA GERENCIA PÚBLICA (NGP) Y SU OPERATIVIDAD EN EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

La incidencia de la gobernanza a la gestión pública se ha denominado Nueva Gerencia Pública (19). La caracteriza la vocación de asimilar la gerencia privada a la pública con todo lo que ello ocasiona en materia de competencias administrativas moduladoras de la jerarquía. Supone una renuncia al control del Gobierno sobre su actividad al dejar a los directivos gestionar, apuntan PETERS y PIERRE. Pero esta afirmación, si bien necesaria, en la práctica sólo se materializa en la teoría. Concorre el principio de coordinación y jerarquía en el art. 3.1<sup>º</sup> Ley 30/1992 de RJAPPAC, lo que impide improvisaciones gestoras, unificando una acción genérica cuando concurren provincias, en el supuesto de la Administración periférica respecto a la Central, que por sus especialidades es necesaria una gestión diferenciada. Valga este retazo realista como muestra de lo complejo que resulta permitir a los gestores dirigir con eficiencia en un medio territorialmente complejo por la cultura de sus ciudadanos, sea impuesta, sea consuetudinaria.

Cabe encontrar otra justificación teórica que fundamentaría esa gestión particularizada, atendiendo al concepto de empresa dado por la Teoría de sistemas: La organización como sistema abierto, no abstracto, integrado por subsistemas compuestos por personas que persiguen objetivos específicos, creando y manteniendo relaciones, formales e informales, dentro y fuera de su estructura, que busca sinergias que logren eficiencia en los objetivos que persiguen. Además, eventos internos y externos (inputs y outputs) condicionan y modalizan el factor humano de cualquier orga-

---

(19) PETERS, G. y PIERRE, J., *¿Por qué ahora el interés de la gobernanza?*, en «La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia», dir. CERRILLO I MARTÍNEZ, A., INAP-IGG, Madrid, 2005, pp. 50 y ss.

nización. Ello implica asumir el problema de los jefes tóxicos en el modo definido por el profesor PIÑUEL Y ZABALA (20). Directivos y jefes operativos, en la compleja simbiosis burocracia-política, creadora de inmunidades difícilmente asumibles en un Estado de Derecho.

En atención a estas premisas que particularizan cada unidad de gestión, es más comprensible la necesidad de reconocer independencia al gerente. Deseo que muchos comprenderán pero pocos lo asumirán por razones expuestas en algunos de mis estudios que no hacen sino describir lo obvio.

La gestión conecta con la gobernanza, con la buena gobernanza, como apunta Cendón, como medio de crear administraciones eficaces, democráticas, respetuosas con los derechos humanos, con un desarrollo sostenible y una actividad eficiente (21). Ello queda recogido en los diversos informes de NU (PNUD) y el Banco Mundial. Por ello, el concepto de Gobernanza no queda constreñido a una estrategia para aglutinar actores de la sociedad civil y alcanzar consensos, sino que articula dos conceptos complementarios. Por un lado, conjunto de ideas que pondera la dignidad del hombre dentro de la organización, el factor humano como expondría Reinhard Mohn, con las consecuencias de toda índole que ello genera y obliga a adoptar. Por otro lado, modula la burocracia, haciéndola más eficiente, transparente, garante del Estado de derecho y promoviendo estabilidad institucional y responsabilidades en la gestión, efectivas y realistas. El poder, el titular del poder no está exento de aplicar la CE y las leyes y su finalidad que no es otra que la salvaguarda del bien común.

Este último apartado no es sino aplicación directa de los 5 principios de la Gobernanza:

1. Apertura.
2. Participación.
3. Responsabilidad.
4. Eficacia.
5. Coherencia.

---

(20) PIÑUEL ZABALA, I., en sus obras: *Neomanagement, jefes tóxicos y sus víctimas*, Aguilar, Madrid, 2004 y *Mi jefe es un psicópata: Por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder*, Alienta, Barcelona, 2008.

(21) BAR CENDÓN, A., *El Libro Blanco «La Gobernanza Europea» y la reforma de la Unión*, «Gestión y Análisis de Políticas Públicas», 2001, 22, p. 7.

Complementado con la lucha contra la corrupción y la publicación de los códigos éticos, de carácter meramente instrumental para luchar contra aquélla. Inoperativos en la práctica —aunque siempre dependiendo de los sujetos, hechos y causa— merecen el honor de haber sido publicados en periódicos oficiales como exponente de la cultura de la relatividad.

Gobernanza y NGP concurren en un mismo plano axiológico: el cambio y transformación del Gobierno en su dimensión gestora. Pero divergen en sus resultados: la NGP se centra en la evaluación y en el rendimiento, mientras que la gobernanza se concreta en la interacción con el elemento civil de la sociedad. Mientras la NGP es un programa intraorganizacional, la Gobernanza opera en una dimensión interorganizacional e interpersonal.

La NGP es definida como una teoría positiva sobre instituciones y procesos políticos. Su objeto es la elección en las decisiones sociales. Como el Estado es el principal agente que toma estas decisiones, la elección pública (*The Public Choice*) es considerada su núcleo fundamental. Se analizan las siguientes materias:

1. Teoría del Estado.
2. Reglas de votación.
3. Burocracia.
4. Conductas que impliquen una decisión entre varias concurrentes (22).

Pero ello excluye a la fuente del espíritu innovador que no es otro que la aplicación y creación de marcos de gestión de corporaciones privadas. Lo que motiva que teóricos y prácticos de la NGP introduzcan técnicas gestoras distintas de la pública. Al fin y al cabo, las organizaciones son entes vivos que se manifiestan de propio modo indistintamente su naturaleza o sector de aplicación. Ello es así porque la interacción humana responde a semejantes estímulos.

La interacción con la sociedad civil ha generado un fenómeno que si bien clásico e instituido en los EEUU, en Europa era poco conocido, de derecho, aunque de hecho, funcionaba de distintos modos y formas. Los

---

(22) Tema éste que deriva hacia los estudios de Herbert A. SIMON así como a la Teoría de Juegos.

*lobbyings* fueron autorizados por la *Declaración de la Unión Europea sobre la democracia, transparencia y subsidiariedad*, suscrito por el Parlamento y la Comisión en 25 de octubre de 1993. Declaración complementada por otras disposiciones que reglaban su funcionamiento (23). Sin querer profundizar en este fenómeno, sólo quisiera resaltarlo como cauce de interacción con la acción de gobierno.

La NGP se alza sobre la idea defendida por Metcalfe y Richards (24) que aúnan la modernización administrativa y la *sustitución de prácticas anticuadas de la Administración pública* (aunque moldeadas por la costumbre administrativa en cada tiempo, añadido) *por métodos actualizados de gestión de empresas privadas*. No implica la adopción de un ideario o una fundamentación y metodología científica pero ello se debe a la propia expansión de la estrategia innovadora de la propia NGP.

Dos premisas definen la modernización de la Administración Pública por la NGP:

- A) Aproximación a las formas de gestión de la empresa privada al sector público.
- B) El cuestionamiento de la burocracia como modelo eficiente de organización en la Administración.

Y ello como resultado de dos premisas:

- A) Control del gasto público, evitando el déficit fiscal.
- B) Una renovada esperanza en las formas gestoras de las empresas privadas.

En definitiva, esa *renovatio* ideológica se ha traducido en dos cuestiones que han sido asumidas por la práctica totalidad de países desarrollados:

1. La consideración del administrado como cliente, superando una preocupación secular por la eficiencia en el sentido estrictamente económico de reducción de gasto.
2. La introducción de la calidad en la gestión.

---

(23) GARCÍA MEXÍA, P., *Ética y gobernanza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 110 y ss.

(24) METCALFE, L. y RICHARDS, S., *La modernización de la gestión pública*, INAP, 1987.

Pero la NGP va más allá, Ollás de Lima declara su amplitud, tan extensa como su aplicación (25). Hughes detecta las siguientes perspectivas:

1. Es un modelo que pondera los resultados obtenidos.
2. Atribuye responsabilidad a los gestores causando una desconcentración de poder.
3. Manifiesta su interés por lograr y funcionar con recursos humanos, organizaciones y condiciones contractuales flexibles.
4. Los objetivos a alcanzar y los recursos humanos deben establecerse con precisión y claridad para cuantificar su rendimiento a través de indicadores.
5. El personal con cargos de responsabilidad está comprometido con el gobierno, lo que es lógico en tanto se supone una comunión en los objetivos fijados, evitando flaquezas políticas, se supone, o intereses particulares simulados bajo ideología.
6. Las funciones gubernamentales estarían más sometidas a condicionantes del mercado (*contracting out*).
7. Aboca a la reducción del número de funciones gubernamentales a través de la privatización o mediante el auxilio de empresas privadas (*outsourcing*). Dando lugar a lo que Milward y Provan califican como «Estado vacío» (26).

Es considerada la NGP como aspecto emergente de la Gobernanza, apunta Aucoin (27). Incluso se afirma que la Gobernanza surgió como consecuencia de la filosofía de la NGP. Ello es razonable pero aún sin serlo estaría justificado, dado que el Estado ya no conserva el monopolio sobre la experiencia, recursos económicos o institucionales para gobernar (28). Esa crisis no sólo fundamenta la implantación de la Gobernanza sino que a nivel operativo provoca un énfasis en el elemento humano sobre las siguientes notas:

---

(25) OLLÁS DE LIMA, B., *La Nueva Gestión Pública*, Prentice Hall, Madrid, 2001.

(26) MILWARD, H.B., y PROVAN, K.G., *Gobernando un Estado vacío*, en «Estrategias para un gobierno eficaz», dirs. Cabrillo, Fitzpatrick y Gómez-Pomar, Lid, Madrid, 2008, pp. 277 y ss..

(27) AUCOIN, P., *The New Public Management; Canada in Comparative Perspective*, Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1996.

(28) PETERS, B. Guy y PIERRE, J., *¿Por qué ahora el interés por la Gobernanza?*, en «La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia», dir. Cerrillo i Martínez, A., INAP-IIG, Madrid, 2005, p. 53.

1. Minimización de la autoridad a favor de técnicas de consenso.
2. Negociación.
3. Participación de los funcionarios en la gestión.
4. Implantación, reconocimiento y promoción de los papeles de emprendedor, facilitador, mediador y dirimidor de conflictos.

La Gobernanza en general, como acción de Estado y la NGP en particular, como acción gestora, contribuyen a un Desarrollo sostenible de las Administraciones porque es fundamental crear o mejorar una estructura jurídica de instituciones transparentes, democráticas y responsables. Respalda medidas para promocionar y defender los derechos humanos, apoyar a una sociedad organizada y combatir la corrupción. Para ello, se debe diseñar un plan concreto de acción que asegure no sólo la participación de los grupos sociales en la gestión de competencias atribuidas por la ley. También transmitir confianza en la gestión, erradicando cualquier sospecha de *gestión vacía* o *gestión indolente*, que quiebre la reputación de la organización, que hoy por hoy, todavía, mantiene un cierto valor que condiciona e impone conductas dentro de unos límites marcados por el sentido común, que no son otra cosa que nuestros valores culturales, lo que queden de ellos, dado el hedonismo imperante que destruye actitudes críticas y responsables.



# ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NUEVA LEY DEL PRESIDENTE Y DEL GOBIERNO DE ARAGÓN

LUIS LATORRE VILA

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. SISTEMÁTICA DE LA LEY: 1. Estructura. 2. Índice. 3. Lenguaje no sexista o discriminatorio. 4. Disposición derogatoria.— III. EL PRESIDENTE DE ARAGÓN: 1. Nombramiento. 2. Atribuciones. 3. Estatuto personal. 4. Cese.— IV. EL VICEPRESIDENTE O VICEPRESIDENTES Y LOS CONSEJEROS.— V. EL GOBIERNO DE ARAGÓN: 1. Denominación. 2. Competencias. 3. Funcionamiento. 4. Gobierno en funciones. 5. Comisiones Delegadas del Gobierno.— VI. ÓRGANOS DE COLABORACIÓN Y APOYO AL GOBIERNO.— VII. ESTATUTO PERSONAL DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO: 1. Requisitos y sustitución. 2. Fuero procesal. 3. Incompatibilidades.— VIII. CAPACIDAD NORMATIVA DEL GOBIERNO.— IX. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.*

*RESUMEN:* El presente artículo tiene por objeto analizar, desde una perspectiva netamente jurídica, los principales contenidos de una Ley de muy reciente aprobación por las Cortes de Aragón: la Ley 2/2009, de 11 de mayo, que establece el régimen legal aplicable al Presidente y al Gobierno de Aragón.

Se estudia en primer lugar la figura del Presidente de Aragón, concebida en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007 como la institución central de la Comunidad Autónoma, y seguidamente los restantes miembros del Gobierno; es decir, el Vicepresidente o Vicepresidentes y los Consejeros. El denominado estatuto personal de los miembros del Gobierno, con una especial referencia a su nombramiento y cese, atribuciones y régimen de incompatibilidades, constituye una de las materias destacadas en el análisis de la Ley 2/2009.

La nueva regulación legal del Gobierno de Aragón, órgano superior colegiado de la Comunidad Autónoma, también es objeto de examen en este trabajo; en particular, las cuestiones relativas a su denominación, competencias, o funcionamiento, entre otras, así como a su capacidad para la elaboración y aprobación de normas jurídicas, poniendo de relieve las dudas que plantea el régimen jurídico previsto para el Gobierno en funciones o la inclusión de determinados órganos como de colaboración y apoyo al Gobierno.

Este análisis de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, se apoya en continuas miradas a la regulación establecida en otras

Leyes similares recientes, aprobadas tanto en el Estado como en distintas Comunidades Autónomas; en concreto, en Cataluña, Andalucía y Extremadura.

*Palabras clave:* Presidente de Aragón; Gobierno de Aragón; nombramiento; competencias; estatuto personal; régimen de incompatibilidades; funcionamiento; capacidad normativa.

*ABSTRACT:* This article aims to analyze, from a purely legal perspective, the main contents of a very recent law approved by the Cortes of Aragon: Law 2/2009 on May 11, which establishes the legal regime applicable to the President and the Government of Aragon.

We study first the figure of the President of Aragon, conceived in the Statute of Autonomy of Aragon in 2007 as the central institution of the Autonomous Community, and then the remaining members of the government, ie, the Vice President or Vice-Presidents and Directors. The so-called personal status of members of the Government, with special reference to their appointment and dismissal, powers and system of incompatibilities, is one of the matters highlighted in the analysis of the Law 2/2009.

The new legal regulation of the Government of Aragon, superior collegiate body of the Autonomous Community, is also under consideration in this work, in particular, issues relating to designation, powers, or functions, among others, as well as their ability to the development and adoption of legal norms, highlighting the concerns raised by the legal system provided for the Government in office or the inclusion of certain organs such as collaboration and support to the Government.

This analysis of the Law 2/2009 on May 11, the President and the Government of Aragon, is based on continuous glances to the regulation established in recent similar legislation adopted in both the State and Autonomous Communities, in particular in Catalonia, Andalusia and Extremadura.

*Key words:* President of Aragon; Aragon Government; appointment; powers; status; system incompatibilities; performance; policy capacity.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Las Cortes de Aragón, en sesión plenaria celebrada los días 7 y 8 de mayo pasado, han sancionado la nueva Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón, que viene a derogar (parcialmente) el hasta ahora vigente Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, publicándose como Ley 2/2009, de 11 de mayo, en el Boletín Oficial de Aragón núm. 93, de 19 de mayo.

El Proyecto de Ley había sido aprobado por Acuerdo del Gobierno de Aragón de fecha 8 de julio de 2008, y publicado en el Boletín Ofi-

cial de las Cortes de Aragón (en adelante BOCA) núm. 72, de 28 de agosto. Como ya viene siendo práctica habitual, el texto del proyecto legislativo remitido a las Cortes de Aragón para su tramitación parlamentaria únicamente iba acompañado de una escueta Memoria Justificativa (de apenas tres páginas y coincidente en gran parte con la Exposición de Motivos del proyecto) y de la Certificación del Secretario del Gobierno de Aragón, acreditativa del Acuerdo adoptado. No se aportaba una «Memoria económica», ni se explicaban las posibles razones que justificaran dicha omisión.

El entonces vigente Texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón establecía en el artículo 26.3 que *«el Gobierno aprobará los proyectos de ley y los enviará para su tramitación a las Cortes de Aragón acompañados de una exposición de motivos en la que, al menos, se justificará la necesidad de promulgación, su forma de inserción en el ordenamiento jurídico y una valoración de los efectos que puedan seguirse de su aplicación. En su caso y cuando la ejecución de la ley conlleve efectos económicos, el proyecto deberá ir acompañado de la memoria económica correspondiente»*.

Por su parte, el artículo 122.1 del Reglamento de las Cortes de Aragón dispone que *«los proyectos de ley remitidos por la Diputación General de Aragón irán acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos»*. A este respecto, el Decreto 167/1985, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón, señala en su artículo 3.3.a) que la Asesoría Jurídica informará sobre los anteproyectos de Ley que hayan de someterse a la aprobación de la Diputación General. Este informe, por tanto, a efectos del Reglamento de las Cortes de Aragón, tiene el carácter de *«antecedente necesario»*.

Por todo ello, puede considerarse escasa la documentación remitida por el Gobierno de Aragón, no sólo por el escueto contenido de la memoria justificativa, sino también por la ausencia de una referencia a la memoria económica (aunque sólo sea para justificar esa ausencia) y, sobre todo, por la omisión del informe que, con carácter preceptivo, haya sido elaborado por los Servicios Jurídicos de la Administración de la Comunidad Autónoma. Volveremos sobre esta cuestión al analizar la nueva regulación legal relativa a la elaboración de los proyectos legislativos.

Concluido el plazo de presentación de enmiendas, tras ser objeto de varias prórrogas, fueron finalmente admitidas a trámite por la Mesa de la Comisión Institucional un total de 94 enmiendas al articulado (y publicadas en el BOCA núm. 91, de 14 de noviembre), de las cuales 47 las formuló el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista; 29 el G.P. Popular; 9 el G.P. Socialista; 8 la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto); y, por último, el G.P. del Partido Aragonés presentó 1 enmienda. No hubo, por tanto, ninguna enmienda a la totalidad.

La Ponencia constituida al efecto, integrada por un representante de cada Grupo Parlamentario de acuerdo con lo previsto en los artículos 52 y 129 del Reglamento de las Cortes de Aragón (en concreto, D. Carlos Tomás Navarro, del G.P. Socialista, quien fue designado coordinador de la Ponencia; D. Manuel Guedea Martín, por el G.P. Popular; D. Javier Allué Sus, del G.P. del Partido Aragonés; D. Chesús Bernal Bernal, por el G.P. Chunta Aragonesista; y D. Adolfo Barrena Salces, de la A.P. Izquierda Unida de Aragón —G.P. Mixto—), celebró un total de ocho sesiones, teniendo lugar la última el día 30 de abril de 2009. El Informe elevado por la Ponencia fue aprobado, sin introducir modificación alguna, por la Comisión Institucional celebrada el 4 de mayo. Finalmente, el Pleno de las Cortes aprobó la nueva Ley en la sesión celebrada los días 7 y 8 de mayo. El Informe de la Ponencia ha sido publicado en el BOCA núm. 134, de 7 de mayo.

Señala el último párrafo del Preámbulo de la Ley 2/2009 que *«con la presente Ley se pretende adecuar la regulación del Presidente y del Gobierno de Aragón al Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007 y tratar de mejorar sus normas de actuación con el fin de adaptarlas a la dimensión actual de las competencias que corresponden a Aragón, cuya complejidad de gestión necesita de mecanismos ágiles y eficaces que permitan una buena acción de gobierno en beneficio de los ciudadanos»*.

En el presente artículo se realiza un análisis jurídico del contenido de la nueva Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón, examinando las cuestiones que cabe estimar más relevantes, para lo cual, y siguiendo la misma estructura empleada en la nueva Ley 2/2009, se ha utilizado como referencia comparativa, por un lado, el hasta ahora vigente Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 3 de julio; y, por otro, la legislación española más reciente dictada sobre esta materia. En concreto, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (de España);

la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, modificada parcialmente por la Ley 1/2008, de 27 de noviembre; y la Ley catalana 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno. Respecto de esta última, cabe mencionar también el Dictamen núm. 288, de 5 de agosto de 2008, emitido por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña.

## **II. SISTEMÁTICA DE LA LEY**

### **1. Estructura de la Ley**

La nueva Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón consta de un total de 50 artículos, estando estructurada en ocho Títulos, de la siguiente manera:

- Título I: El Presidente (artículos 1 a 6)
- Título II: El Vicepresidente o los Vicepresidentes (artículos 7 y 8)
- Título III: Los Consejeros (artículos 9 y 10)
- Título IV: El Gobierno de Aragón (artículos 11 a 21)
- Título V: Las Comisiones Delegadas del Gobierno (artículo 22)
- Título VI: Los órganos de colaboración y apoyo al Gobierno (artículos 23 a 27)
- Título VII: El estatuto personal de los miembros del Gobierno (artículos 28 a 36)
- Título VIII: La capacidad normativa del Gobierno de Aragón (artículos 37 a 50)

La Ley se completa con seis disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y una final.

Podría considerarse que la estructura comentada adolece de cierto desorden interno, sin ajustarse, estrictamente, ni a la sistemática contenida en el Estatuto de Autonomía de Aragón sobre esta materia ni al propio título de la Ley.

En concreto, cabe apreciar la existencia de un posible desorden interno por dos razones. En primer lugar, cuando anticipa la regulación relativa al Vicepresidente o Vicepresidentes y a los Consejeros (Títulos II y III) respecto de la del Gobierno (Título IV). En este sentido, el Estatuto de Autonomía dedica primero el Capítulo II del Título II al Presidente y después el Capítulo III al Gobierno de Aragón (o Diputación General de Aragón), mencionándose a los miembros del Gobierno sólo en este último. Así, por poner dos ejemplos ilustrativos de este desorden, no parece lógico que se mencionen las atribuciones del Vicepresidente o los Vicepresidentes (artículo 8) y de los Consejeros (artículo 10) antes que detallar las competencias que corresponden al Gobierno (artículo 12); o que después de regular en los tres primeros Títulos de la Ley las figuras del Presidente, Vicepresidentes y Consejeros, haya que esperar hasta el Título IV para que se declare formalmente que «*El Gobierno lo componen el Presidente, los Vicepresidentes, en su caso, y los Consejeros*» (artículo 11.2).

En segundo lugar, cuando una vez reguladas en los Títulos I, II y III, como se ha señalado, las figuras del Presidente, Vicepresidentes y Consejeros, vuelve a referirse la Ley a los miembros del Gobierno para tratar de su estatuto personal, concretamente en el Título VII. Y no lo hace de inmediato, justo a continuación, como parecería lo lógico, sino que hay que esperar a que previamente regule las competencias del Gobierno de Aragón, su funcionamiento, la forma y publicidad de sus decisiones, el cese del Gobierno y sus efectos (Título IV), así como las Comisiones Delegadas del Gobierno y los órganos de colaboración y apoyo al Gobierno (Títulos V y VI).

Por otro lado, también puede considerarse incorrecta la sistemática utilizada por los redactores de esta Ley cuando dedica todo un Título, el V, a un tema de relevancia menor como son las Comisiones Delegadas del Gobierno, de manera además que dicho Título queda integrado por un solo artículo, el artículo 22. Quizá habría sido más acertado ubicar este precepto en el Título IV, dedicado al Gobierno de Aragón, siguiendo el precedente del anterior Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, que dedicaba el artículo 17 a las Comisiones Delegadas del Gobierno, inserto en el Título II («Del Gobierno de Aragón»).

Se incumple así lo dispuesto en las Directrices de Técnica Normativa, dadas a conocer por el Gobierno de Aragón en octubre de 2008, que prevé que «*las disposiciones normativas extensas que contengan partes*

*claramente diferenciadas se dividirán en títulos». Asimismo, a este respecto, el punto 22 de las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, señala que «solo se dividirán en títulos las disposiciones que contengan partes claramente diferenciadas y cuando su extensión así lo aconseje»; y el punto 20, relativo a la división del articulado, dispone que «no se pasará de una unidad de división a otra omitiendo alguna intermedia, salvo en el caso de las secciones, ya que los capítulos podrán dividirse en secciones y estas, si procede, en subsecciones, o bien directamente en artículos».*

## **2. Índice**

Se echa en falta que el texto legal no vaya precedido de un índice. En las Leyes con una cierta extensión éste es recomendable, pues con él se facilita indudablemente el conocimiento, manejo y aplicación de su contenido. La Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón, con un total de 50 artículos y 10 disposiciones de la parte final, alcanza esa extensión mínima que aconseja la existencia de un índice. Así sucede con otras leyes, como la Ley 10/2008, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2009 (con 37 artículos y 25 disposiciones de la parte final); o con proyectos de ley actualmente en tramitación en las Cortes de Aragón, como el Proyecto de Ley de Ordenación del Territorio de Aragón (con 56 artículos y 14 disposiciones de la parte final), o el Proyecto de Ley sobre Centros de Ocio de Alta Capacidad (con 44 artículos y 4 disposiciones de la parte final).

## **3. Lenguaje no sexista o discriminatorio**

Cabe destacar la solución alcanzada en la Ponencia designada para el estudio del Proyecto de Ley respecto de la utilización en esta norma de un lenguaje no sexista o discriminatorio. Cuestión en principio compleja, dada la reiteración a lo largo de la misma de los términos «Presidente», «Vicepresidente», «Consejero», «Delegados Territoriales», u otros.

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista había presentado al Proyecto de Ley una enmienda, la número 1, proponiendo adecuar con carácter general en dicho sentido la redacción en todo el texto con el fin de corregir y evitar denominaciones masculinas como las citadas, y sustituir-

las por otras genéricas que incluyeran tanto a hombres como a mujeres (como «presidencia») o, en los casos en que ello no fuera posible, mediante la adición del correspondiente femenino; señalándose en la enmienda que sería conveniente buscar un estilo adecuado que evitara una redacción recargada y/o excesivamente forzada. El mismo Grupo Parlamentario había formulado una enmienda muy similar con relación al Proyecto de Ley del Consejo Consultivo de Aragón.

Finalmente, la Ponencia optó por unanimidad por incorporar la solución ya alcanzada en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, consistente en introducir una nueva disposición adicional, la primera, con la rúbrica «*Términos genéricos*», y el contenido siguiente: «*Las menciones genéricas en masculino que aparecen en el articulado de la presente ley se entenderán referidas también a su correspondiente femenino*». Solución asimismo trasladada a la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón.

#### **4. Disposición derogatoria**

Por último, la disposición derogatoria única de la Ley 2/2009 plantea un problema de seguridad jurídica o, al menos, de «claridad normativa», pues deroga expresamente todo el contenido del hasta ahora vigente Texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón, de 2001, excepto el Título VI (relativo a la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, y ya derogado expresamente por la reciente Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón) y el Capítulo III del Título V, artículos 44 a 48, rubricado «Del principio de la cooperación». En definitiva, el Texto Refundido de 2001 va a continuar parcialmente vigente; si bien, con sólo 5 artículos de los 68 que lo integraban.

### **III. EL PRESIDENTE DE ARAGÓN**

El Presidente de Aragón es la figura central de las instituciones de la Comunidad Autónoma, siguiendo en este sentido el modelo establecido por la Constitución de 1978 respecto del Presidente del Gobierno de la Nación, el cual aparece configurado como el elemento central en el sistema español de gobierno parlamentario, en el que la doctrina aprecia una tendencia de hecho al semipresidencialismo.

Esta característica del Presidente de Aragón como institución principal, o central, de la Comunidad Autónoma se ha visto reforzada en el nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, cuando al atribuirle en el artículo 52, «*bajo su exclusiva responsabilidad*», la facultad de acordar la disolución de las Cortes de Aragón con anticipación al término natural de la legislatura, se han suprimido gran parte de las limitaciones previstas en el artículo 23.2 del derogado Estatuto de Autonomía de 1982.

Con respecto al anterior Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, no se incluye en la nueva Ley 2/2009 una regulación similar a la contenida en el ya derogado Capítulo II del Título I, relativo a la responsabilidad política y a la disolución de las Cortes. En dicho Capítulo, en los artículos 8 a 11, se establecía una normativa referida a la moción de censura y a los efectos derivados de su aprobación, a la cuestión de confianza y a la disolución anticipada de las Cortes de Aragón, coincidente en gran medida con la prevista en los artículos 17 y 23 del anterior Estatuto de Autonomía, y en el que se remitía en varias cuestiones a la regulación prevista en el Reglamento de las Cortes de Aragón. La nueva Ley 2/2009, simplemente, reconoce al Presidente, en el artículo 4.4), la facultad de «*Disolver las Cortes de Aragón, previa deliberación del Gobierno*».

Excede del objeto del presente artículo entrar en el debate doctrinal acerca de si es procedente que las materias indicadas (disolución anticipada de las Cortes, moción de censura o cuestión de confianza), incardinadas en el ámbito de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, puedan ser reguladas por una ley ordinaria, en desarrollo de lo previsto en el Estatuto de Autonomía; o, por el contrario, si el desarrollo normativo de dichas materias únicamente cabría hacerlo mediante el Reglamento de las Cortes. Lo cierto es que la Ley catalana 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, contiene un Título III, con la rúbrica «*De la responsabilidad política del presidente o presidenta de la Generalidad y del Gobierno y de las relaciones con el Parlamento*» (artículos 42 a 46). Por su parte, la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, también incluye un Título V, rubricado «*De las relaciones de la Presidencia de la Junta de Andalucía y del Consejo de Gobierno con el Parlamento de Andalucía*» (artículos 38 a 42), dividido en tres Capítulos relativos, res-

pectivamente, al impulso de la acción política y de gobierno, a la responsabilidad política del Gobierno, y a la disolución del Parlamento de Andalucía. Asimismo, en la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, se dedica el Título IV a «*Las relaciones del Presidente y la Junta con la Asamblea de Extremadura*», regulándose en el Capítulo I «*el impulso de la acción política y de gobierno, responsabilidad política y control parlamentario*» (artículos 39 a 43).

En cualquier caso, llama la atención cómo en el Preámbulo de la Ley aragonesa 2/2009 se destaca de entre las novedades introducidas por el Estatuto de Autonomía de 2007, «*por su especial importancia*», la facultad del Presidente de Aragón para la disolución anticipada de las Cortes, reproduciendo las limitaciones a dicha facultad establecidas en el artículo 52 del Estatuto de Autonomía, y justificando la importancia de la citada facultad con estas palabras: «*Se trata de una garantía del sistema democrático de tal forma que cuando la representación de las Cortes no se ajuste a la realidad social el Presidente pueda convocar nuevas elecciones que restauren la correcta representación popular*». Sin embargo, en el articulado de la Ley apenas le dedica una escueta mención en el artículo 4.4), como ya hemos visto.

## **1. Nombramiento**

Con relación a la elección y nombramiento del Presidente, la Ley 2/2009 introduce en el artículo 2 pocas novedades respecto al Texto Refundido de 2001. Se limita a señalar, por un lado, que el Presidente es elegido por las Cortes de Aragón, correspondiendo su nombramiento al Rey, mediante Real Decreto que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de Aragón; y, por otro, que el Presidente electo tomará posesión de su cargo en el plazo de diez días a partir de la publicación de su nombramiento en el Boletín Oficial de Aragón.

Una cuestión que puede plantearse al respecto es la siguiente: dado que quien formalmente nombra al Presidente de Aragón es el Rey de España, el Jefe del Estado, con el refrendo del Presidente del Gobierno de España, y mediante Real Decreto, ¿dónde y ante quién debe tomar posesión el Presidente de Aragón electo? Según la práctica que se viene siguiendo en las últimas Legislaturas, y que parece haberse consolidado,

la toma de posesión del Presidente electo tiene lugar en el Palacio de la Aljafería de Zaragoza, sede de las Cortes de Aragón, y ante los órganos rectores de ésta. Quizá habría sido oportuno trasladar dicha práctica a la nueva Ley, plasmándose así en la norma legal que regula la figura del Presidente de Aragón.

## 2. Atribuciones

En cuanto a las atribuciones del Presidente, el listado recogido en el artículo 4 de la Ley 2/2009 presenta pocas novedades si lo comparamos con el elenco de competencias establecido en el artículo 12 del derogado Texto Refundido de 2001. La mayor parte se limita a un mero cambio de redacción, o a la introducción de matizaciones carentes de mayor relevancia o de un alcance significativo. Por ejemplo, en el número 2) del artículo 4 se dispone que corresponde al Presidente *«Promulgar, en nombre del Rey, las leyes aprobadas por las Cortes de Aragón y ordenar su publicación»*, eliminándose la referencia a los Boletines Oficiales de Aragón y del Estado y al establecimiento de un plazo máximo para ordenar dicha publicación, sí contemplados en el anterior Texto Refundido (artículo 12.3). Además, en fase de Ponencia del Proyecto de Ley, y como consecuencia de la aprobación de las enmiendas números 3 y 10, presentadas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular, respectivamente, se «recuperó» una atribución ya contemplada en el artículo 12.7) del derogado Texto Refundido: *«Facilitar a las Cortes de Aragón la información que se solicite al Gobierno»* (artículo 4.7) de la Ley 2/2009).

Por tanto, las escasas novedades introducidas por la Ley 2/2009 se limitan a dos atribuciones: *«Establecer el programa político del Gobierno y velar por su cumplimiento»* y *«Determinar la estructura orgánica de la Presidencia»*, recogidas en los números 6) y 9) del artículo 4, respectivamente.

Algunas dudas plantea la redacción dada al número 3) del artículo 4 de la nueva Ley, cuando atribuye al Presidente la facultad de *«Convocar elecciones a Cortes de Aragón, así como su sesión constitutiva»*. Por su parte, el artículo 12.4) del derogado Texto Refundido de 2001 establecía como competencia presidencial *«Convocar elecciones a Cortes de Aragón, señalando en la convocatoria el día de constitución de la cámara elegida»*. Cabe considerar más correcta esta segunda redacción, pues la

primera viene a establecer, según su tenor literal, que será el Presidente de Aragón (por otro lado, además, Presidente en funciones) quien convocará la sesión constitutiva de las Cortes. Lo cual resulta, como mínimo, chocante en el modelo de relaciones existente entre el Gobierno y el Parlamento. Una cosa es que en el Decreto de convocatoria de elecciones a Cortes de Aragón se fije por el Presidente del Gobierno el día y la hora en que tendrá lugar la sesión constitutiva del Parlamento aragonés, de acuerdo también con lo previsto en el artículo 1 del Reglamento de las Cortes, y otra muy distinta que sea el propio Presidente del Gobierno en funciones quien convoque formalmente la sesión constitutiva del nuevo Parlamento, en detrimento del Presidente en funciones de las Cortes de Aragón, el cual sigue ostentando la condición de Presidente de la Diputación Permanente de la Cámara; esto es, continúa siendo el Presidente del órgano al que corresponde velar por los poderes de las Cortes de Aragón cuando éstas quedan disueltas por haber expirado su mandato o por haberse producido el supuesto señalado en el artículo 48.3 del Estatuto de Autonomía, de conformidad con lo previsto en el artículo 70.1 del Reglamento de las Cortes.

### **3. Estatuto personal**

La Ley 2/2009 regula el estatuto personal del Presidente de Aragón de forma dispersa, de manera que en el Título I de la Ley sólo se incluye sobre esta materia lo previsto en el apartado 3 del artículo 1: «*El Presidente tendrá el tratamiento de excelencia, derecho a utilizar la bandera y el escudo de Aragón como guión y a los honores correspondientes a su cargo*». Vuelve a tratar esta cuestión en el Título VII, si bien se refiere éste al estatuto personal de todos los miembros del Gobierno, con la única singularidad referida al Presidente contenida en el artículo 28 *in fine*, cuando señala que éste, además, debe ostentar la condición de Diputado de las Cortes de Aragón. Y, nuevamente, dedica a esta cuestión las disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta, relativas a la residencia oficial del Presidente, al estatuto de los ex Presidentes y al régimen de precedencias, respectivamente.

Lo más relevante, sin duda, está recogido en el Título VII, que analizaremos más adelante.

#### 4. Cese

Mayor interés, y también dudas e interrogantes, presenta el artículo 6 de la Ley 2/2009, relativo al cese del Presidente, en cuyo apartado 1 se establecen como causas del mismo las siguientes: a) Celebración de elecciones a Cortes de Aragón; b) Aprobación de una moción de censura; c) Pérdida de una cuestión de confianza; d) Dimisión; e) Fallecimiento; f) Incapacidad permanente que le imposibilite para el ejercicio de su cargo, reconocida por las Cortes de Aragón por mayoría absoluta a propuesta de cuatro quintas partes de los miembros del Gobierno; g) Sentencia judicial firme que le inhabilite para el ejercicio de su cargo; h) Pérdida de la condición de Diputado a Cortes de Aragón; i) Incompatibilidad no subsanada. Algunas de ellas requieren un comentario más detenido.

La redacción dada en la nueva Ley a la letra a) del artículo 6.1 («*Celebración de elecciones a Cortes de Aragón*») plantea la duda de cuándo cesa exactamente el Presidente del Gobierno (y, con él, todo el Gobierno) y, por tanto, a partir de qué momento concreto continúa como Presidente de Aragón en funciones. A este respecto, pueden plantearse diversas hipótesis: por ejemplo, que se trate del mismo día de la publicación en el Boletín Oficial de Aragón del Decreto del Presidente del Gobierno de convocatoria de elecciones a Cortes de Aragón; que sea el mismo día de las elecciones; o también, como tercera posibilidad, que se refiera al día siguiente a la celebración de éstas. En este tema, la Ley 2/2009 se limita a repetir lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de Autonomía de Aragón: «*El Presidente cesa por la celebración de elecciones a Cortes de Aragón*».

Se entiende más correcta la redacción contenida en el artículo 101.1 de la Constitución de 1978, según la cual «*El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales*», y reproducida en diversas Leyes reguladoras del Gobierno. Así, por ejemplo, en el artículo 21.1 de la Ley 50/1997, del Gobierno (de España); en el artículo 12.1.a) de la Ley andaluza 6/2006; y en el artículo 21.2 de la Ley 1/2002, de Extremadura. Por el contrario, la Ley 13/2008, de Cataluña, puede inducir también a confusión cuando en su artículo 7.1.a) establece que el presidente de la Generalidad cesa «*Por cambio de legislatura a consecuencia de unas elecciones*».

En la fase de Ponencia, durante la tramitación parlamentaria del entonces Proyecto de Ley, se introdujo como nueva causa de cese del Presidente su *fallecimiento*. Así se establece también en el artículo 101.1 de la Constitución de 1978; y en los artículos 7.1.e) de la Ley 13/2008, de Cataluña; 12.1.f) de la Ley 6/2006, de Andalucía; y 15.1.f) de la Ley 1/2002, de Extremadura.

La razón principal para incluir en la Ley, de forma expresa, el fallecimiento o defunción como causa de cese del Presidente, no es tanto plasmar la obviedad consistente en que una vez muerto no es posible continuar siendo Presidente de un Gobierno (con la dificultad de los supuestos legales de declaración judicial de fallecimiento, previstos en el Código Civil), sino determinar expresamente, evitando cualquier otra posible solución o incertidumbres al respecto, qué concretas normas deben aplicarse para la sucesión o la sustitución del ya ex-Presidente.

La letra f) del apartado 1 establece el cese del Presidente por incapacidad permanente que le imposibilite para el ejercicio de su cargo. Quizá debería haberse especificado que ha de tratarse de una incapacidad permanente *física o mental*. Por otro lado, se establece un doble requisito para poder reconocer la existencia de esta causa de cese: que lo aprueben las Cortes de Aragón por mayoría absoluta, a propuesta de cuatro quintas partes de los miembros del Gobierno. Por tanto, según esta redacción, por un lado, las Cortes de Aragón carecen de iniciativa en este supuesto, correspondiendo en cambio a los miembros del Gobierno y, por otro, la mayoría requerida en la Cámara para su reconocimiento (51 por 100) es significativamente más reducida que la exigida a los miembros del Gobierno para formular su iniciativa de cese del Presidente (80 por 100).

Ciertamente, puede parecer extraña al sistema parlamentario español la intervención de los miembros del Gobierno para instar el cese de su Presidente por causa de incapacidad permanente y, además, que se condicione a la aprobación por una mayoría tan reforzada. No puede olvidarse que el Presidente ha sido elegido, investido como tal, por las Cortes de Aragón, no por los otros miembros del Gobierno de Aragón; y responde, precisamente, ante las Cortes de Aragón. Por ello, la apreciación de la existencia de esta causa de cese no debería estar supeditada a la exigencia de una iniciativa previa exclusiva de los miembros del Gobierno.

Por el contrario, sí podría exigirse una determinada mayoría en las Cortes de Aragón para instar el cese del Presidente por incapacidad permanente, y una mayoría reforzada para su reconocimiento o aprobación. Si bien, ciertamente, en cualquier caso, los Diputados de las Cortes podrían intentar el cese del Presidente del Gobierno mediante la presentación de una moción de censura.

En la regulación contenida en otras leyes autonómicas encontramos ejemplos de ambas soluciones. Así, la Ley catalana 13/2008 prevé en el artículo 7.1.d) que el presidente de la Generalidad cesa *«Por incapacidad permanente, física o mental, que lo inhabilite para el ejercicio del cargo, que debe ser solicitada por la mayoría absoluta de los diputados y reconocida por una mayoría de dos tercios»*. Por su parte, la Ley 6/2006, de Andalucía, después de establecer en el artículo 12.1.e) la incapacidad permanente física o mental como causa de cese, añade en el apartado 2 que *«La incapacidad a que hace referencia la letra e) del apartado anterior debe ser apreciada por el Consejo de Gobierno, excluida la persona titular de la Presidencia de la Junta de Andalucía, por unanimidad, y propuesta al Parlamento de Andalucía que, en caso de que la estime, deberá declararla por mayoría absoluta»*; conteniendo la Ley 1/2002, de Extremadura, una redacción idéntica a la ley andaluza (artículo 15). Finalmente, respecto del Presidente del Gobierno de la Nación, nada dicen sobre esta cuestión ni la Constitución de 1978 ni la Ley 50/1997.

El Grupo Parlamentario Popular, por medio de la enmienda núm. 13, propuso la supresión de esta causa de cese del Presidente, si bien dicha enmienda fue rechazada.

Más criticable es la redacción del apartado 3 del artículo 6 de la nueva Ley, referido a las consecuencias inmediatas derivadas del cese del Presidente. Se limita a señalar que *«En los cuatro primeros supuestos del apartado 1, el Presidente continuará en funciones hasta la toma de posesión de su sucesor; en los demás casos, se aplicarán las normas de sustitución de los miembros del Gobierno»*. La crítica se basa en las siguientes razones.

Parece evidente, en primer lugar, que entre los citados cuatro primeros supuestos del apartado 1 hay una diferencia sustancial, que radica en la existencia o no de una previsión de regulación relativa a la elección

del sucesor del Presidente cesado. Así, por un lado, en el supuesto de cese del Presidente por la celebración de elecciones a Cortes de Aragón, el proceso de elección del sucesor está perfectamente contemplado en el artículo 48 del Estatuto de Autonomía, mediante el denominado procedimiento de investidura, previéndose incluso la disolución de las Cortes electas y la convocatoria de nuevas elecciones si ningún candidato hubiere sido investido transcurrido el plazo de dos meses a partir de la constitución de las Cortes. También, para el caso en que el Presidente cesa como consecuencia de la aprobación de una moción de censura, el artículo 50.4 del Estatuto de Autonomía señala expresamente que *«(...) El candidato a la Presidencia se entenderá investido del cargo y el Presidente de las Cortes lo comunicará al Rey para su nombramiento»*. Y lo mismo sucede cuando el Presidente cesa por la pérdida de una cuestión de confianza, en cuyo caso dispone el artículo 49.3 del Estatuto de Autonomía que *«(...) Deberá, entonces, procederse a la elección de un nuevo Presidente»*.

Sin embargo, ninguna previsión estatutaria o legal existe con relación a la elección del sucesor en el supuesto de cese por dimisión del Presidente de Aragón. Nada dice al respecto el Estatuto de Autonomía, y tampoco se regula esta cuestión en la nueva Ley 2/2009, la cual simplemente señala, como se ha visto, que el Presidente continuará en funciones hasta la toma de posesión de su sucesor. Existe, en definitiva, un vacío legal que, en determinadas circunstancias políticas, puede conducir a una situación de bloqueo institucional, dado que, por ejemplo, el Presidente en funciones no puede disolver las Cortes de Aragón (artículo 6.4.c).

La segunda razón que justifica la crítica al apartado 3 del artículo 6 de la Ley 2/2009 se refiere a su inciso final, en el que se establece que *«(...) en los demás casos (de cese del Presidente), se aplicarán las normas de sustitución de los miembros de Gobierno»*.

La sustitución de los miembros del Gobierno se encuentra regulada en el artículo 29 de la Ley, cuyo apartado 1 se limita a indicar que *«Al Presidente lo sustituye el Vicepresidente o los Vicepresidentes por su orden, en los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otro impedimento temporal. En defecto de los Vicepresidentes sustituyen al Presidente los Consejeros por su orden. Al sustituto del Presidente se le considerará como Presidente en funciones y tendrá derecho a los mismos honores y tratamiento que la presente ley reconoce al Presidente»*. No parece ésta una regulación adecuada para los supuestos de cese del Presidente del

Gobierno, dada la relevancia institucional que esta cuestión tiene; o, al menos, cabe entender que es incompleta dicha regulación, por las razones que siguen.

En primer lugar, sería más correcto hablar de casos de «cese» y no de «vacante». Si el cargo de Presidente de Aragón se encuentra vacante sólo puede obedecer al hecho de que su hasta entonces titular ha cesado por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 6 de la Ley 2/2009. Si el puesto está vacante se debe, precisamente, al cese del Presidente; es sólo una consecuencia del cese.

En segundo lugar, también sería más correcto distinguir entre «sustitución» y «suplencia» del Presidente, para diferenciar el carácter definitivo o meramente temporal del cambio en el ejercicio de la Presidencia del Gobierno. La *sustitución* del Presidente se produce en los supuestos en que éste ha cesado, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 2/2009; tiene, por tanto, carácter definitivo. Mientras que la *suplencia* se limita a los casos de ausencia, enfermedad u otro impedimento temporal del Presidente; se trata, por ello, de cubrir una situación en principio muy limitada en el tiempo.

Esta distinción entre sustitución y suplencia del Presidente no es baladí, pues alude a otra consecuencia de gran relevancia institucional: dado que el Gobierno cesa cuando lo hace su Presidente (artículos 56 del Estatuto de Autonomía y 21 de la Ley 2/2009), en los casos de sustitución del Presidente cesado nos encontramos ante un Gobierno en funciones, un Gobierno también cesante, cuya principal misión es facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo, limitándose su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos. Mientras que en los supuestos de ausencia, enfermedad u otro impedimento temporal del Presidente, el Gobierno cuenta con todas sus capacidades, no estando sometido a las limitaciones previstas en los artículos 6.4 y 21 de la Ley 2/2009. En consecuencia también, por tanto, sólo debería tener la consideración de Presidente en funciones el Vicepresidente o, en su caso, el Consejero, que sustituyera al Presidente cesado. De ahí que, para los casos de ausencia, enfermedad u otro impedimento temporal del Presidente, en algunas Comunidades Autónomas se hable de *Presidente interino* o de *suplente del Presidente*, pero no de Presidente en funciones. Y también, por la citada razón, suelen estar aún más limitadas las atribuciones del suplente del Presidente, que las previstas para el Pre-

sidente sustituto o en funciones. Si no se realiza esta distinción, podría darse el absurdo de que coincidieran, al mismo tiempo, dos Presidentes: el Presidente del Gobierno «titular», en pleno ejercicio de sus funciones, que se haya, por ejemplo, en un viaje oficial al extranjero de varios días de duración; y un Presidente en funciones, ante la citada ausencia por viaje del Presidente «titular».

Esta viene a ser, *mutatis mutandis*, la normativa establecida respecto de estas cuestiones en los artículos 6 y 7 de la Ley 13/2008, de Cataluña; artículos 13 y 14 de la Ley 6/2006, de Andalucía; y artículos 16 a 18 de la Ley 1/2002, de Extremadura. Así, el artículo 14.2 de la Ley andaluza 6/2006 dispone que «*Quien supla al Presidente o a la Presidenta de la Junta de Andalucía (en los supuestos de ausencia, enfermedad o impedimento temporal) sólo podrá ejercer las atribuciones que sean necesarias para el despacho de los asuntos de trámite, salvo los casos de urgencia o interés general debidamente acreditados*».

Y, en tercer lugar, la regulación en la Ley 2/2009 relativa a la sustitución del Presidente cesado debería haberse completado con una previsión expresa de la puesta en marcha por el Presidente de las Cortes de Aragón, con carácter inmediato, del procedimiento de elección de un nuevo Presidente de Aragón. Esto es, en los supuestos de cese del Presidente contemplados en las letras c) a i) del artículo 6.1 de la nueva Ley, no basta con prever la sustitución del Presidente cesado, sino que es necesario establecer, precisamente en la ley que regula el régimen jurídico aplicable al Presidente de Aragón, y al no haberlo dispuesto el Estatuto de Autonomía (salvo en el caso de pérdida de la cuestión de confianza), que de forma inmediata debe restituirse la normalidad institucional, de manera que se proceda por las Cortes de Aragón a la designación de un nuevo Presidente del Gobierno.

Así se establece expresamente en el artículo 99.1 de la Constitución de 1978, que dispone lo siguiente: «*Después de cada renovación del Congreso de los diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno*»; desarrollándose el procedimiento de investidura en los apartados siguientes de este mismo artículo. Los citados otros supuestos constitucionales están previstos en el artículo 101.1 de la Constitución:

a) en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria, según lo dispuesto en el artículo 114.1 de la Constitución; b) por dimisión del Presidente; c) como consecuencia del fallecimiento del Presidente del Gobierno.

Proceso de elección del nuevo Presidente que no debería prolongarse en el tiempo, por lo que si, transcurridos dos meses desde la fecha del cese del Presidente, no hubiera ningún candidato a sucederle, o ninguno de los presentados hubiera logrado ser investido como nuevo Presidente de Aragón, debería procederse a la disolución de las Cortes de Aragón y a la convocatoria de nuevas elecciones, en aplicación de lo previsto en el artículo 48.3 del Estatuto de Autonomía. Esta es la solución prevista en el artículo 99, apartado 5, de la Constitución de 1978, en cuya virtud *«Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso»*.

Finalmente, cabe señalar que en la fase de Ponencia, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, se introdujo el apartado 2 del artículo 6, en cuya virtud el cese del Presidente de Aragón se formalizará de igual manera que su nombramiento; esto es, mediante Real Decreto, firmado por el Rey como Jefe del Estado, con el refrendo del Presidente del Gobierno de la Nación, el cual asimismo deberá ser publicado tanto en el Boletín Oficial de Aragón como en el del Estado. Con una excepción, prevista en este mismo apartado: si el Presidente resulta reelegido tras la celebración de las elecciones a las Cortes de Aragón, únicamente se publicará el Real Decreto de su nombramiento. Así ha sucedido en los años 2003 y 2007. En este último, por ejemplo, se publicó el día 6 de julio de 2007, tanto en el Boletín Oficial de Aragón (núm. 80) como en el Boletín Oficial del Estado (núm. 161), exclusivamente el Real Decreto 895/2007, de 5 de julio, por el que se nombra Presidente de Aragón a don Marcelino Iglesias Ricou.

#### **IV. EL VICEPRESIDENTE O VICEPRESIDENTES Y LOS CONSEJEROS**

Una de las principales novedades contenidas en la Ley 2/2009, con relación al derogado Texto Refundido de 2001, viene referida a la figura del Vicepresidente al presumir la nueva Ley la posibilidad de su nombra-

miento sin necesidad de ostentar la condición de Consejero. Así, el artículo 8 *in fine* establece que cuando el Vicepresidente o los Vicepresidentes «*asuman la titularidad de un Departamento, ostentarán, además, la condición de Consejero*».

Con esta norma se viene a poner fin a la polémica suscitada en el año 2007, al inicio de la presente VII Legislatura de las Cortes de Aragón, cuando el Presidente del Gobierno nombró un Vicepresidente sin ser éste, al mismo tiempo, Consejero. Lo cual podría conculcar lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Refundido de 2001, cuyo apartado 1 establecía expresamente que «*El Presidente, mediante Decreto, podrá nombrar a uno de sus Consejeros como Vicepresidente*», añadiendo el apartado 2 que «*A efectos oficiales, la denominación del Vicepresidente irá seguida, en su caso, de la relativa a su Departamento*».

También se dispone en la Ley 2/2009, como novedad, la facultad del Presidente de nombrar varios Vicepresidentes, frente a la limitación de un único Vicepresidente hasta ahora vigente, debiendo el Presidente en ese caso señalar en el Decreto de nombramiento el orden de prelación de los mismos. Sobre esta cuestión, la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón —G.P. Mixto— presentó al Proyecto de Ley la enmienda número 14, mediante la cual proponía limitar hasta un máximo de dos el número de Vicepresidentes del Gobierno; esta enmienda fue rechazada.

Llama la atención en la nueva Ley 2/2009 la escasísima regulación dedicada al nombramiento y cese de los Vicepresidentes y los Consejeros del Gobierno de Aragón, siendo más llamativa aún dicha parquedad normativa si la comparamos con la regulación establecida respecto del Presidente o, incluso, con la prevista para los miembros de los Gabinetes y otros órganos de asistencia y apoyo de similar naturaleza.

Así, la Ley 2/2009 prácticamente se limita a prever el nombramiento por el Presidente del Gobierno del Vicepresidente o los Vicepresidentes, sin ni siquiera mencionar la posibilidad de su remoción o cese (artículo 7). Y en cuanto a los Consejeros, el artículo 9.1 sí avanza algo más en este aspecto aunque sólo sea para proclamar sencillamente que «*El Presidente nombra y separa libremente a los Consejeros (...)*».

Sin embargo, nada se dice en la nueva Ley respecto de la evidente necesidad de publicar en el Boletín Oficial de Aragón los respectivos Decretos del Presidente del Gobierno de nombramiento del Vicepresidente, o

Vicepresidentes, y de los Consejeros. Tampoco se especifica cuándo dicho nombramiento surtirá los correspondientes efectos establecidos en el ordenamiento jurídico; esto es, a partir de qué concreta fecha adquieren los citados miembros del Gobierno los derechos inherentes al respectivo cargo (por ejemplo, los retributivos), cuándo podrán ejercer las facultades y atribuciones legalmente previstas (por ejemplo, dictar Órdenes), o en qué momento asumen los deberes y obligaciones propios de dicha responsabilidad (por ejemplo, en materia de incompatibilidades). Se entiende, por ser ésta la práctica habitual, que tales efectos se producen a partir de la fecha de la toma de posesión del cargo, y no de la fecha de publicación del Decreto de nombramiento en el Boletín Oficial, pero esta cuestión debería haber quedado clara en la Ley.

No es ésta una cuestión menor, ya que el Gobierno se entenderá constituido únicamente una vez que sus miembros hayan tomado posesión del cargo respectivo. En el caso del Presidente del Gobierno, el artículo 2.3 de la nueva Ley dispone en este sentido que «*El Presidente electo tomará posesión de su cargo en el plazo de diez días a partir de la publicación de su nombramiento en el Boletín Oficial de Aragón*». Asimismo, podría haberse regulado en la Ley 2/2009 dónde y ante quién debe tener lugar el acto formal de toma de posesión del cargo por el Vicepresidente o Vicepresidentes y los Consejeros.

También deberían haberse contemplado expresamente en la Ley 2/2009 otras cuestiones tales como: las posibles causas de cese del Vicepresidente, o Vicepresidentes, y de los Consejeros del Gobierno; la necesidad de publicación en el Boletín Oficial de Aragón del Decreto de cese; y la determinación de la fecha de efectos del mismo, que normalmente suele establecerse en el propio Decreto de cese. Como posibles causas de cese de estos miembros del Gobierno suelen establecerse las siguientes: a) Al cesar el Presidente; b) Dimisión, aceptada por el Presidente; c) Revocación de su nombramiento; d) Fallecimiento; e) Sentencia judicial firme que le inhabilite para el ejercicio del cargo; f) Incompatibilidad no subsanada.

## **V. EL GOBIERNO DE ARAGÓN**

Hay que esperar hasta llegar al Título IV de la Ley 2/2009 para encontrar, ya en el artículo 11, una primera referencia genérica al

Gobierno de Aragón. Así, el apartado 1 dispone que *«El Gobierno de Aragón, bajo la dirección de su Presidente, establece la política general y la acción exterior, dirige la Administración autonómica y vela por la defensa de la autonomía aragonesa. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con las leyes».*

Otras leyes autonómicas incluyen en su articulado una definición del Gobierno. Por ejemplo, la Ley 13/2008, de Cataluña, afirma en el artículo 3.1 que *«El Gobierno es el órgano superior colegiado que dirige la acción política y la Administración de la Generalidad»*, añadiendo el apartado 2 que *«El Gobierno ejerce la iniciativa legislativa, la función ejecutiva, la potestad reglamentaria y las demás funciones que le asignan la Constitución, el Estatuto y las leyes».* De una manera similar a esta norma se expresan el artículo 3 de la Ley andaluza 6/2006: *«El Consejo de Gobierno es el órgano superior colegiado que ostenta y ejerce las funciones ejecutivas y administrativas de la Junta de Andalucía. A tal fin, le corresponde la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de acuerdo con el Estatuto de Autonomía y con la ley»*; y el artículo 19 de la Ley 1/2002, de Extremadura, en el que se dispone que *«La Junta de Extremadura es el órgano colegiado que ejerce las funciones propias del Gobierno de la Comunidad Autónoma. Asimismo, de acuerdo con las directrices generales del Presidente, establece la política general y dirige la Administración de la Comunidad Autónoma y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía».*

## 1. Denominación

Una cuestión debatida en la Ponencia parlamentaria constituida para el estudio del Proyecto de Ley fue la propia denominación del Gobierno de Aragón, al utilizarse en el Proyecto legislativo el término «Consejo de Gobierno» en cuatro ocasiones. En concreto:

- En el artículo 4.15), el cual establecía como atribución del Presidente *«Velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo de Gobierno»*
- En el artículo 13, relativo a las normas de funcionamiento del Gobierno, que señalaba que éste *«se reúne en Consejo de Gobierno (...)»*

- En el artículo 22.2.b), en cuya virtud correspondía a la Comisiones Delegadas del Gobierno «*Estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios Departamentos, requieran la elaboración de una propuesta conjunta previa a su resolución por el Consejo de Gobierno*»
- En el artículo 44.2.1º, relativo a la ordenación jerárquica de los reglamentos según el respectivo orden de los órganos de los que emanen, que ubicaba en el nivel más alto de dicha ordenación jerárquica las «*Disposiciones aprobadas por Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Gobierno*»

Sobre esta cuestión, el Grupo Parlamentario Popular había presentado dos enmiendas, proponiendo en ambas la supresión del término «Consejo de Gobierno», de forma que en la Ley resultante únicamente se utilizara el término «Gobierno»: concretamente, la enmienda número 4, relativa al artículo 4.15); y la enmienda número 78, dirigida al artículo 44.2.1º.

Puede resultar ilustrativo conocer cómo está regulada esta materia en otras normas, estatales y autonómicas:

1) *Constitución de 1978 y Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.*

En la Constitución española de 1978 se utilizan tanto la expresión «Gobierno» como la de «Consejo de Ministros», si bien esta última en un número de veces muy inferior, sólo en cinco artículos:

- Artículo 62.f), en virtud del cual corresponde al Rey «*Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros (...)*»
- Artículo 62.g), que atribuye al Rey la facultad de asistir a las sesiones del Consejo de Ministros
- Artículo 88, el cual establece que «*Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros (...)*»
- Artículo 112, relativo a la facultad del Presidente del Gobierno de plantear ante el Congreso de los Diputados una cuestión de confianza, «*previa deliberación del Consejo de Ministros*»
- Artículo 115, que atribuye al Presidente del Gobierno la facultad de proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, «*previa deliberación del Consejo de Ministros*»

- Artículo 116.2 y 3, en cuya virtud los estados de alarma y excepción, respectivamente, serán declarados por el Gobierno «*mediante decreto acordado en Consejo de Ministros*»

Algunos autores han señalado, apoyándose en lo dispuesto en el artículo 98.1 CE, que «Gobierno» y «Consejo de Ministros» pueden ser términos con los que denominar dos órganos distintos, al establecer la CE que «*El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley*». Así, el «Gobierno» sería el completo órgano ejecutivo superior, en el que se incluirían también «*los demás miembros que establezca la ley*», alusión ésta referida a los Secretarios de Estado (siguiendo un modelo de composición del Gobierno similar a la existente en Francia, por ejemplo), mientras que «Consejo de Ministros» sería el órgano ejecutivo superior exclusivamente integrado por el Presidente, los Vicepresidentes y los Ministros.

En la actualidad, de acuerdo con la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ambos términos vienen a significar lo mismo, dado que en virtud del artículo 1.2 «*El Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros*», añadiendo el apartado 3 que «*Los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno*». Esta es la opinión de Javier PÉREZ ROYO, para quien cuando la CE utiliza la expresión Consejo de Ministros «*lo hace siempre en el mismo sentido: como institución a través de la cual ejerce su actividad el Gobierno en cuanto órgano constitucional. El Gobierno es, pues, el término abstracto con el que se define el poder al que se atribuyen las competencias constitucionales. El Consejo de Ministros es la institución concreta a través de la cual el Gobierno ejerce dichas competencias de manera externamente reconocible. El término Gobierno expresaría la titularidad del poder ejecutivo. El término Consejo de Ministros haría referencia al ejercicio de dicho poder. No hay ninguna otra diferencia entre ambos*» (PÉREZ ROYO, 2005, pp. 840-841).

En el caso de las Comunidades Autónomas, Santiago MUÑOZ MACHADO utiliza indistintamente los términos «Consejo Ejecutivo», «Consejo de Gobierno» o «Gobierno» para referirse al órgano superior colegiado que ostenta y ejerce las funciones ejecutiva y administrativa de la respectiva Comunidad Autónoma (MUÑOZ MACHADO, 2007, Tomo II, pp. 72 y ss.).

2) *Estatuto de Autonomía de Andalucía y Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

El Estatuto de Autonomía de Andalucía vigente en el momento de entrada en vigor de la Ley 6/2006, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, contenía los artículos siguientes:

- Artículo 24.1: La Junta de Andalucía es la institución en que se organiza políticamente el autogobierno de la Comunidad Autónoma. La Junta de Andalucía está integrada por el Parlamento, el Consejo de Gobierno y el Presidente de la Junta.
- Artículo 34: El Consejo de Gobierno de Andalucía es el órgano colegiado que ostenta y ejerce las funciones ejecutivas y administrativas de la Junta de Andalucía. El Consejo de Gobierno está integrado por el Presidente y los Consejeros.

Esta organización institucional ha sido incorporada al nuevo Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, cuyo artículo 99 establece que la Junta de Andalucía está integrada por el Parlamento de Andalucía, la Presidencia de la Junta y el Consejo de Gobierno.

En coherencia con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía, el artículo 3 de la Ley 6/2006 define, como hemos visto, al Consejo de Gobierno como «el órgano superior colegiado que ostenta y ejerce las funciones ejecutivas y administrativas de la Junta de Andalucía. A tal fin, le corresponde la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de acuerdo con el Estatuto de Autonomía y con la ley», dedicando el Título II a regular la composición, el estatuto personal de sus miembros y las atribuciones del Consejo de Gobierno.

3) *Estatuto de Autonomía de Extremadura y Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.*

El término «Consejo de Gobierno» no aparece en el primer Estatuto de Autonomía de Extremadura, aprobado por Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, estableciendo el artículo 19 que «La Comunidad Autónoma ejercerá sus poderes a través de la Asamblea de Extremadura, de la Junta de Extremadura y de su Presidente».

Con la reforma del Estatuto de Autonomía, aprobada por Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, se introduce en la norma estatutaria la

denominación «Consejo de Gobierno» en el artículo 34.1, en cuya virtud «*El Presidente de la Junta de Extremadura, previa deliberación del Consejo de Gobierno y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá acordar la disolución de la Asamblea de Extremadura (...)*». Asimismo, el contenido del anterior artículo 19 ha pasado ahora, sin ninguna modificación, al artículo 18.

No obstante, en la legislación ordinaria de Extremadura ya se utilizaba la expresión «Consejo de Gobierno» antes de la citada reforma en 1999 de su Estatuto de Autonomía. Por ejemplo, en la primera Ley del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (Ley 2/1984, de 7 de junio), y en la Ley 5/1985, de 3 de junio, de Incompatibilidades de los miembros del Consejo de Gobierno y Altos Cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Así, en el artículo 1.2 de la Ley 2/1984 se establecía que «*Son órganos de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma:*

— *El Presidente de la Junta.*

— *La Junta de Extremadura, reunida en Consejo de Gobierno.*

— *Los Consejeros.»*

La introducción del término «Consejo de Gobierno» se explicaba de la siguiente manera en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1984:

*«El título II regula a la Junta de Extremadura como órgano de Gobierno y de la Administración y de forma particular su naturaleza, composición, cese, atribuciones y funcionamiento. Dado que en el título preliminar de la Ley se define a la Junta de Extremadura como Institución, se produce una identidad de términos para la denominación de dos figuras distintas: Institución y Órgano. Tal identidad, motivada por exigencias del Estatuto, se ha obviado utilizando la expresión «Junta de Extremadura reunida en Consejo de Gobierno» cuando se hace referencia al Órgano.»*

En la vigente Ley 1/2002, por el contrario, se ha eliminado el término «Consejo de Gobierno» en el artículo 3, en el que se enumeran como órganos de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma el Presidente de la Junta de Extremadura; la Junta de Extremadura; y los Consejeros. Si bien continúa utilizándose esa denominación en el articulado de la citada Ley.

4) *Estatuto de Autonomía de Cataluña y Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno.*

El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, establece en el artículo 2.2 que «*La Generalitat está integrada por el Parlamento, la Presidencia de la Generalitat, el Gobierno y las demás instituciones que establece el Capítulo V, del Título II*», añadiendo el artículo 68.1 que «*El Gobierno es el órgano superior colegiado que dirige la acción política y la Administración de la Generalitat. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con el presente Estatuto y las leyes*». En definitiva, el término «Consejo de Gobierno» no aparece en el Estatuto de Autonomía catalán. Y tampoco es utilizado en la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, la cual emplea con mayor frecuencia el término «Gobierno» y también, si bien sólo en unas pocas ocasiones, el de «Gobierno de la Generalidad».

Finalmente, la Ponencia de las Cortes de Aragón acordó suprimir en el Proyecto de Ley el término «Consejo de Gobierno», de manera que en la nueva Ley 2/2009 ya no aparece dicha expresión.

## **2. Competencias**

El elenco de competencias del Gobierno de Aragón viene recogido en el artículo 12 de la Ley 2/2009. Esto es, las atribuciones del Gobierno, en tanto órgano superior colegiado de la Comunidad Autónoma, se relacionan en el texto legal sólo una vez que previamente ya se han detallado las respectivas competencias de cada uno de los miembros individuales que lo componen: del Presidente en el artículo 4; de los Vicepresidentes en el artículo 8; y de los Consejeros en el artículo 10.

Dicho listado aparece también precedido de la declaración genérica contenida en el apartado 1 del artículo 11, ya mencionada, en cuya virtud «*El Gobierno de Aragón, bajo la dirección de su Presidente, establece la política general y la acción exterior, dirige la Administración autonómica y vela por la defensa de la autonomía aragonesa. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con las leyes*». De esta declaración de la Ley 2/2009, posiblemente inspirada en última instancia en el artículo 97 de la Constitución de 1978, destaca, por un lado, su amplitud si la comparamos con lo previsto en el artículo 53.1 del Esta-

tuto de Autonomía de 2007, que escuetamente se limita a afirmar que *«El Gobierno de Aragón ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria»*; y, por otro, la referencia expresa a la defensa de la autonomía aragonesa, atribución ésta que debe compartir con el Justicia de Aragón, Institución que tiene encomendadas como *«misiones específicas»* la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación, y la defensa del Estatuto de Autonomía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59.1 de la norma institucional básica aragonesa. En este sentido, no se trata de una competencia novedosa, dado que en el artículo 16.3) del derogado Texto Refundido de 2001 ya se atribuía al Gobierno de Aragón la competencia para *«Promover cuantas iniciativas requiera la defensa del Estatuto, sin perjuicio de las competencias de las Cortes de Aragón (...)»*.

Sobre la relación de competencias reconocidas al Gobierno, el Preámbulo de la nueva Ley afirma que *«Otro aspecto sobre el que debe llamarse la atención es la incorporación entre las atribuciones del Gobierno de nuevas competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Aragón como es el caso de las consultas populares, la Administración de Justicia, la acción exterior o la convocatoria de referéndum sobre futuras reformas estatutarias»*.

Ciertamente, entre las novedades más significativas contempladas en el artículo 12 se encuentran las competencias relativas a la genéricamente denominada «acción exterior» de la Comunidad Autónoma, en lógica coherencia con lo dispuesto en los Capítulos III y IV del Título VII del Estatuto de Autonomía de 2007, dedicados a las relaciones con la Unión Europea y a la acción exterior de la Comunidad Autónoma, respectivamente. Así, frente a la única mención contenida en el artículo 16.17) del Texto Refundido de 2001, que atribuía al Gobierno la competencia, que denotaba una posición más bien secundaria, *«Para adoptar las medidas necesarias para la ejecución dentro del propio territorio de los tratados y convenios internacionales y de los actos normativos de las organizaciones internacionales, en cuanto afecten a materias que correspondan a competencias de la Comunidad Autónoma (...)»*, la Ley 2/2009 reconoce un papel mucho más activo a la Comunidad Autónoma en materia de acción exterior, que ejerce por medio del Gobierno de Aragón, asignándole competencias para: solicitar del Gobierno de España la celebración de tratados o convenios internacionales en materias de interés para Aragón

(número 11 del artículo 12); autorizar los acuerdos de colaboración en el ámbito de la Unión Europea y de acción exterior (número 12); designar representantes de la Comunidad Autónoma de Aragón en las delegaciones españolas ante las instituciones y organismos de la Unión Europea que traten asuntos de su competencia o que afecten a los intereses de Aragón (número 22); y designar representantes de la Comunidad Autónoma de Aragón en las delegaciones negociadoras de tratados y convenios internacionales en los asuntos que afecten a las competencias o a los intereses de Aragón (número 23). De esta manera, competencias que en el Estatuto de Autonomía de 2007 genéricamente se atribuyen a la Comunidad Autónoma, ahora la Ley 2/2009 concreta en el Gobierno de Aragón su titularidad, o al menos su ejercicio.

Lo mismo sucede con la competencia establecida en el número 19) del artículo 12. El Estatuto de Autonomía de 2007 prevé en el artículo 72.3 que «(...) para la defensa de los derechos relacionados con el agua contemplados en el artículo 19, la Comunidad Autónoma emitirá un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio (...)». En su día, con motivo de la aprobación por el Gobierno de la nación del Real Decreto-Ley 3/2008, de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona, se suscitó una pequeña polémica sobre qué institución debía emitir dicho informe; en concreto, si correspondía al Gobierno o a las Cortes de Aragón. Por tanto, el artículo 12.19) de la Ley 2/2009, que tiene su origen en la enmienda núm. 18, del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista, resuelve esta cuestión atribuyendo la citada competencia al Gobierno de Aragón, el cual deberá remitir a las Cortes de Aragón el informe elaborado, para conocimiento de éstas.

Asimismo, el número 20) del artículo 12 viene a concretar en el Gobierno de Aragón la titularidad de la competencia reconocida a la Comunidad Autónoma en el artículo 101.3 del Estatuto de Autonomía de 2007 para «Designar sus representantes en los organismos económicos, las instituciones financieras y las empresas públicas del Estado, cuyas competencias se extiendan al territorio aragonés, de acuerdo con la legislación estatal».

Más dudosa es la atribución competencial al Gobierno de Aragón recogida en el número 26) del artículo 12, según la cual le corresponde

«Determinar los límites de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales (...)». A este respecto, el artículo 68.1 del Estatuto de Autonomía de 2007 señala que «Corresponde a la Comunidad Autónoma determinar los límites de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales. La capitalidad de las demarcaciones judiciales se fijará por ley de las Cortes de Aragón». La duda que se plantea es la compatibilidad o no de esta atribución al Gobierno de Aragón con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo apartado 1 establece que «La demarcación judicial, que determinará la circunscripción territorial de los órganos judiciales, se establecerá por ley», añadiendo el apartado 2 que «A tal fin, las Comunidades Autónomas participarán en la organización de la demarcación judicial de sus territorios respectivos, remitiendo al Gobierno, a solicitud de éste, una propuesta de la misma en la que fijarán los partidos judiciales». Quizá habría sido más correcto decir «proponer» en lugar de «determinar», tal y como aparece recogido en el artículo 107 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Finalmente, cabe señalar que prácticamente todas las competencias del Gobierno de Aragón previstas en el artículo 16 del Texto Refundido de 2001 han sido recogidas en la Ley 2/2009, si bien en muchos casos con matizaciones o diferentes redacciones, más o menos acertadas. Las únicas excepciones, lógicas por otra parte, las constituyen los números 27) y 28) del artículo 16 del Texto Refundido ya derogado, relativos a las relaciones de coordinación, dirección y control del Gobierno de Aragón con las Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos, que no aparecen en el artículo 12 de la nueva Ley.

### **3. Funcionamiento**

El Capítulo II del Título IV de la Ley 2/2009 está dedicado al funcionamiento del Gobierno de Aragón. De conformidad con lo expresado en el Preámbulo de la nueva Ley, «Sobre las normas de funcionamiento del Gobierno, destaca la incorporación de medios telemáticos adaptándose a la nueva era tecnológica». Y así, en efecto, el artículo 15.3 dispone que «El Gobierno podrá constituirse y adoptar acuerdos mediante el uso de medios telemáticos», añadiendo el artículo 18.3 que «(...) el Secretario podrá valerse de los medios telemáticos adecuados que garan-

*ticen la identidad de los comunicantes y la autenticidad de los mensajes, informaciones y manifestaciones verbales o escritas transmitidas (...).*».

Sin embargo, el citado artículo 15 contiene una redacción que puede entenderse como defectuosa técnicamente o, al menos, que induce a confusión, pudiendo resultar equívoca, cuando en dicho artículo se habla de «constitución del Gobierno». En efecto, en la rúbrica de este artículo se dice «*constitución y adopción de acuerdos*»; en el apartado 1 se afirma que «*Para la validez de la constitución del Gobierno y sus acuerdos es necesaria (...)*»; y en el apartado 3, como hemos visto, se establece que «*El Gobierno podrá constituirse (...) mediante el uso de medios telemáticos*». Y, asimismo, puede parecer técnicamente incorrecta la redacción de esta norma legal cuando, en el también mencionado apartado 3 del artículo 18, se indica que el Secretario del Gobierno «*(...) verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos para la válida constitución del órgano y para la adopción de sus acuerdos*».

En definitiva, en la nueva Ley 2/2009 puede confundirse la «constitución del Gobierno» con la «celebración de las reuniones del Gobierno» y con la exigencia de un determinado quórum de asistencia de sus miembros para la válida celebración de las reuniones, así como de un concreto quórum de votación para la válida adopción de sus decisiones por el Gobierno, que es a lo que efectivamente se está refiriendo este Capítulo, intitulado «*Funcionamiento del Gobierno de Aragón*». Se está hablando, en realidad, de un quórum de asistencia (y de un quórum de votación).

En puridad, el Gobierno de Aragón queda constituido cuando toman posesión el Vicepresidente o Vicepresidentes y los Consejeros, una vez nombrados por el Presidente; esto es, el Gobierno no se constituye tantas veces como reuniones celebra, sino una única vez, cuando tiene lugar su primera reunión.

En este sentido, parece más correcta técnicamente la redacción contenida en el artículo 28 de la Ley catalana 13/2008, rubricado «*Reuniones*», y con el que se inicia el Capítulo de la Ley dedicado al funcionamiento del Gobierno, cuando establece que «*El Gobierno se reúne convocado por el presidente o presidenta de la Generalidad. La convocatoria debe acompañarse del orden del día de la reunión*» (apartado 1), añadiendo que «*Para que las deliberaciones y decisiones del Gobierno sean válidas, es preciso que estén presentes el presidente o presidenta*

*de la Generalidad, o quien lo supla, y por lo menos la mitad de los consejeros» (apartado 2).*

Y también puede estimarse más acertada, aunque utilizara el término «se constituyan», la redacción establecida en el artículo 42.1.b) del derogado Texto Refundido de 2001, en cuya virtud *«Para que se constituyan válidamente las reuniones del Gobierno, se precisará la asistencia del Presidente, o de quien le sustituya, y de la mitad, al menos, de los Consejeros»*. Al menos quedaba claro con dicha redacción que lo que se constituía no era el Gobierno como tal, sino la concreta reunión a celebrar por éste.

Asimismo, también puede estimarse incorrecto el término «acuerdos» utilizado en los artículos 15 y 18 de la Ley 2/2009. De conformidad con lo establecido en el artículo 19 de esta misma Ley, debía haberse empleado la palabra «decisiones» del Gobierno, en la que se incluyen tanto los decretos como los acuerdos, propiamente dichos, adoptados por éste.

Por otro lado, en el apartado 1 del artículo 15 se establece, como hemos visto, el quórum de asistencia necesario para la validez tanto de la celebración de sus reuniones por el Gobierno como de la adopción de sus decisiones, exigiendo *«(...) la presencia del Presidente y el Secretario, o quienes les sustituyan, y la mitad de sus miembros»*. Esta última expresión puede resultar equívoca: ¿se refiere a la mitad de sus miembros incluidos el Presidente y el Secretario, o excluidos éstos? Quizá la redacción habría sido más clara a estos efectos si hubiera dicho, por ejemplo, *«(...) y de la mitad, al menos, del resto de sus miembros»*. Nuevamente, debe decirse que en este punto era más correcta la redacción contenida en el ya transcrito artículo 42.1.b) del derogado Texto Refundido de 2001.

También se echa en falta en este Capítulo de la Ley 2/2009, dada su relevancia, una referencia más detallada a las actas de las reuniones del Gobierno, en el que se expresara su contenido mínimo: tiempo y lugar de su celebración, relación de asistentes, decisiones adoptadas e informes presentados. Así se contiene, por ejemplo, en los artículos 18.3 de la Ley 50/1997; 30.3 de la Ley 6/2006, de Andalucía; y 25.3 de la Ley 1/2002, de Extremadura. En cambio, en la nueva Ley aragonesa se hace sólo una referencia más bien indirecta a las actas de las reuniones en el artículo 18, relativo a la Secretaría del Gobierno.

Finalmente, en el apartado 3 del artículo 18 se indica que *«(...) En la celebración de las reuniones en las que no estén presentes en el mismo*

*lugar quienes integran el Gobierno, el Secretario hará constar esta circunstancia en el acta (...)*». Se trata de una redacción que puede entrar en contradicción con el artículo 17, en el cual se prevé la posibilidad de la asistencia a las reuniones del Gobierno de personas distintas a los miembros de éste; en concreto, altos cargos, empleados públicos de la Administración y expertos. Por ello, podría haberse dicho «*todos los asistentes*» en lugar de «*quienes integran el Gobierno*».

#### **4. Gobierno en funciones**

Como se ha podido comprobar recientemente en la Comunidad Autónoma Vasca, la cuestión de la regulación jurídica de un Gobierno en funciones no es un tema menor, o de importancia residual. Es, por el contrario, una materia relevante en la determinación del régimen jurídico aplicable a un Gobierno. Parece lógico, desde el punto de vista de la legitimidad democrática, que quieran imponerse ciertas limitaciones al ejercicio del poder por un Gobierno cesante. La justificación de tales posibles limitaciones es evidente: el Gobierno en funciones es un Gobierno interino, una suerte de Gobierno provisional, a la espera de la elección por las Cortes de un nuevo Presidente y la formación de un nuevo Gobierno, que gocen de la confianza parlamentaria.

En la nueva Ley 2/2009 se dedica el artículo 21 a esta materia, señalando su apartado 2 que «*El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno, así como el traspaso de poderes, y continuará ejerciendo sus funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno*». Regulación que se completa con lo dispuesto en el artículo 6.4, relativo al Presidente en funciones, en el que se establece que éste no podrá ejercer las siguientes facultades: a) Designar y separar a los miembros del Gobierno; b) Crear, modificar o suprimir los Departamentos; c) Disolver las Cortes; d) Plantear la cuestión de confianza.

Es correcta, sin duda, la referencia a la obligación del Gobierno en funciones de facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes. Es lo propio de un sistema democrático consolidado, fundamentado en un esencial principio de lealtad institucional. Sin embargo, no parece tan acertado el último inciso del artículo 21.2 de la Ley 2/2009, cuando se limita a indicar que el Gobierno

cesante «*continuará ejerciendo sus funciones*», sin más limitaciones, en principio, que las previstas en el artículo 6.4.

Se trata de una regulación excesivamente generosa para el Gobierno en funciones, y más bien peligrosa para el Gobierno entrante, sobre todo en situaciones de fuerte enfrentamiento partidista, pues éste al tomar posesión de sus cargos puede encontrarse con un conjunto de decisiones absolutamente contrarias a su programa electoral, o al programa de investidura, o que, conlleven, simplemente, comprometer importantes cantidades del presupuesto de la Comunidad Autónoma, reduciendo así su margen de actuación al inicio del mandato. Decisiones que, con base en el artículo 21.2 de la Ley 2/2009 serían, en principio, vinculantes jurídicamente para el Gobierno entrante, el cual no tendría más remedio para poder anularlas que acudir a las vías de revisión de los actos administrativos previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por ello, puede considerarse necesario que la norma legal reguladora del régimen jurídico del Gobierno sea más explícita en la determinación de concretas limitaciones y exclusiones en el ejercicio de sus competencias cuando se trate de un Gobierno en funciones. En este sentido, tanto en el artículo 21.3 de la Ley 50/1997, del Gobierno de España, como en los artículos 27.1 de la Ley catalana 13/2008; 37.3 de la Ley andaluza 6/2006; y 22.1 de la Ley 1/2002, de Extremadura, se incluye una referencia expresa a que el Gobierno en funciones limitará su gestión «*al despacho ordinario de los asuntos públicos de su competencia, absteniéndose de adoptar cualesquiera otra medidas, salvo razones de urgencia o de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique*». Se trata, ciertamente, de limitaciones fundamentadas en conceptos jurídicos indeterminados pero que, en definitiva, constriñen la libertad de acción del Gobierno en funciones.

Y también, expresamente, suele disponerse que el Gobierno cesante no podrá: a) Aprobar el proyecto de ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma; b) Presentar proyectos de ley a las Cortes; c) Dictar Decretos Legislativos. Así viene establecido en los artículos 21.5 de la Ley 50/1997; 37.5 de la Ley 6/2006, de Andalucía; y 27 de la Ley 13/2008, de Cataluña. Por su parte, el artículo 22.2 de la Ley 1/2002, de Extremadura, contiene aún más limitaciones que las tres citadas, no pudiendo la Junta de Extremadura, por ejemplo, solicitar a la Asamblea de Extre-

madura que se reúna en sesión extraordinaria; aprobar y autorizar convenios de colaboración y acuerdos de cooperación con el Estado y demás Administraciones Públicas; nombrar y separar los altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma; ni crear Comisiones Delegadas del Consejo de Gobierno.

## 5. Comisiones Delegadas del Gobierno

Fuera de cualquier lógica sistemática, la Ley 2/2009 dedica todo un Título, el V, a un único artículo, el 22, relativo a las Comisiones Delegadas del Gobierno. Habría sido más correcto ubicarlo en el Título IV, intitulado «El Gobierno de Aragón», como un Capítulo específico si se prefiriere, e inmediatamente anterior al Capítulo relativo al Gobierno en funciones. En este sentido, en el hasta ahora vigente Texto Refundido de 2001, las Comisiones Delegadas del Gobierno estaban reguladas en el artículo 17, dentro del Título II, también rubricado «Del Gobierno de Aragón».

Sin duda, de las atribuciones que corresponden a las Comisiones Delegadas del Gobierno en la nueva Ley 2/2009, la más destacada es la prevista en la letra c) del apartado 2 del citado artículo 22: «*Dictar disposiciones de carácter general, de acuerdo con lo previsto en la presente ley*», reconocida asimismo en los artículos 43.3 y 44.2.2<sup>o</sup> de la nueva Ley.

Se trata de una facultad atribuida por vez primera en la normativa aragonesa, dado que hasta ahora las Comisiones Delegadas del Gobierno eran consideradas simples «órganos de trabajo de carácter interno», según la definición contenida en el derogado Texto Refundido de 2001.

Sin embargo, debe señalarse que esta facultad de dictar disposiciones de carácter general no está prevista en las leyes autonómicas más recientemente aprobadas ni en la ley estatal sobre el Gobierno. Así, la Ley 50/1997 sólo contempla como reglamentos las disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros y las disposiciones aprobadas por Orden Ministerial (artículo 23.3), pudiendo las Comisiones Delegadas del Gobierno únicamente adoptar acuerdos. Tampoco la Ley 13/2008, de Cataluña; la Ley 6/2006, de Andalucía; ni la Ley 1/2002, de Extremadura, contienen un precepto similar al ahora aprobado con la nueva Ley 2/2009.

En la actualidad, son cuatro las Comisiones Delegadas creadas por el Gobierno de Aragón: a) Comisión Delegada del Gobierno para la Política Territorial, creada por Decreto 101/1999, de 3 de septiembre (modificado por los Decretos 51/2002, de 19 de febrero; y 228/2007, de 18 de septiembre); b) Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, creada por Decreto 239/2003, de 16 de septiembre; c) Comisión Delegada del Gobierno «Aragón 2008», creada por Decreto 2/2005, de 11 de enero (modificado por el Decreto 277/2007, de 6 de noviembre); y d) Comisión Delegada del Gobierno para asuntos relacionados con la Sociedad de la Información, creada por Decreto 318/2007, de 18 de diciembre.

## **VI. ÓRGANOS DE COLABORACIÓN Y APOYO AL GOBIERNO**

La Ley 2/2009 dedica el Título VI a los que denomina «órganos de colaboración y apoyo al Gobierno». La principal duda que suscita el contenido de este Título se refiere a los artículos 24, 26 y 27, relativos a los Delegados Territoriales del Gobierno de Aragón, la delegación del Gobierno en Madrid y la delegación del Gobierno ante la Unión Europea, respectivamente. En concreto, la cuestión que cabe plantear es si tales Delegaciones del Gobierno pueden ser consideradas realmente «órganos de colaboración y apoyo al Gobierno», como se afirma en la nueva Ley o, por el contrario, son órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Analizada la legislación comparada que se viene utilizando en el presente artículo, se observa lo siguiente:

- En la Ley 50/1997, reguladora del Gobierno de la Nación, se incluye como órganos de colaboración y apoyo del Gobierno a:
  - los Secretarios de Estado
  - la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios
  - el Secretariado del Gobierno
  - los Gabinetes
- La Ley 13/2008, de Cataluña, limita los órganos de asistencia y apoyo al Gobierno a:

- la Secretaría del Gobierno
- el Consejo Técnico del Gobierno

si bien en un Capítulo dedicado a la organización del Gobierno alude a los Departamentos, los comisionados y los delegados territoriales del Gobierno

- La Ley 6/2006, de Andalucía, no contiene ningún Capítulo ni Título similar al Título VI del Proyecto de Ley aragonesa, si bien sí regula en el artículo 36 la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras
- La Ley 1/2002, de Extremadura, prevé como órganos de apoyo y colaboración de la Junta de Extremadura a:
  - la Comisión de Secretarios Generales
  - los Gabinetes

Es decir, órganos similares a los Delegados Territoriales del Gobierno de Aragón, la Delegación del Gobierno en Madrid y la Delegación del Gobierno ante la Unión Europea, existentes tanto en la Administración General del Estado como en las tres citadas Comunidades Autónomas, no se incluyen en ningún caso como «órganos de colaboración y apoyo al Gobierno».

Por el contrario, los Delegados Territoriales del Gobierno de Aragón inequívocamente forman parte de la Administración de la Comunidad Autónoma, son órganos de ésta, estando integrados en la llamada «organización territorial» de dicha Administración. Así aparecen regulados en el Capítulo III del Título II (rubricado «De la organización administrativa»), artículos 21 a 23, del vigente Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio. También, en este sentido, en el ahora derogado Texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón, de 2001, los Delegados Territoriales del Gobierno de Aragón estaban regulados en el artículo 18, dentro del Título II, intitulado «Del Gobierno de Aragón», sin tener, por tanto, ese carácter de «órganos de colaboración y apoyo al Gobierno».

La delegación del Gobierno ante la Unión Europea está prevista en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, cuyo artículo 92.2 dis-

pone que «*La Comunidad Autónoma de Aragón establecerá una delegación para la presentación, defensa y promoción de sus intereses ante las instituciones y órganos de la Unión Europea*». Por tanto, no es un mero órgano de colaboración y apoyo al Gobierno, sino un órgano de la Comunidad Autónoma, integrado en su Administración, y de *relevancia estatutaria*.

Y con relación a la delegación del Gobierno en Madrid, aunque nada dice de ella el Estatuto de Autonomía, es clara la similitud de este órgano con el anterior. Dada su vocación de permanencia (han transcurrido varias Legislaturas desde su creación), puede entenderse asimilado a un órgano de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Se trata, en definitiva, de órganos administrativos y, en cuanto tales, deberían estar previstos y regulados en la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, pero no en la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón.

Respecto de los otros órganos regulados en la Ley 2/2009, cuya caracterización como de colaboración y apoyo al Gobierno ninguna duda plantea, esto es, la Comisión de Viceconsejeros y Secretarios Generales Técnicos y los Gabinetes, procede realizar varios comentarios.

Sobre la Comisión de Viceconsejeros y Secretarios Generales Técnicos, regulada en el artículo 23 de la Ley 2/2009, su antecedente remoto se encuentra en el Decreto 164/1993, de 19 de octubre, por el que se crea la Comisión de Coordinación Administrativa de la Diputación General de Aragón, derogado por el Decreto 35/2004, de 24 de febrero, y en el que se modifica la regulación de dicha Comisión. Por su parte, en el artículo 42.2 del derogado Texto Refundido de 2001, se preveía la existencia de una Comisión de Secretarios Generales Técnicos o de Viceconsejeros, presidida por el Vicepresidente, configurada como un órgano de preparación de las reuniones del Gobierno de Aragón. Aunque el Preámbulo de la Ley 2/2009 afirma que «*se refuerza*» esta Comisión, apenas existen en la nueva Ley variaciones significativas o relevantes que justifiquen tal declaración, más allá de su correcta ubicación sistemática en el Capítulo de la Ley dedicado a los órganos de colaboración y apoyo al Gobierno.

En cuanto a los Gabinetes, en el Preámbulo de la nueva Ley aparecen citados también como una de las novedades introducidas en esta Ley,

«en su consideración de órganos de apoyo político y técnico del Presidente, Vicepresidentes y Consejeros, reconociéndose su imprescindible labor en apoyo de la acción política del Gobierno», estando regulados en el artículo 25 de la Ley 2/2009. Ciertamente, es una novedad su inclusión en la Ley dedicada al Presidente y al Gobierno de Aragón, pero no en el ordenamiento jurídico aragonés pues hasta la fecha su régimen jurídico venía establecido en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, que cabe entender ahora tácitamente derogado. Sin duda, se trata de una modificación acertada de su «ubicación normativa», dado que los Gabinetes no pueden ser considerados, estrictamente, como órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma, sino órganos de apoyo político a los miembros del Gobierno, como señala el Preámbulo. Por tanto, hasta la nueva Ley 2/2009, respecto de los Gabinetes se producía la misma situación que la criticada con relación a los Delegados Territoriales del Gobierno de Aragón, la Delegación del Gobierno en Madrid y la Delegación del Gobierno ante la Unión Europea, pero a la inversa: estaban «ubicados» en la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma, cuando la norma legal por la que propiamente debían regirse era la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón.

Por otro lado, y fruto de una transacción alcanzada en la Ponencia con motivo de las enmiendas números 36 y 37, presentadas por los Grupos Parlamentarios Popular y Chunta Aragonesista, respectivamente, se introdujo en el artículo 25 de la Ley 2/1999 el apartado 5, en cuya virtud «El nombramiento y cese de los Directores, Jefes y demás miembros de los Gabinetes, así como del resto de órganos de asistencia y apoyo previstos en el apartado 2 del presente artículo, serán objeto de publicación en el Boletín Oficial de Aragón»; estos otros órganos de asistencia y apoyo a que se refiere el apartado 2 del artículo 25 son los de relación con los medios de comunicación, la portavocía del Gobierno, el protocolo institucional y la representación exterior. Se trata, indudablemente, de una medida importante que puede hacer posible lograr una mayor transparencia en una materia ciertamente controvertida.

## VII. ESTATUTO PERSONAL DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

### 1. Requisitos y sustitución

El artículo 28 de la Ley 2/2009 establece unos determinados requisitos para ser miembro del Gobierno, prácticamente idénticos a los previstos en el artículo 11 de la Ley 50/1997, del Gobierno de España. La única diferencia radica en el requisito específico exigido al Presidente de Aragón: debe ostentar la condición de Diputado de las Cortes de Aragón, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.1 del Estatuto de Autonomía de 2007: «*El Presidente de Aragón es elegido por las Cortes de Aragón, de entre sus diputados y diputadas (...)*». Requisito éste no previsto en la Constitución de 1978, la cual no exige expresamente que el Presidente del Gobierno de la Nación sea miembro del Congreso de los Diputados.

La nueva Ley regula en el artículo 29 la denominada sustitución de los miembros del Gobierno. Como ya se ha indicado al analizar la regulación del Presidente de Aragón, la legislación comparada utilizada en el presente trabajo, y ya citada, distingue entre sustitución y suplencia. El término «*sustitución*» se reserva para los supuestos en que el titular del cargo ha cesado, por lo que el puesto está provisionalmente vacante, a la espera del nombramiento de un nuevo titular. Por el contrario, el término «*suplencia*» está previsto para los casos en que el titular del cargo está ausente, enfermo o afectado por otro impedimento temporal para el desempeño del puesto. Por tanto, cabe reiterar que, dada su trascendencia institucional, la sustitución del Presidente, con motivo de su cese, debería estar regulada en el Título I, a él dedicado, reservando el artículo 29 a los supuestos de ausencia, enfermedad u otro impedimento personal, tanto del Presidente como del resto de miembros del Gobierno; e insistir en que sólo debería ser considerado Presidente en funciones el miembro del Gobierno que sustituyera al Presidente cesado.

### 2. Fuero procesal

El artículo 55 del Estatuto de Autonomía de 2007 sólo contempla el fuero procesal *penal* de los miembros del Gobierno de Aragón. Y lo mismo sucedía en el derogado Texto Refundido de 2001, en los artículos 6 y 23, relativos al fuero procesal del Presidente y de los Consejeros, respectivamente.

El artículo 30 de la Ley 2/2009 incluye también, en el apartado 3, una referencia expresa al fuero procesal *civil*, en virtud del cual *«La responsabilidad civil de los miembros del Gobierno, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.»*

El conocimiento de las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo por los miembros de un Gobierno autonómico únicamente corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo *«cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía»*, según establece el artículo 56.3º de la vigente Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Dado que el artículo 55 del Estatuto de Autonomía de Aragón, como se ha indicado, se limita a regular la responsabilidad penal, la civil es exigible ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Así lo dispone el artículo 73.2.a) de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuya virtud la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá *«En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma y contra los miembros de la Asamblea legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo»*.

El fuero procesal civil de los miembros del Gobierno también viene regulado expresamente en el artículo 9.3 de la Ley 1/2002, de Extremadura, el cual está referido en concreto al Presidente autonómico, en el que se establece que *«La responsabilidad civil por hechos relativos a su función será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura»*; respecto del fuero procesal civil del Vicepresidente o Vicepresidentes y de los Consejeros, el artículo 35 de la Ley citada Ley 1/2002 contiene idéntica previsión. También se refiere la Ley 6/2006, de Andalucía, a la responsabilidad civil del Presidente (en el artículo 17) y de los demás miembros del Gobierno (en el artículo 26.2).

### **3. Incompatibilidades**

La cuestión del régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y, por extensión, de los restantes altos cargos de la Adminis-

tración de la Comunidad Autónoma, es siempre una materia rodeada de cierta polémica. De hecho, el Capítulo de la nueva Ley dedicado a las incompatibilidades, junto con las referencias a esta materia contenidas en las disposiciones de la parte final y en la Exposición de Motivos, fue, con diferencia, el más enmendado por los Grupos Parlamentarios, habiendo recibido un total de 43 enmiendas, sobre las 94 presentadas.

En este sentido, se afirma en el Preámbulo de la Ley 2/2009 que *«Merece una especial atención dentro de la regulación del Estatuto personal de los miembros del Gobierno las disposiciones relativas a las incompatibilidades, que mejoran claramente la anterior regulación introduciendo nuevas exigencias con el fin de evitar conflictos de intereses en el ejercicio de su función (...). El objetivo de estas mayores exigencias sobre incompatibilidades a los miembros del Gobierno es contribuir a una mayor transparencia, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de su función ejecutiva»*.

Previamente al análisis de algunas cuestiones contenidas en la nueva regulación legal, cabe suscitar la duda sobre la conveniencia de incluir el régimen de incompatibilidades precisamente en la Ley que establece el régimen jurídico del Presidente y del Gobierno. O, por el contrario, si es preferible que esta materia sea objeto de una Ley específica, dado que además de a los miembros del Gobierno, su ámbito de aplicación se extiende también a los restantes altos cargos de la Administración y de las entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma.

Si atendemos a la legislación más reciente, la solución es inequívoca. En el ámbito del Gobierno de la Nación se ha aprobado la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (habiéndose publicado recientemente el Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la citada Ley 5/2006); en Cataluña rige la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad; y en Andalucía está en vigor la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos. También en Galicia se ha aprobado la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración Pública gallega.

Una segunda cuestión de posible debate previo es la extensión del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de incompatibilidades. Esto es, además de a los miembros del Gobierno (Presidente, Vicepresidentes y Consejeros), ¿a qué otros cargos públicos debe aplicarse dicha regulación? La Ley 2/2009, en la disposición adicional quinta, amplía la aplicación del régimen de incompatibilidades a los altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma, considerando como tales a sus efectos: a) Los Viceconsejeros, Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y asimilados a ellos; b) Los Delegados Territoriales del Gobierno de Aragón.

Frente a tan escueta relación, cabe referirse a dos Leyes también recientes, de entre las anteriormente citadas. La primera, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, cuyo artículo 3.2 dispone que se consideran altos cargos: *«a) Los miembros del Gobierno. b) Los secretarios de estado. c) Los subsecretarios y asimilados; los secretarios generales; los delegados del Gobierno en las comunidades autónomas, en Ceuta y Melilla; los delegados del Gobierno en entidades de derecho público; y los jefes de misión diplomática permanente; así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales. d) Los directores generales de la Administración General del Estado y asimilados. e) El director general del Ente Público Radiotelevisión Española; los presidentes, los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados en entidades de derecho público del sector público estatal vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los presidentes y directores con rango de director general de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. f) El presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y los vocales del mismo. g) El presidente y los directores generales del Instituto de Crédito Oficial. h) Los presidentes y consejeros delegados de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal, o que sin llegar a ser mayoritaria, la posición de la Administración General del Estado sea dominante en el consejo de administración, cuando sean designados previo acuerdo del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno. i) Los miembros de los Gabinetes de la Presidencia del Gobierno y de las Vicepresidencias nombrados por el Consejo de Ministros y los*

directores de los Gabinetes de los Ministros. j) Los presidentes, los directores y gerentes de las fundaciones públicas estatales siempre que perciban retribuciones por el desempeño de estos cargos, así como los titulares de aquellos otros órganos a los que sus Estatutos les atribuyan tal condición. k) El presidente y los vocales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la Comisión Nacional de Energía, el presidente, los consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador y de supervisión. l) Los directores, directores ejecutivos, secretarios generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión. m) Asimismo, los titulares de cualquier otro puesto de trabajo de la Administración General del Estado, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros.»

Y, la segunda, la Ley catalana 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad, que señala en el artículo 2 que tienen la consideración de altos cargos: «a) El presidente o presidenta y los demás miembros del Gobierno. b) Los titulares de la Secretaría del Gobierno, de las secretarías generales, de las secretarías generales adjuntas y de las secretarías sectoriales. c) El interventor o interventora general y el director o directora del Gabinete Jurídico de la Generalidad. d) Los directores generales, los directores de servicios y los delegados territoriales del Gobierno. e) Los comisionados nombrados por el Gobierno y los asesores especiales del presidente o presidenta de la Generalidad y de los miembros del Gobierno con rango igual o superior a director o directora general, de acuerdo con lo que establece el nombramiento publicado en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya. f) El jefe o jefa de la oposición, si percibe las retribuciones a cargo del presupuesto de la Generalidad. g) El presidente o presidenta de la Comisión Jurídica Asesora, el presidente o presidenta y los vocales del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y el presidente o presidenta y el secretario ejecutivo o secretaria ejecutiva del Consejo de Trabajo, Económico y Social. h) El director o directora gerente del Instituto Catalán de la Salud y los titulares de las direcciones que dependen del mismo, el director o directora del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales y el director o directora del Servicio Catalán de la Salud. i) El director o directora general del ente público Corporación Catalana de Radio y Televisión y los directores de las empresas que

*dependen de la misma. j) Los presidentes, directores generales, directores ejecutivos y gerentes de los organismos autónomos de carácter administrativo de la Generalidad con rango igual o superior a director o directora general. k) Los presidentes, directores generales, directores ejecutivos, gerentes y consejeros delegados de las entidades autónomas y de las empresas de la Generalidad incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto de la empresa pública catalana. l) Los presidentes, patronos, directores, gerentes y apoderados de las fundaciones y los consorcios en los que la Administración de la Generalidad, directa o indirectamente, participe o a los que aporte más del 50% del capital o del patrimonio, si perciben una retribución fija y periódica a cargo de la Generalidad de nivel retributivo asimilable a alguno de los cargos a los que se refieren las letras de la a) a la k). m) Cualquier otro cargo que, por su norma de creación o por nombramiento del Gobierno, sea asimilado a alguno de los cargos a los que se refiere el presente artículo».*

Dos son las materias respecto de las cuales la concreta regulación contenida en la nueva Ley presenta dudas mayores, o de un alcance más relevante: el registro de los bienes y actividades de los miembros del Gobierno, y la compatibilidad de la condición de miembro del Gobierno con la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma en toda clase de organismos y empresas del sector público de Aragón.

En cuanto a la primera, el artículo 32 de la Ley 2/2009 establece que los miembros del Gobierno formularán una declaración patrimonial y de cualquier actividad que le produzca ingresos (en la rúbrica se dice «*actividades económicas*») ante la Mesa de las Cortes de Aragón, citándose en el apartado 2 «el registro de los bienes y actividades de los miembros del Gobierno», en el que se inscribirían las declaraciones efectuadas por éstos ante la Mesa de las Cortes.

Ciertamente, la declaración de actividades debería ser más amplia, no limitada exclusivamente a aquéllas que puedan producir ingresos, sino a cualquier actividad que el declarante ejerza, precisamente para poder determinar si con el desempeño de una concreta actividad incurre en causa de incompatibilidad o en una situación de conflicto de intereses.

Más importante, sin embargo, es la referencia que se contiene en el apartado 2 del artículo 32 a un «registro de los bienes y actividades de los miembros del Gobierno». Con esta redacción, viene a darse a enten-

der la existencia de tal registro, dependiente de la Mesa de las Cortes; Registro que, en la actualidad, y como tal, no existe. El Reglamento de las Cortes de Aragón únicamente regula, en los artículos 18 y 19, el denominado «Registro de Intereses», en el que se inscribirán exclusivamente las declaraciones sobre actividades y bienes patrimoniales de los Diputados de las Cortes; por ello, sólo se anotarán las declaraciones de aquellos miembros del Gobierno que también ostenten la condición de Diputados autonómicos, si bien dichas declaraciones las presentan en su condición de Diputados, exclusivamente, no de miembros del Gobierno.

Nos encontramos en la actualidad, por tanto, ante un vacío legal, arrastrado del ya derogado Texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón, de 2001. En éste, por un lado, los artículos 5.2 y 22.3 imponían la obligación del Presidente y de los demás miembros del Gobierno, respectivamente, de formular declaración ante la Mesa de las Cortes de Aragón sobre sus bienes y actividades. Y, por otro, el artículo 34.2 de dicha Ley mencionaba la existencia de un Registro específico, que se custodiaría en la Presidencia del Gobierno, y en el que se inscribirían las declaraciones de bienes y actividades de los altos cargos de la Administración autonómica que no fueran miembros del Gobierno. Así, la vigente Resolución de 22 de septiembre de 2003, de la Secretaría General Técnica de la Presidencia, por la que se aprueban los modelos para efectuar tales declaraciones, limita su ámbito de aplicación a los Viceconsejeros, Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y asimilados a ellos.

En el Preámbulo de la Ley 2/2009 se reconoce también la subsistencia de esta regulación diferenciada de los dos registros, al establecer en su párrafo decimosegundo que los miembros del Gobierno deberán realizar su declaración «... en un registro ante la Mesa de las Cortes por entender que el control de la acción del Gobierno de modo principal debe corresponder al poder legislativo (...);» mientras que en el párrafo decimosexto señala, respecto de los altos cargos de la Administración autonómica, que «... la declaración patrimonial y de actividades se inscribirá en un registro ante el propio Gobierno». Así, este segundo registro se contempla expresamente en el apartado 1.b) de la disposición adicional quinta de la nueva Ley.

Un último comentario acerca del acceso al registro de los bienes y actividades de los miembros del Gobierno. Señala el artículo 32.2 *in fine* que este registro «garantizará la protección de los datos de carácter per-

*sonal de acuerdo con la ley, tendrá carácter reservado y el acceso al mismo se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de las Cortes*». Se trata, ciertamente, de una regulación restrictiva, que plantea además la duda del significado real de la referencia al Reglamento de las Cortes de Aragón: dado que en la norma parlamentaria no está previsto el citado registro, ¿cuál es la regulación concreta aplicable con relación a su acceso? ¿Se está pensando en el artículo 12 del Reglamento de las Cortes, relativo al derecho del Diputado a solicitar información y documentación de otras instituciones? En ese caso, sólo los parlamentarios podrían acceder al registro; nadie más, en principio.

La regulación contenida en otras Leyes es mucho más abierta. Así, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, distingue en el artículo 14 entre el Registro de Actividades, que tendrá carácter público (si bien sujeto a la legislación de protección de datos de carácter personal y al artículo 37 de la Ley 30/1992), y el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales, el cual tendrá carácter reservado, pudiendo acceder al mismo, además del propio interesado, el Congreso de los Diputados y el Senado (incluidas las comisiones de investigación), los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal. Asimismo, en el apartado 2 de este artículo se establece que el contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado se publicará en el Boletín Oficial del Estado, en los términos previstos reglamentariamente. Por otro lado, el órgano responsable de la llevanza y gestión de ambos Registros es la Oficina de Conflictos de Intereses, adscrita orgánicamente al Ministerio de Administraciones Públicas.

Muy similar es el acceso al Registro de Actividades y al de Bienes Patrimoniales y de Intereses regulados en la Ley catalana 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad, que prevé además una declaración denominada complementaria, en la que se hacen constar los cónyuges o convivientes y los demás familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que ocupan puestos en la Administración de la Generalidad o en las entidades a las que se refiere el anteriormente citado artículo 2. Los mencionados Registros se adscriben al departamento competente en materia de función pública (artículos 12 y 14).

Por su parte, completamente abierta en esta materia es la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, que establece, por un lado, que el Registro de Actividades, Bienes e Intereses será público; y, por otro, que el contenido de las declaraciones inscritas en el citado Registro se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y estará disponible en internet (artículo 14).

Respecto de la segunda materia señalada, el artículo 34.1.c) de la Ley 2/2009 establece la compatibilidad de la condición de miembro del Gobierno con la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma «(...) en los consejos de dirección y administración de organismos públicos y empresas integrantes del sector público de Aragón (...)». Esta redacción suscita varias dudas.

En primer lugar, el tenor literal de este precepto excluye de la citada compatibilidad a las entidades mencionadas en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, y distintas de los organismos autónomos, entidades de derecho público y empresas públicas, expresamente mencionados en la Ley 2/2009: esto es, los consorcios, asociaciones, fundaciones privadas de iniciativa pública y demás entidades con personalidad jurídica propia, en los que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En segundo lugar, se plantea la duda de a qué se está refiriendo exactamente cuando se habla de «sector público de Aragón», pudiendo formularse dos opciones: en un sentido restringido, sería el sector público propio de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 71.32<sup>º</sup> del Estatuto de Autonomía de Aragón); pero en un sentido amplio, que es el utilizado por la Ley 10/2001, de 18 de junio, de creación de la Cámara de Cuentas de Aragón, abarcaría todo el sector público del conjunto de las Administraciones Públicas de Aragón (autonómica, local y Universidad pública). Quizá habría sido más correcto decir «sector público de la Comunidad Autónoma».

Y, en tercer lugar, la redacción dada a la letra c) limita la participación de los miembros del Gobierno a las entidades pertenecientes al sector público autonómico. Pero excluye, al no prever expresamente la com-

patibilidad, una posible presencia en otros organismos, empresas o entidades en los que la Administración autonómica sí participa pero que, al hacerlo de forma no mayoritaria o minoritaria, no están integrados en el sector público de la Comunidad Autónoma. Sería el caso, por ejemplo, de la empresa Aramón, Montañas de Aragón, S.A.

Finalmente, el apartado 2 del artículo 34 autoriza a los miembros del Gobierno «(...) percibir, por los indicados cargos o actividades compatibles, las dietas, indemnizaciones o asistencias que les puedan corresponder». Contrasta esta autorización con la prohibición expresa respecto de las dietas contenida en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, cuyo artículo 9, párrafo tercero, dispone que «En los supuestos previstos en los párrafos anteriores (determinadas actividades públicas muy similares a las contempladas en la Ley 2/2009), los altos cargos no podrán percibir remuneración alguna con excepción de las indemnizaciones por gastos de viaje, estancias y traslados que les correspondan de acuerdo con la normativa vigente (...)».

Para concluir esta materia, cabe referirse a la enmienda núm. 70, presentada por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista, por la que se proponía incluir un nuevo Título VII bis mediante el cual se introducía un Código de Buen Gobierno para los miembros del Gobierno de Aragón y los altos cargos de la Administración y de las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma, siguiendo el ejemplo del Gobierno de la Nación cuyo Código de Buen Gobierno fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, y publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 56, de 7 de marzo. Finalmente, la enmienda no fue aprobada.

## VIII. CAPACIDAD NORMATIVA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN

La Ley 2/2009 regula en sendos Capítulos del Título VIII la iniciativa legislativa del Gobierno (los proyectos de ley); las normas con rango de ley que dicta el Gobierno (Decretos-leyes y Decretos Legislativos); y la potestad reglamentaria.

Afirma el Preámbulo de la nueva Ley que «Otra mejora importante en la regulación del Gobierno de Aragón es la de su capacidad norma-

*tiva. Se perfeccionan en general los procedimientos de elaboración de proyectos de ley teniendo en cuenta la experiencia adquirida, y se introducen los procedimientos de elaboración de los Decretos-leyes (...)*». Parece conveniente, por ello, mencionar, aunque sea de manera concisa y esquemática, las diferentes fases del procedimiento de elaboración de los proyectos legislativos, y los informes, dictámenes o memorias requeridos con carácter previo a su aprobación, contemplados tanto en la nueva Ley aragonesa como en el ya derogado Texto Refundido de 2002, así como en las Leyes del Estado y de otras Comunidades Autónomas sobre esta misma materia, que vienen utilizándose en el presente trabajo.

El artículo 37 de la Ley 2/2009 establece respecto de la elaboración de los anteproyectos de ley la obligatoriedad de los siguientes informes y dictámenes:

- exposición de motivos
- memoria sobre los efectos económicos
- informe de la Secretaría General Técnica de los Departamentos afectados
- informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos
- otros informes o dictámenes que tengan carácter preceptivo

Asimismo, prevé que en el caso del, por esta Ley denominado, «Derecho foral civil aragonés», los anteproyectos de ley podrán ser elaborados por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (como efectivamente ha sucedido hasta la fecha); también señala que se tendrán en cuenta los criterios de correcta técnica normativa que sean aprobados por el Gobierno (los últimos redactados datan de octubre de 2008).

Por su parte, en el hasta ahora vigente Texto Refundido de 2001, el artículo 26 disponía lo siguiente:

- a) Los anteproyectos de ley se formularán por los Departamentos a quienes les compete según la materia.
- b) El Gobierno aprobará los proyectos de ley y los enviará para su tramitación a las Cortes de Aragón acompañados de:
  - una exposición de motivos en la que, al menos, se justificará la necesidad de promulgación, su forma de inserción en el orde-

namiento jurídico y una valoración de los efectos que puedan seguirse de su aplicación

- una memoria económica, cuando la ejecución de la ley conlleve efectos económicos
- informe del correspondiente órgano consultivo, en los supuestos indicados en el ordenamiento jurídico

En la Ley 50/1997, del Gobierno, el artículo 22 señala lo siguiente:

- a) El anteproyecto irá acompañado de:
  - una memoria
  - los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo
  - informe sobre el impacto por razón de género
  - una memoria económica
- b) El anteproyecto habrá de ser informado por la Secretaría General Técnica
- c) El Ministro proponente eleva el anteproyecto al Consejo de Ministros para que éste decida los siguientes trámites; en particular sobre las consultas, dictámenes e informes convenientes, además de los preceptivos
- d) Cumplidos los trámites anteriores, el Ministro proponente somete nuevamente el anteproyecto al Consejo de Ministros, para su aprobación
- e) El Proyecto de Ley se remite a la Cámara correspondiente de las Cortes Generales, acompañado de una Exposición de Motivos y de la Memoria y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él

La Ley 13/2008, de Cataluña, dispone en el artículo 36 que la tramitación de un proyecto de ley requiere el acuerdo previo del Gobierno sobre la oportunidad de la iniciativa, añadiendo lo siguiente:

- a) El anteproyecto de ley deberá contener una exposición de motivos, así como la siguiente documentación:

- una memoria general, con los oportunos estudios, informes y dictámenes sobre la necesidad de la iniciativa, la adecuación de la norma a los fines que se persiguen y el marco normativo en que se inserta; con una lista de disposiciones afectadas y una tabla de vigencias
  - una memoria económica sobre la estimación del coste y el impacto económico derivados de la aplicación de la norma
  - un informe de impacto de género
  - una memoria en que consten las consultas formuladas, las alegaciones presentadas, y las razones para su estimación o desestimación
  - un informe emitido por los servicios jurídicos de los Departamentos concernidos y demás informes preceptivos
- b) El anteproyecto de ley podrá ser sometido a información pública o a audiencia de las entidades que tengan encomendadas por ley la defensa de intereses que podrían verse afectadas por la norma
- c) Una vez aprobado un Proyecto de Ley, lo envía el Gobierno al Parlamento, acompañado de toda la documentación anexa
- d) Si la tramitación parlamentaria de un proyecto de ley caduca por finalización de la Legislatura, el Gobierno puede presentar el mismo, sin necesidad de más trámites, previo informe del secretario general del Departamento concernido y de los servicios jurídicos de la Generalidad

Finalmente, la Ley 6/2006, de Andalucía, modificada en esta materia por la Ley 1/2008, de 27 de noviembre, establece en el artículo 43 que:

- a) Los anteproyectos de ley deberán ir acompañados de:
- una memoria justificativa
  - los estudios e informes sobre su necesidad y oportunidad
  - la memoria sobre impacto por razón de género de las medidas que se establezcan
  - una memoria económica que contenga la estimación del coste y su forma de financiación

- y, en su caso, una valoración de las cargas administrativas derivadas de la aplicación de la norma para la ciudadanía y las empresas
- b) La Consejería proponente elevará el anteproyecto de ley al Consejo de Gobierno, para que éste lo conozca y decida sobre ulteriores trámites
  - c) Los anteproyectos de ley, en todo caso, deberán ser informados por la Secretaría General Técnica respectiva, el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y demás informes o dictámenes preceptivos. Finalmente, se solicitará dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía
  - d) Si un anteproyecto de ley afecta a los derechos e intereses legítimos de la ciudadanía, podrá acordarse la realización del trámite de audiencia
  - e) Cumplido todo lo anterior, la Consejería elevará de nuevo el anteproyecto de ley al Consejo de Gobierno para su aprobación, y su remisión al Parlamento de Andalucía, acompañándolo de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él

Es llamativa, por tanto, la parquedad de la regulación contenida en la Ley 2/2009, incluso si la comparamos con el Texto Refundido de 2001. Además, se echa en falta en la Ley aragonesa la inclusión de un precepto por el que se obligue al Gobierno a remitir el Proyecto de Ley a las Cortes de Aragón acompañado de los informes, dictámenes y memorias elaborados al respecto. En este sentido, ya se ha hecho mención al artículo 122.1 del Reglamento de las Cortes de Aragón, el cual establece que *«Los proyectos de ley remitidos por la Diputación General de Aragón irán acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos»*.

Un ejemplo es suficiente para poner de relieve la citada parquedad en la Ley aragonesa, en comparación con otras leyes; se trata de un ejemplo anterior, incluso, a la aprobación de la Ley catalana 13/2008. Así, en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña núm. 185, de 17 de diciembre de 2007, se publica el Proyecto de Ley de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno, al que se acompaña adjunta una relación de los siguientes «antecedentes del Proyecto de Ley»:

1. Proyecto de ley de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno
2. Memoria
3. Estudio económico en términos de coste-beneficio
4. Disposiciones afectadas y tabla de vigencias
5. Informe departamental de impacto de género
6. Anteproyecto de ley del presidente o presidenta de la Generalitat y del Gobierno
7. Certificación del Consejo Técnico
8. Informe jurídico
9. Certificación del secretario general de la Presidencia.

Y a continuación del citado listado, en el mismo Boletín Oficial, se incluye una nota que indica que los antecedentes del Proyecto de Ley pueden ser consultados en el Archivo del Parlamento.

Por otra parte, dos son las principales novedades contenidas en el Título VIII de la Ley 2/2009. La primera es la regulación relativa al procedimiento de elaboración de los Decretos-leyes, establecida en el artículo 40, en consonancia con la inclusión de esta norma con rango de ley en el ordenamiento jurídico aragonés por el artículo 44 del Estatuto de Autonomía de 2007, regulación en la que también se echa en falta una referencia a la documentación que debería remitir el Gobierno a las Cortes de Aragón acompañando al Decreto-ley, a los efectos tanto de su posible convalidación por el Parlamento como de una eventual tramitación como proyecto de ley. La segunda novedad destacada consiste en el reconocimiento a las Comisiones Delegadas del Gobierno de la potestad reglamentaria, ya comentada anteriormente.

Por último, la Ley 2/2009 incluye una referencia al control judicial de los reglamentos, en el artículo 46, en el que se dispone que éstos «*sólo podrán ser anulados por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio del control que pueda corresponder al Tribunal Constitucional*». Nuevamente, la parquedad de la ley aragonesa contrasta con una regulación más completa contenida en otras leyes. Como ejemplo, cabe destacar el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno de la Nación, que se transcribe como colofón a este trabajo:

*«Artículo 26. Del control de los actos del Gobierno.*

*1. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación.*

*2. Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales.*

*3. Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.*

*4. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo.»*

## **IX. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

ÁLVAREZ CONDE, Enrique: «Aproximación al régimen jurídico de los actos de gobierno», en «Estudios de Derecho Judicial», nº 14, 1998, pp. 57-94.

BAR CENDÓN, Antonio: «El Gobierno en la Constitución y en la Ley del Gobierno de 1997: ¿colegialidad o presidencialismo?», en «Teoría y realidad constitucional», nº 14, 2004, pp. 64-86.

EMBID IRUJO, Antonio: «El Gobierno y la Administración. El Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón», en la obra colectiva «Derecho Público Aragonés». El Justicia de Aragón, 4ª edición, 2008, pp. 191-251.

GIMÉNEZ ABAD, Manuel: «El Presidente y el Gobierno de Aragón», en la obra colectiva «Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas». El Justicia de Aragón, 2001, pp. 269-320.

LÓPEZ GUERRA, Luis: «Funciones del Gobierno y dirección política», en «Documentación Administrativa» nº 215, 1998, pp. 15-40.

— «El Gobierno y su regulación: enfoques positivos y negativos», en «Revista Española de Derecho Constitucional», año 24, nº 70, 2004, pp. 43-71.

LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, Jesús: «Tratado de Derecho Autonómico». Marcial Pons, S.A., 2005

LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO (director): «Estudio sistemático de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón». Cortes de Aragón, 1997.

- MATEOS Y DE CABO, Óscar Ignacio: «El Presidente del Gobierno en España: *status* y funciones». La Ley, 2006.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín: «Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración». Editorial Bosch, S.A., 2007.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Derecho Público de las Comunidades Autónomas». Civitas, 2ª edición, 2007.
- OVEJERO PUENTE, Ana María: «La elaboración de los proyectos de ley del Gobierno», en «Revista Vasca de Administración Pública», nº 82 (I), 2008, pp. 125-158.
- PÉREZ ROYO, Javier: «Curso de Derecho Constitucional». Marcial Pons, S.A., 10ª edición, 2005.
- PÉREZ TREMPES, Pablo: «Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno», en «Estudios de Derecho Judicial», nº 14, 1998, pp. 11-30.
- PORRAS RAMÍREZ, José María: «Función de dirección política y potestad reglamentaria del Presidente del Gobierno, de acuerdo con la Ley 50/1997, de 27 de noviembre», en «Revista de Administración Pública», nº 146, 1998, pp. 337-356.
- REVIRIEGO PICÓN, FERNANDO, y BRAGE CAMAZANO, Joaquín: «Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos (las SSTs de 20 de septiembre y 2 de diciembre de 2005)», en «Teoría y realidad constitucional», nº 18, 2006, pp. 445-486.

# LA ORDENACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: UNA MIRADA DESDE EL ESTADO AUTONÓMICO

SERGIO CASTEL GAYÁN

**SUMARIO:** I. REFLEXIONES INICIALES.— II. FUENTES NORMATIVAS.— III. UN NUEVO MARCO ESTATUTARIO PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA.— IV. LA ORDENACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: 1. El Sistema de Organización Administrativa. 2. Política normativa y planificación: A) Legislación específica de participación ciudadana. B) Mecanismos de democracia directa. C) Régimen jurídico de la organización administrativa. D) La participación sectorial. E) Planificación en materia de participación ciudadana. 3. La actuación relacional: A) Actividad de fomento. B) Promoción. C) Formación e investigación.— V. CONCLUSIÓN.

**RESUMEN:** En los últimos años estamos asistiendo a un intento de revitalizar la participación ciudadana en el nivel territorial autonómico, con el objeto de configurar una democracia directa y participativa que sirva de complemento eficaz a la democracia representativa. En concreto, diversas Comunidades Autónomas han creado estructuras administrativas específicas para poner en marcha una política pública propia que impulse la intervención de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones públicas. Esta política pública autonómica exige analizar el tipo de intervención administrativa que se está desarrollando para alcanzar esa nueva cultura política.

**Palabras clave:** Comunidades Autónomas; gobernanza; participación ciudadana; profundización democrática; eficacia administrativa.

**ABSTRACT:** *In recent years we have witnessed an effort to revitalize the citizens' participation in the making of decisions in Spain's autonomies in order to build up a direct and interactive democracy that should make an efficient complement to the representative democracy. Some Autonomic Communities have created specific administrative substructures to set up their own public policy aimed at boosting their citizens' intervention in the process of public decisionmaking. This public autonomic policy needs to analyze the kind of administrative intervention which is being developed to reach this new political culture.*

*Key words: Autonomic community; government; citizen participation; democratic enhancement; administrative efficiency.*

## I. REFLEXIONES INICIALES

La participación en la elección de representantes se configura como la principal manifestación del comportamiento político de los ciudadanos en las democracias contemporáneas. Este sistema de democracia representativa se basa en la existencia de una Asamblea parlamentaria reclutada por medio de elecciones periódicas, de tal modo que los ciudadanos se gobiernan por sus elegidos, delegando en éstos las funciones de organización de la comunidad. Pero la participación en los asuntos públicos no se agota en este mecanismo de autorización.

Aceptando la legitimidad democrática del gobierno representativo y su sólida implantación en el Estado constitucional, algunos autores de la teoría democrática contemporánea estiman que, además de la participación electoral, las comunidades con auténtica vocación democrática deben institucionalizar oportunidades añadidas de participación de sus ciudadanos en los procedimientos de adopción de las decisiones públicas.

La propuesta de profundización democrática planteada por esta corriente descansa sobre dos argumentos. Por un lado, la concurrencia de los argumentos defendidos por el ciudadano, a título individual o integrado en las asociaciones representativas de la sociedad civil, en los procesos de conformación de las decisiones públicas, enriquece la deliberación democrática y perfecciona las decisiones adoptadas por los representantes políticos. Por otro, la participación directa del ciudadano en estos procesos de conformación de las decisiones refuerza su adhesión a las normas adoptadas, fortaleciendo la legitimación del sistema democrático (1).

Se trataría de buscar, tanto mecanismos eficaces de democracia directa, como intensificar las instituciones de democracia participativa. Éstas últimas están referidas a aquel ejercicio que no conduce, a diferencia de

---

(1) Víctor CUESTA LÓPEZ, *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Thomson Civitas, 2008, p. 34.

la democracia directa, al pronunciamiento expreso y decisivo del titular de la soberanía. Por el contrario, el ciudadano plantea sus propuestas normativas ante las instituciones representativas, pero no puede invocar la voluntad del cuerpo electoral al respecto. Las instituciones representativas, últimas destinatarias de estas demandas normativas del ciudadano, deberán tomar en consideración las proposiciones planteadas por los ciudadanos, pero no están obligadas a integrarlas en el ordenamiento jurídico.

Ante todo, hay que aclarar una serie de premisas básicas que informan el desarrollo de esta corriente de profundización democrática. Por de pronto, esta corriente participativa no es una alternativa a la democracia representativa, sino un complemento de la misma. La amplitud y complejidad de las sociedades actuales configura el sistema representativo como la forma más eficaz de gobernabilidad. Ahora bien, este sistema puede y debe ser completado con mecanismos de intervención directa del ciudadano que contribuya a una mejora en la calidad de la democracia.

Junto a la nota de complementariedad, una segunda idea que florece del concepto es que participar, por tanto, no es decidir, sino influir en la decisión, excepto en aquellos supuestos en los que la llamada al titular de la soberanía tenga carácter vinculante. Son los representantes libremente elegidos por la ciudadanía los que, en última instancia, definen la decisión última, pero con la previa deliberación compartida con los sujetos directamente afectados. Este diálogo les ha permitido adaptar esa decisión pública a las demandas y necesidades socialmente sentidas y manifestadas, lo que permite incrementar la legitimidad y eficacia de la política pública adoptada.

Conviene precisar, no obstante, la delimitación conceptual de participación que maneja esta corriente democrática, dada la confusión terminológica que genera en ocasiones la idea de la participación ciudadana. Como señala SÁNCHEZ MORÓN, el concepto de participación es equívoco y de ahí que bajo el mismo, no todos acojan las mismas instituciones o instrumentos de relación jurídica. Conviene diferenciar, sin embargo, de entre las múltiples fórmulas de cooperación o colaboración entre la Administración y personas o entidades sociales, aquellas que son propias de la democracia participativa. No forman parte de éstas, aunque puedan guardar conexión con el principio, lo que denominamos ejercicio privado de funciones públicas, cuando se realiza por empresas con ánimo de lucro, ni, en puridad, las formas de administración corporativa.

En todos estos casos, la Administración delega, encomienda o contrata la realización de una parte de sus tareas, por razones económicas o de eficacia o en beneficio de algunos grupos de personas. Tampoco se consideran instrumentos de participación ciudadana en sentido estricto los que entrañan la intervención de una persona, física o jurídica, en el procedimiento administrativo que le afecta, para defender sus derechos o intereses individuales.

Los cauces de participación para una democracia participativa abren, por el contrario, vías para que el ciudadano exprese sus opiniones y su voluntad como tal ciudadano, *uti civiles*, o bien cauces para la defensa de intereses colectivos o difusos en relación con decisiones públicas de alcance general. Hablamos, pues, de participación ciudadana como medio para profundizar la democracia, como forma de intervención de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones públicas (2).

Esta participación implica explorar y abrir nuevos cauces de relación entre la sociedad y las instituciones públicas. El entendimiento correcto del principio debe servir para aproximar la Administración al ciudadano y para integrar sus iniciativas, críticas o sugerencias en la elaboración de las decisiones.

El auge que experimenta actualmente la participación ciudadana en la conformación de las decisiones públicas, la fuerza de esta cultura participativa (3), obliga a analizar cómo se está actuando. La eficacia de esta participación en la calidad democrática va a depender mucho de la articulación de diseños normativos e institucionales que permitan la intervención en los procesos deliberativos.

## II. FUENTES NORMATIVAS

Tanto la tradición legislativa en los ámbitos internacionales y comunitarios, como la recogida en nuestro bloque constitucional, establecen de manera inequívoca una apuesta por la participación de los ciudadanos

---

(2) Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 463.

(3) Sobre la fuerza de esta cultura política participativa, véase José TUDELA ARANDA, *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, Madrid, Congreso de los Diputados: Colección Monografías nº 77 (2008), pp. 60-67.

en la vida política, económica y social, como esencia de la democracia. De este modo, la participación ciudadana no sólo es una opción que puede tomar un determinado gobierno, sino que está legitimada por las normas internacionales, estatales y autonómicas, configurándose como obligación de los gobernantes el apoyar y fomentar esta participación. En concreto, la legislación que en los últimos tiempos van marcando las directivas europeas, va a hacer que la participación deje de ser una cuestión graciable para convertirse en un eje fundamental y obligatorio para la configuración de unas políticas públicas cada vez más complejas.

Dentro de los textos normativos de carácter internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su catálogo de derechos, reconoce de forma expresa el derecho de participación en su artículo 21.1, al señalar que *«toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos»*, bajo la consideración de que *«la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público»* (artículo 21.3). Por su parte, el artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece que *«todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos»*. Con un carácter sectorial, resalta, por su importancia y aceptación, el derecho de participación en las cuestiones medioambientales, tras la consideración de que la adopción de políticas globales ha de estar basada en los pilares o derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia, que caracterizan lo que se ha dado en llamar la *democracia ambiental*. Estos tres pilares o derechos se erigen como un principio básico y general del Derecho global ambiental, proclamado en la Declaración sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, adoptada en la Conferencia de Río de 1992 (4).

---

(4) El principio 10 de la Declaración de Río reconoce que *«el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes»*.

En este sentido, conviene resaltar la previsión que sobre estos textos contiene el artículo 10.2 de la Constitución Española (CE'78). Así, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se han de interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Sobre lo dispuesto en este precepto, el Tribunal Constitucional viene reconociendo que la interpretación a que alude este precepto constitucional no convierte a tales tratados o acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales, siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal (STC 64/1991).

También desde las instancias comunitarias se observa una clara voluntad de relanzar el derecho de participación en la construcción de las políticas públicas. El propio Tratado de la Unión Europea, en su artículo 6, invoca los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, resaltando la necesidad de adoptar las decisiones de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos (artículo 1 TUE). Por su parte, el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a una buena administración.

En concreto, el Libro Blanco para la Gobernanza Europea, aprobado por la Comisión el 25 de julio de 2001, contiene una serie de recomendaciones tendentes a profundizar en la democracia y aumentar la legitimidad de las instituciones, mejorando los procedimientos y prácticas que afectan a la manera en que actúan las Administraciones Públicas. Los principios de la buena gobernanza son los de apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia, principios que han de ser aplicados al Gobierno y al Derecho, en todos sus niveles —mundial, europeo, nacional, regional y local—. En concreto, el «principio de participación» supone la ampliación y potenciación de la par-

ticipación ciudadana en todas y cada una de las fases del proceso de formación de las políticas públicas, desde la concepción hasta la aplicación, generando una mayor confianza en los resultados finales y en las instituciones (5).

En esta línea, el Derecho comunitario ha ido obligando a los Estados miembros a reconocer en sus legislaciones sectoriales mecanismos de participación ciudadana. Por un lado, en materia de medio ambiente, para la aplicación del «Convenio de Aarhus», la Comunidad Europea articuló tres directivas, dos de ellas ya aprobadas: la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, relativa al acceso a la información medioambiental, y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo, sobre la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente —actualmente, está pendiente la propuesta de Directiva sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente- (6). Por otra parte, en materia hidráulica, la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (conocida como Directiva Marco de Aguas), incide en la participación pública estableciendo en su preámbulo 14 que «*el éxito de la presente Directiva depende de una colaboración estrecha y una actuación coherente de la Comunidad, los Estados miembros y las autoridades locales, así como de la información, las consultas y la participación del público, incluidos los usuarios*». En concreto, formula una regulación detallada de la información y consultas públicas en su artículo 14, estableciendo que los Estados miembros fomentarán la participación activa de todas las partes interesadas en la aplicación de la presente Directiva, en particular en

---

(5) Posteriormente, el Comité de las Regiones en su sesión de 13 y 14 de marzo de 2002 aprobó un dictamen en el que propuso una mejora en el Libro Blanco. El Comité propuso una serie de principios adecuados a una nueva gobernanza europea, entre los que cabe resaltar aquí, el *principio de consulta*, según el cual cada esfera de gobierno reconoce que debe consultar sistemáticamente, en una fase temprana, a aquellos que se vean afectados por sus decisiones; el *principio de participación*, en virtud del cual se percibe como esencial el compromiso de los ciudadanos, que será desarrollado por todas las esferas de gobierno; y el *principio de transparencia*, que exige que los poderes públicos deben garantizar la libertad de acceso a toda información cuya confidencialidad no deba preservarse, y justificar sus decisiones.

(6) La propia Unión Europea ha adoptado el Reglamento (CE) 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre, sobre la aplicación a las instituciones y a los organismos comunitarios de las disposiciones del Convenio de Aarhus.

la elaboración, revisión y actualización de los planes hidrológicos de cuenca (7).

Nuestro marco constitucional no es, ni mucho menos, ajeno a esta corriente. La Constitución Española, atenta a los movimientos de su tiempo, es sensible al fenómeno participativo. Dentro de la proclamada voluntad de la nación española de «*establecer una sociedad democrática avanzada*» (Preámbulo), el artículo 1.1 se refiere a España como un Estado democrático. Esta caracterización democrática implica que la soberanía nacional reside en el pueblo español (artículo 1.2 CE'78), entendiendo el pluralismo político como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE'78), y definiendo una visión participativa del proceso político (8). La proclamación del carácter democrático del Estado español conlleva, por tanto, la formulación de la participación como eje esencial del sistema político, configurándose el artículo 9.2 CE'78 como el pórtico en el que el texto fundamental acoge técnicas y mandatos de participación. Este precepto contiene el mandato dirigido a los poderes públicos de promover las condiciones y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, y como tal, tiene un claro valor normativo, caracterizado como principio jurídico programático, que cumple una función informadora e integradora de todo el ordenamiento jurídico, a la vez que contiene un mandato vinculante de actuación para todos los poderes públicos.

Por su parte, el artículo 23 CE'78 recoge dos formas de acceso de los ciudadanos a las decisiones públicas, directamente o por medio de representantes, que no es sino el reconocimiento de un sistema mixto, de

---

(7) En concreto, el artículo 14 establece que «*los Estados miembros velarán por que, respecto de cada demarcación hidrográfica, se publiquen y se pongan a disposición del público, incluidos los usuarios, a fin de recabar sus observaciones, los documentos siguientes: a) un calendario y un programa de trabajo sobre la elaboración del plan, con inclusión de una declaración de las medidas de consulta que habrán de ser adoptadas, al menos tres años antes del inicio del período a que se refiera el plan; b) un esquema provisional de los temas importantes que se plantean en la cuenca hidrográfica en materia de gestión de aguas, al menos dos años antes del inicio del período a que se refiera el plan; c) ejemplares del proyecto de plan hidrológico de cuenca, al menos un año antes del inicio del período a que se refiera el plan*».

(8) En este sentido, Manuel Contreras constata que «*la definición democrática del Estado ha de completarse necesariamente con una visión participativa de los ciudadanos y de los grupos políticos y sociales en los procesos de decisión generados en el seno de la comunidad estatal*». Manuel CONTRERAS CASADO, *La iniciativa legislativa popular y Estado Democrático de Derecho*, en «*Revista de las Cortes Generales*», núm. 8 (1986), p. 67.

democracia representativa y de democracia directa. Sistema que pivota en torno a una clara preeminencia del sistema de democracia representativa, que ha sido corroborado por el Tribunal Constitucional al resaltar que la participación política —como manifestación de la soberanía popular— se ejerce normalmente a través de representantes y que, *excepcionalmente*, puede ser directamente ejercida por el pueblo (STC 119/1995, de 17 de julio). De este modo, la participación popular se encauza básicamente a través de la elección de representantes populares en los órganos de gobierno.

Este entendimiento de la participación a que se refiere el artículo 23.1 CE'78 no agota las manifestaciones del fenómeno participativo y, por el contrario, el texto constitucional es rico en este tipo de manifestaciones. Un rápido repaso al texto fundamental permite avalar esta tesis.

El principio constitucional de participación encuentra reflejo en el ámbito judicial a través del artículo 125 CE'78 (9), así como en el ámbito de la Administración Pública, mediante el régimen de Concejo abierto (artículo 140), el trámite de la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten (artículo 105.a.), o el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (artículo 105.b.). El artículo 29 reconoce, como derecho fundamental, el derecho de petición. En la regulación de la elaboración de las leyes se contempla la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley (artículo 87.3), mientras que el artículo 92 prevé el referéndum consultivo para la adopción de decisiones políticas de especial trascendencia, además de los supuestos relativos a la reforma constitucional, y a la aprobación y modificación de algunos Estatutos de Autonomía. Con un carácter sectorial, la CE'78 reconoce la participación de los miembros de la comunidad educativa (artículo 27.5), la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político (artículo 48), de los consumidores y usuarios en las cuestiones que les afecten (artículo 51.2), el derecho de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya fun-

---

(9) El artículo 125 CE'78 establece 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 aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales».

ción afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general (artículo 129) o la participación en la planificación de la actividad económica general (artículo 131.2).

Se observa, por tanto, la riqueza de nuestra Constitución en cuanto al reconocimiento de ámbitos de participación a favor del ciudadano. Sin embargo, hay que tener en cuenta la delimitación conceptual que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional sobre el derecho de participación consagrado y protegido en el artículo 23 CE'78. En concreto, el Tribunal considera que, a diferencia del principio de participación consagrado en el artículo 9.2, que se extiende no sólo a las instituciones inmediatamente políticas sino que debe hacerse presente también en otros diversos ámbitos de decisión y gestión, para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse como una concreta manifestación del artículo 23, es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular. Por tanto, en este precepto se trata de las modalidades (representativa y directa) de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, donde se llama al pueblo como titular de ese poder político.

Sobre la interpretación del derecho de participación reconocido en el artículo 23 y, en concreto, en relación a la posibilidad o no de subsumir en este precepto la propia participación administrativa, ha surgido un intenso debate. Aunque el Tribunal Constitucional, como acabamos de ver, mantiene una postura estricta, un amplio sector de la doctrina defiende que la participación ciudadana en las funciones administrativas también debería estar incluida en el derecho fundamental de ese artículo 23. Según esta corriente doctrinal, no existe en nuestro Derecho impedimento alguno para negar la incorporación de la participación administrativa en el ámbito de protección privilegiada del artículo 23, sobre todo si se parte del mismo tenor literal del artículo al referirse a la participación directa en los *asuntos públicos*, pues una interpretación contraria sería algo así como negar la propia esencia pública de la Administración (10).

---

(10) Otra corriente doctrinal, a modo de justificación de la exclusión de la participación administrativa del artículo 23, resalta la comprometida posición económica en la que quedaría la Administración pública tras una posible y continua condena judicial por la estimación masiva de recursos de amparo interpuestos —ante un desbordado y colapsado Tribunal Constitucional— por parte de una ciudadanía que considera violado su derecho fundamental a la participación administrativa por una ausencia o falta de efectividad de los mecanismos oportunos para su ejercicio.

Al margen de este debate, sí existe cierta unanimidad en cuanto a la necesidad de propiciar mayores cotas de participación ciudadana, tanto en el ámbito de la participación política, como en el de la participación administrativa. El mandato del artículo 9.2 CE'78 implica la maximización de la participación como uno de los ejes centrales que debe guiar la actuación de los poderes públicos y se proyecta no sólo en las instituciones públicas o más inmediatamente políticas, sino que debe también hacerse presente en otros diversos ámbitos de decisión y gestión (11). El principio democrático se extiende a espacios diferentes del político-parlamentario, esto es, al resto de los poderes públicos, en especial, al Gobierno y la Administración, además de hacerlo a las instituciones económicas y sociales (12).

En este sentido, hay que traer a colación los mandatos impuestos por el artículo 103 CE'78, que ordena a la Administración servir con objetividad los intereses generales actuando de acuerdo con el principio de eficacia. Para la consecución de estos intereses generales, aparece una nueva visión de la participación ciudadana como factor de eficacia, en la medida en que este principio no se reduce a la significación economicista de eficiencia, sino que su significado primordial es el de consecución de los fines de interés general (13). La gestión de los poderes públicos no puede resolverse en simples términos de economía y eficiencia, sino también en adecuación a las necesidades y demandas manifestadas por la colectividad a través de cauces participativos, adecuación facilitada por la proximidad que conlleva la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas. Por tanto, una Administración abierta a la participación, que sea capaz de tener en cuenta la opinión de la ciudadanía antes de decidir es, sin duda, una Administración más democrática y normalmente más eficaz, si por eficacia se entiende la adecuación de la acción administrativa a las demandas sociales y no sólo la agilidad o rapidez de tramitación de los procedimientos.

---

(11) Luis AGUIAR DE LUQUE, *Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español*, en vol. col. *La experiencia constitucional*, Madrid, CEPC, 2000, p. 69.

(12) Josep María CASTELLÀ ANDREU, *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Barcelona, CEDES Ed., 2001, p. 116.

(13) Luciano José PAREJO ALFONSO, *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*, en «Documentación Administrativa», núm. 218-219 (1989), p. 54.

### III. UN NUEVO MARCO ESTATUTARIO PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Todo el catálogo de principios y formas de participación reconocido en nuestro texto fundamental se ha reiterado posteriormente en los ordenamientos autonómicos. No olvidemos que en el sistema político español, como en cualquier Estado democrático políticamente descentralizado, la exigencia del carácter democrático en el funcionamiento de los órganos de gobierno se extiende al ámbito autonómico. También en este nivel territorial se exige la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas, de tal modo que las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas han venido reconociendo estos derechos de participación, teniendo en cuenta y respetando, en cualquier caso, el marco constitucional.

Los Estatutos de Autonomía, como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, reconocen derechos de participación ciudadana, no como manifestación de un ámbito competencial (14), sino relacionado con la capacidad de cada Comunidad para ordenar sus propias instituciones de autogobierno, determinando cómo posibilitar la participación de la ciudadanía en la vida pública de la Comunidad Autónoma, en sus instituciones y en el proceso de adopción de sus decisiones o de gestión de los asuntos que le son encomendados (15). En este sentido, hay que advertir que el reconocimiento de derechos participativos se ha ido potenciando a medida que se han reformado los textos estatutarios.

---

(14) Obviamente, no existe un título competencial específico que atribuya competencia al Estado o a las Comunidades Autónomas sobre la regulación general de la participación ciudadana. La participación ciudadana no se define como una competencia «sustantiva», no es competencia *per se*, sino que tiene un carácter instrumental para el cumplimiento de los fines y objetivos de las políticas públicas generales o sectoriales. Las Comunidades Autónomas se configuran como entidades territoriales con autonomía política, lo que les permite definir y ejecutar políticas públicas propias dentro de su ámbito territorial, y dentro del sistema competencial previamente definido. Cómo definir y ejecutar estas políticas sectoriales autonómicas, en cuanto a intervención de la ciudadanía, es una opción de cada Comunidad dado su autogobierno y consiguiente autoorganización.

(15) Este reconocimiento estatutario de derechos de participación encuentra, sin embargo, límites en su formulación y desarrollo. El primer límite se halla en el sistema de reparto competencial, de tal forma que el reconocimiento de derechos no debe suponer asunción de nuevas competencias o títulos competenciales distintos, tal y como previene expresamente el artículo 6.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón. Del mismo modo, ha de respetar las condiciones básicas que el Estado haya establecido para garantizar a todos los españoles la igualdad en el ejercicio de este tipo de derechos (artículo 149.1.1 CE'78), así como las reservas normativas previstas en la CE'78, en especial las leyes orgánicas del artículo 81 CE'78.

En una primera fase de nuestro Estado Autonómico, el reconocimiento de derechos de participación se recogía casi exclusivamente en la CE'78, actuando la norma estatutaria como norma institucional que regulaba la estructura organizativa y las competencias de la Comunidad Autónoma. En concreto, el Estatuto aragonés de 1982, como el resto de Estatutos de esta primera fase, no dispone de ningún título específico dedicado a los derechos de participación. Se limita a fijar la condición política de aragoneses (artículo 4), reproduciendo el mandato contenido en el artículo 9.2 CE'78, al señalar que corresponde a los poderes públicos aragoneses, sin perjuicio de la acción estatal y dentro del ámbito de sus respectivas competencias, facilitar la participación de todos los aragoneses en la vida política, económica, cultural y social (artículo 6.2). Por su parte, en el Capítulo I del Título I, dedicado a las Cortes de Aragón, se hace una breve alusión a la iniciativa legislativa popular, estableciendo que por Ley de Cortes de Aragón se regulará la iniciativa legislativa popular (artículo 15.3).

Por este motivo es importante resaltar el movimiento dado por las recientes reformas estatutarias en cuanto al reconocimiento de derechos de participación ciudadana, ya que supone la consagración, en la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma (16), de un principio y unos derechos que deben informar la actuación de los poderes públicos autonómicos. En concreto, se puede observar cómo los Estatutos de Autonomía de última generación hacen un especial hincapié en el «*hecho democrático*», con unas manifestaciones que, en comparación con los textos originales, resaltan una profundización democrática. Las reformas estatutarias producidas en los últimos años, así como aquellas otras que se están tramitando, abarcan no sólo los aspectos de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas o los de relación de éstas con el Estado, sino que también afectan, en lo que aquí interesa, a la regulación de la propia organización institucional de la Comunidad Autónoma, haciendo partícipe al ciudadano en el ejercicio del poder que ejercen las instituciones autonómicas.

Por tanto, hoy podemos observar dos grandes grupos de Estatutos de Autonomía según el grado de reconocimiento del derecho de participación. Por un lado, aquellos textos estatutarios que mantienen su redacción

---

(16) Respecto al reconocimiento de derechos políticos por los Estatutos de Autonomía, véase la STC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ. 15b).

original, en la que se recoge una proclamación en grado de mínimos, por lo general reproduciendo aquellos mandatos impuestos por el texto constitucional —sin perjuicio de su profundización democrática en una futura reforma estatutaria—; y por otro, un segundo grupo compuesto por aquellos Estatutos de última generación (Cataluña, Aragón, Valencia, Andalucía, Baleares y Castilla León) que recogen el derecho de participación en un alto grado de intensidad, con continuas proclamaciones normativas que se configuran como mandatos, en muchos casos innovadores, dirigidos de forma general y sectorial a los poderes públicos autonómicos.

Manifestación de esta corriente democratizadora es el Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr), que contempla la participación ciudadana en los asuntos públicos con un carácter bifronte.

Por un lado, como *obligación de los poderes públicos*. Reiterando el mandato establecido en el artículo 9.2 CE'78, corresponde a los poderes públicos aragoneses, sin perjuicio de la acción estatal y dentro del ámbito de sus respectivas competencias, facilitar la participación de todos los aragoneses en la vida política, económica, cultural y social (artículo 20.a EAAr) (17). Junto a esta manifestación tradicional, el Estatuto de Autonomía establece, como una de sus principales novedades jurídico-políticas, que los poderes públicos aragoneses promoverán la participación social en la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y colectiva en los ámbitos cívico, político, cultural y económico (artículo 15.3 «Derecho de participación») (18). Doble

---

(17) En la misma línea, y con redacciones similares, se expresan el artículo 4.2 EA Cataluña; artículo 10.1 EA Andalucía; artículo 8.2 EA Castilla León; artículo 9.4 EA Valencia.

(18) En este sentido, por su originalidad, cabe mencionar el mandato contenido en el artículo 43 EA Cataluña («Fomento de la participación»): «1. Los poderes públicos deben promover la participación social en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociativa en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, con pleno respeto a los principios de pluralismo, libre iniciativa y autonomía. 2. Los poderes públicos deben facilitar la participación y representación ciudadanas y políticas, con especial atención a las zonas menos pobladas del territorio», debiendo facilitar la participación «con especial atención a las zonas menos pobladas del territorio». También el artículo 10 EA Andalucía («Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma»), al señalar que «la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos: 19) La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa». Por su parte, el artículo 1 EA Valencia proclama, como objetivo de la Comunidad Valenciana, «reforzar de la democracia y garantizar la participación de todos los ciudadanos en la realización de sus fines».

mandato que debe incardinarse dentro del general propuesto por el artículo 11.3, en virtud del cual los poderes públicos aragoneses deben promover las medidas necesarias para garantizar de forma efectiva el ejercicio de los derechos —entre ellos, el derecho de participación— (19).

Por otro lado, la participación como *derecho reconocido*. El artículo 15.1 EAAr reconoce el derecho de los aragoneses a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos, en los términos que establecen la Constitución, el Estatuto y las Leyes (20). Y todo ello en el marco de una cultura de valores democráticos, reconociendo la obligación de los poderes públicos aragoneses de promover la cultura de la paz, mediante la incorporación de valores como la participación (artículo 30) (21).

En cualquier caso, el texto aragonés no queda ahí, y a lo largo de su articulado se recogen múltiples preceptos que contienen principios, instrumentos y mandatos generales dirigidos a los poderes públicos para que éstos desarrollen una actividad dirigida a potenciar la participación de la ciudadanía en la «cosa pública».

En este sentido, el Estatuto de Autonomía de Aragón abre el procedimiento legislativo a los ciudadanos a través de la iniciativa legislativa popular. Ahora bien, mientras el anterior texto estatutario se limitaba a enumerar la iniciativa popular entre las diferentes vías de iniciativa legislativa, remitiéndose a la ley autonómica para el desarrollo de la forma y condiciones de su ejercicio, el nuevo texto, además de contemplarla entre los preceptos dedicados al procedimiento legislativo (artículo 42.2), tam-

---

(19) Del mismo modo, también debe incardinarse dentro del artículo 6.3 EAAr: «*Los poderes públicos aragoneses están vinculados por estos derechos y libertades y deben velar por su protección y respeto, así como promover su pleno ejercicio*».

(20) En la misma línea, todos los Estatutos de última generación han incorporado este derecho de forma similar. Véanse los arts. 29 («Derecho de participación») del EA Cataluña; 11 («Derechos de participación en los asuntos públicos») del EA Castilla y León; 30 («Participación política») del EA Andalucía; 15 («Derechos de participación») del EA Baleares; y 9.4 del EA Comunidad Valenciana.

(21) El artículo 11 EA Andalucía («Promoción de los valores democráticos y ciudadanos») contiene un mandato similar, al señalar que «*los poderes públicos de Andalucía promoverán el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena, fundamentada en los valores constitucionales y en los principios y objetivos establecidos en este Estatuto como señas de identidad propias de la Comunidad Autónoma. Con esta finalidad se adoptarán las medidas precisas para la enseñanza y el conocimiento de la Constitución y el Estatuto de Autonomía*». Por su parte, el artículo 4.3 EA Cataluña establece la obligación de los poderes públicos de promover valores como la libertad, la democracia y el pluralismo.

bién proclama expresamente, dentro del Título dedicado a los derechos subjetivos de los ciudadanos, el derecho de los aragoneses a presentar iniciativas legislativas ante las Cortes de Aragón. Por tanto, esta nueva estructuración no es sino una expresión particular del derecho subjetivo de los ciudadanos aragoneses a participar en los asuntos públicos y del mandato dirigido a los poderes públicos de promover la participación en la vida política, económica, cultural y social (22). Pero además, el derecho de los aragoneses a intervenir en el procedimiento legislativo se extiende a su fase central o deliberativa, conforme al artículo 15.2 que reconoce el derecho a participar en el proceso de elaboración de las Leyes, de acuerdo con lo que establezca la Ley y el Reglamento de las Cortes (23).

Además de la participación ciudadana en la actividad legislativa autonómica, la lista de derechos estatutarios de participación directa contempla —de forma implícita, ya que no se recoge como derecho subjetivo, sino dentro del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma— la intervención en los asuntos públicos a través de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otros instrumento de consulta popular que convoque la Comunidad Autónoma (artículo 71.27). Radica aquí una de las principales diferencias del texto aragonés respecto al resto de Estatutos de Autonomía, ya que, a excepción de la Comunidad Valenciana —también recoge este derecho sólo a través del listado competencial—, todos los Estatutos de Autonomía, además de la competencia en materia de consultas, contemplan expresamente el derecho de los ciudadanos a promover la celebración de consultas populares sobre cuestiones de interés general relacionadas con las competencias de su Comunidad cuya convocatoria pueda corresponder al Gobierno autonómico —así como a los Ayuntamientos— (24). Este silencio del Estatuto de Aragón no impide,

---

(22) La mayoría de los Estatutos de Autonomía de última generación recogen este doble carácter de la iniciativa legislativa popular, recogiendo como precepto dedicado al procedimiento legislativo y como derecho subjetivo. Así, EA Cataluña (arts. 29.3 y 62.1), EA Baleares (arts. 15.2.b. y 47.3), EA Castilla León (arts. 11.4 y 25.2), EA Andalucía (arts. 30.1.b —reiterado posteriormente en sede de procedimiento legislativo, art. 113— y 111.2).

(23) Este derecho de participación, directamente o por medio de entidades asociativas, en el proceso de elaboración de las leyes en el Parlamento autonómico, se recoge también en el EA Andalucía (art. 30.1.b), EA Cataluña (art. 29.4) y EA Baleares (art. 15.2.b).

(24) Artículo 15.2 EA Baleares: «Los ciudadanos de las Illes Balears tienen el derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, en los términos que establecen la Constitución, este Estatuto y las Leyes. Este derecho

en cualquier caso, que la futura legislación sobre consultas populares autonómicas, cuya aprobación y desarrollo forma parte de la lista de competencias asumidas por la Comunidad, determine el derecho de los aragoneses a promover la celebración de consultas populares.

Otra vía de participación directa abierta por el Estatuto de Autonomía de Aragón es la participación del ciudadano en el procedimiento de reforma del propio Estatuto. En concreto, el artículo 115.7 establece que la aprobación de la reforma por las Cortes Generales, mediante Ley Orgánica, incluirá la autorización del Estado para que el Gobierno de Aragón convoque referéndum de ratificación del cuerpo electoral de Aragón en un plazo de seis meses desde la votación final en las Cortes Generales. El Gobierno de Aragón convocará tal referéndum si así lo acuerdan previamente las Cortes de Aragón con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

Finalmente, en íntima conexión con el derecho de participación, el Estatuto de Aragón (artículo 16.3) reconoce el derecho de petición ante las Administraciones Públicas, lo que incluye el derecho a una resolución en plazo adecuado (25).

---

comprende: c) El derecho a promover la convocatoria de consultas populares por el Gobierno de las Illes Balears, Consejos Insulares o por los Ayuntamientos en los términos que establezca la Constitución española y las Leyes». Artículo 29.6 EA Cataluña: «Los ciudadanos de Cataluña tienen derecho a promover la convocatoria de consultas populares por parte de la Generalitat y los Ayuntamientos, en materia de las competencias respectivas, en la forma y las condiciones que las Leyes establecen». Artículo 11.5 EA Castilla León: «Los ciudadanos de Castilla y León tienen derecho a promover la convocatoria de consultas populares, relativas a decisiones políticas que sean competencia de la Comunidad, en las condiciones y con los requisitos que señalen las Leyes, respetando lo dispuesto en el artículo 149.1.32 de la Constitución Española». Artículo 30.1 EA Andalucía: «Conforme al artículo 5, los andaluces y andaluzas tienen el derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Andalucía, directamente o por medio de representantes, en los términos que establezcan la Constitución, este Estatuto y las leyes. Este derecho comprende: c) El derecho a promover la convocatoria de consultas populares por la Junta de Andalucía o por los Ayuntamientos, en los términos que establezcan las leyes».

(25) Artículo 11.6 EA Castilla León: «Todas las personas tienen el derecho a dirigir peticiones a las Instituciones y a las Administraciones Públicas de la Comunidad, así como a los entes que dependan de las mismas, en relación con asuntos que sean de su competencia». Artículo 30.1.d EA Andalucía: «Conforme al artículo 5, los andaluces y andaluzas tienen el derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Andalucía, directamente o por medio de representantes, en los términos que establezcan la Constitución, este Estatuto y las leyes. Este derecho comprende: d) El derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley». Artículo 29.5 EA Cataluña: «Todas las personas tienen derecho a dirigir peticiones y a plantear quejas, en la forma y con los efectos que establecen las Leyes, a las instituciones y la Administración de la Generalitat, así como a los entes locales de Cataluña, en

Por otra parte, el Estatuto aragonés, más allá de estas regulaciones genéricas proclamadas para todas las personas, contiene múltiples menciones a la participación de colectivos de ciudadanos en diferentes planos normativos y con diferente alcance jurídico (derechos, principios rectores específicos relativos a materia participativa, o referencias en otros principios dedicados a distintos bienes jurídicos). Desde este punto de vista subjetivo, el artículo 24, en relación con el ámbito de la protección personal y familiar, establece que los poderes públicos aragoneses orientarán sus políticas de acuerdo con el objetivo de garantizar la protección de las personas mayores, para que desarrollen una vida participativa (26). El artículo 25 («promoción de la autonomía personal») señala que los poderes públicos aragoneses promoverán medidas que garanticen la autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidades, así como su participación en la vida de la comunidad (27). O el artículo 29, que reconoce la obligación de los poderes públicos de promover las políticas necesarias para la integración socioeconómica de las personas inmigrantes, la efectividad de sus derechos y deberes, su integración en el mundo educativo y la participación en la vida pública; precepto que se encuentra en íntima conexión con lo dispuesto en el artículo 4.3, en cuya virtud los poderes públicos aragoneses, dentro del marco

---

*materias de las respectivas competencias. La Ley debe establecer las condiciones de ejercicio y los efectos de este derecho y las obligaciones de las instituciones receptoras». Artículo 15.2.d EA Baleares: «Los ciudadanos de las Illes Balears tienen el derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, en los términos que establecen la Constitución, este Estatuto y las Leyes. Este derecho comprende: d) El derecho de petición individual y colectiva en los términos que establezcan las Leyes del Estado».*

(26) En la misma línea, artículo 13.5 EA Castilla León: «Derechos de las personas mayores. Las Administraciones Públicas de Castilla y León velarán para que las personas mayores no sean discriminadas en ningún ámbito de su existencia y garantizarán sus derechos, en particular, la protección jurídica y de la salud, el acceso a un alojamiento adecuado, a la cultura y al ocio, y el derecho de participación pública y de asociación». Artículo 10 EA Valencia: «En todo caso, la actuación de la Generalitat se centrará primordialmente en los siguientes ámbitos: (...) participación y protección de las personas mayores».

(27) Del mismo modo, el artículo 13.8 EA Castilla León: «Derechos de las personas con discapacidad. (...) La Ley reconocerá asimismo la participación de las personas con discapacidad en la definición de las políticas que les afecten a través de las asociaciones representativas de sus intereses». Artículo 10.3 EA Valencia: «En todo caso, la actuación de la Generalitat se centrará primordialmente en los siguientes ámbitos: (...) participación y protección (...) de los dependientes». Artículo 16.3 EA Baleares: «En todo caso, la actuación de las Administraciones públicas de las Illes Balears deberá centrarse primordialmente en los siguientes ámbitos: (...) la no discriminación y los derechos de las personas dependientes y de sus familias a la igualdad de oportunidades, su participación y protección (...)».

constitucional, establecerán las vías adecuadas para facilitar y potenciar la participación en las decisiones de interés general de los ciudadanos extranjeros residentes en Aragón (28).

Finalmente, se incorporan preceptos que prevén una participación sectorial, una participación de la ciudadanía en sectores específicos de intervención administrativa. Es el caso del artículo 17.2, al señalar que la Ley regulará el derecho de consumidores y usuarios a la información y la protección, así como los procedimientos de participación en las cuestiones que puedan afectarles (29). O el artículo 18.3 EAAr, que proclama el derecho de todas las personas a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos, en los términos que establecen las Leyes, precepto que ha de ser interpretado de acuerdo con el criterio de información-participación ciudadana que impone la normativa comunitaria, considerando la información como requisito previo e indispensable para esa participación (30). También el artículo 19 que, al regular los derechos relacionados con el agua, reconoce su ejercicio en el marco de la participación (31).

---

(28) Otros Estatutos de última generación reconocen la necesidad de propiciar la participación de otros sectores sociales. Es el caso de la participación de la juventud —artículo 16.3 EA Baleares, y artículo 10.3 EA Valencia—, comunidades residentes en el exterior —artículo 6 EA Andalucía—, o mujeres —artículo 19 EA Cataluña—.

(29) Artículo 14.5 EA Baleares: «Las Administraciones públicas de las Illes Balears garantizarán políticas de protección y defensa de consumidores y usuarios y de sus asociaciones, así como de su derecho a ser informados y a intervenir, directamente o a través de sus representantes, ante las Administraciones públicas de las Illes Balears de acuerdo con la legislación del Estado y las Leyes del Parlamento». Artículo 28.2 EA Cataluña: «Los consumidores y usuarios tienen derecho a ser informados y a participar, directamente o mediante sus representantes, en lo que se refiere a las Administraciones públicas de Cataluña, en los términos que establecen las Leyes». Artículo 9.5 EA Valencia: «La Generalitat garantizará políticas de protección y defensa de consumidores y usuarios, así como sus derechos al asociacionismo, de acuerdo con la legislación del Estado». Artículo 27 EA Andalucía: «Se garantiza a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios el derecho a asociarse, así como a la información, formación y protección en los términos que establezca la ley. Asimismo, la ley regulará los mecanismos de participación y el catálogo de derechos del consumidor».

(30) Artículo 27.3 EA Cataluña: «Todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos. El derecho de información sólo puede ser limitado por motivos de orden público justificados, en los términos que establecen las Leyes». Artículo 28.3 EA Andalucía: «Todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos, en los términos que establezcan las leyes».

(31) También en este caso, el resto de Estatutos contemplan otros ámbitos en lo que se considera necesaria la participación. Así, en el ámbito de la educación —artículo 21 EA Cataluña, y artículo 26 EA Baleares—, o de servicios sociales —artículo 24 EA Cataluña—.

En todo caso, todos estos preceptos estatutarios que se han ido analizando —al igual que el principio recogido en el artículo 9.2 CE'78 y demás mandatos constitucionales— se configuran con un carácter programático, que fijan objetivos sin precisar las obligaciones que se derivan para los poderes públicos. Estas declaraciones no contienen un mandato que vincule a los poderes públicos a la adopción de unas medidas concretas, sino un mandato abstracto que, aunque se configura como un auténtico deber de acción, no impone una acción determinada. La eficacia jurídica de este derecho dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador.

Por tanto, el desarrollo legislativo y ejecutivo permitirá comprobar cómo las Comunidades Autónomas perfilan y dotan de contenido efectivo el derecho de participación de los ciudadanos. Ahora bien, no cabe duda que este *proceso de democratización* recogido en los Estatutos de última generación puede servir de punto de inflexión, incitando a los poderes públicos a tomar medidas serias y ordenadas para propiciar la participación de la ciudadanía en la construcción de las políticas públicas. Empieza a observarse, de hecho, una nueva actuación autonómica en este sentido, lo que obliga a un análisis comparado.

#### **IV. LA ORDENACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA**

En los últimos años estamos asistiendo a un renovado intento de revitalizar la participación ciudadana desde las instancias autonómicas, con el objeto de alcanzar una democracia directa y participativa como complemento y profundización de la democracia representativa. Con independencia del tipo jurídico de participación —política o administrativa—, se proponen distintas vías para incrementar la participación de los ciudadanos dentro del modelo autonómico, observándose así una *tendencia integracionista* en la Administración autonómica, en la medida en que surge una nueva preocupación, en forma de política pública, como es la integración de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones públicas.

Siguiendo a NAVARRO YÁÑEZ, la política pública de participación ciudadana puede definirse como el conjunto de iniciativas, procedimientos e instituciones creadas por los Gobiernos para fomentar la participación de

la ciudadanía y su inclusión en los procesos de toma de decisiones que les afectan. Se trata, pues, de la oferta del bien público «participación» a través de la generación de nuevas y diversas oportunidades de participación de carácter no electoral.

Tradicionalmente, ha sido en el ámbito local donde más se ha trabajado para incorporar instrumentos participativos en la toma de decisiones públicas, tras la consideración del Municipio como espacio idóneo para articular la democracia participativa (32). Sin embargo, dado el corpus que está tomando esta materia a nivel autonómico, cabe detenerse aquí en el análisis de la intervención administrativa que empieza a desarrollarse en materia de participación ciudadana por parte de determinadas Comunidades Autónomas. En el desarrollo de estas políticas públicas de participación, y a efectos de un estudio sistemático, los Gobiernos autonómicos emplean, al menos, tres grandes tipos de orientaciones y estrategias: organizativa, normativa y relacional.

## 1. El Sistema de Organización Administrativa

Durante los últimos años se observa una actividad organizatoria con el fin de poner en marcha una política pública, propia y específica, en materia de participación ciudadana (Aragón, Cataluña, Baleares, Canarias, Valencia y País Vasco). En este sentido, cabe resaltar la importancia de esta actuación primaria, en la medida en que esta actividad determina la estructura de la organización, las funciones concretas encomendadas, los medios atribuidos y los criterios de articulación de esa organización con otras ya existentes. La definición de las nuevas organizaciones administrativas va a determinar, en gran medida, qué tipo de política pública se quiere desarrollar.

---

(32) La primera disposición de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, es precisamente la consideración de los Municipios como «cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos» (artículo 1.1). El propio Estatuto de Autonomía de Aragón, en su artículo 82, considera el municipio como entidad territorial básica de Aragón y «medio esencial de participación de la comunidad vecinal en los asuntos públicos». En la misma línea se expresan el artículo 86 EA Cataluña («El municipio es el ente local básico de la organización territorial de Cataluña y el medio esencial de participación de la comunidad local en los asuntos públicos»), artículo 75 EA Baleares («El municipio es la entidad local básica de la organización territorial de las Illes Balears y el instrumento fundamental para la participación de la comunidad local en los asuntos públicos») y artículo 44 EA Castilla León («El municipio es la entidad territorial básica de la Comunidad y la institución de participación más directa de los ciudadanos en los asuntos públicos»).

Desde esta perspectiva, se habla del Sistema de Organización Administrativa como el desarrollo de un entramado organizativo específico en el seno de la Administración autonómica con el fin de preservar el desarrollo y fomento de la participación, así como focalizar el flujo de demanda de participación proveniente de la ciudadanía.

Esta organización administrativa es reciente, como reciente es la pre-ocupación formal de los poderes públicos autonómicos por la inserción del fenómeno participativo en sus políticas. Así, en los últimos años diversos Gobiernos autonómicos han creado una organización administrativa específica para encauzar y dirigir una política pública de participación ciudadana. Partiendo de este reconocimiento, la primera idea que es necesario resaltar es la progresiva consolidación de una «*Administración Autonómica Participativa*».

Existe una escasa variedad en la estructuración orgánica de las Comunidades Autónomas en materia de participación ciudadana, toda vez que el ejercicio de las competencias autonómicas en la materia se encomienda a órganos de la Administración activa a nivel de Dirección General. No existe uniformidad, en cambio, en la atribución de competencias a una determinada Consejería, de modo que en algunas Comunidades Autónomas se atribuye a la Consejería de Presidencia, resaltando así el carácter transversal de la materia (Aragón, Baleares y Canarias); en otras a la Consejería de Interior, Relaciones Institucionales y Participación (Cataluña), de Inmigración y Ciudadanía (Valencia), y de Vivienda y Asuntos Sociales (País Vasco).

Las competencias atribuidas a las diversas Direcciones Generales competentes en la materia observan unas líneas comunes en todas ellas, como núcleo duro de la participación ciudadana, y una serie de ámbitos específicos de cada territorio. Las competencias que constituyen ese núcleo duro giran en torno a un triple pilar, esto es, fomentar valores y prácticas de participación ciudadana, promover espacios y procesos de participación ciudadana —incluido el impulso y fomento del asociacionismo—, así como propiciar la formación, investigación y sensibilización de la sociedad en una cultura de participación democrática. Junto a este tronco competencial común, se observan especificidades en algunas de las Comunidades Autónomas, como el contacto institucional y apoyo a los colectivos de residentes fuera de la Comunidad Autónoma (Comunidad Valenciana) o la referencia expresa al impulso de la vertiente social de la Agenda Local XXI (País Vasco).

Desde la perspectiva de la organización administrativa autonómica, resulta de interés destacar la progresiva creación de órganos interdepartamentales (Comunidad Valenciana, Baleares y Cataluña), reforzando de este modo el carácter transversal de la participación ciudadana. Se trata de órganos colegiados, integrados por representantes de los diferentes Departamentos, que, adscritos a la Consejería competente en materia de participación ciudadana, tienen como finalidad asegurar la coordinación interna de las diversas estructuras de la Administración Autonómica, asegurando la coherencia y cohesión de la acción administrativa en la materia, mediante la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta de los distintos órganos de la Administración. En concreto, sus funciones principales son analizar los mecanismos de participación ciudadana y el grado de implantación de éstos, impulsar las actuaciones de las Consejerías en la materia, proponer medidas innovadoras de participación, homogenizar y coordinar los instrumentos participativos en la actuación del Gobierno autonómico, así como evaluar la aplicación de las políticas de fomento de la participación ciudadana. En su seno, y para el eficaz cumplimiento de sus funciones, se prevé la creación de grupos o comisiones técnicas de trabajo en las materias que así lo requieran. Destaca además, en el caso de la Comisión Interdepartamental de Baleares, el mandato dirigido a ésta para la búsqueda e implantación de mecanismos de colaboración con las entidades locales (para actuaciones conjuntas) y entidades representativas de la sociedad civil.

Por otra parte, la Comunidad Valenciana, de 9 de noviembre, ha creado como órgano consultivo el Consejo de Ciudadanía. Dependiente orgánicamente de la Consejería que ostenta las competencias en materia de participación ciudadana, sirve como nexo de unión y diálogo entre la sociedad civil y la Administración Autonómica, con el objeto de fomentar proyectos de carácter participativo y con el fin de lograr un proceso de coordinación entre la sociedad civil y la Administración. Su composición es plural, de modo que junto a los miembros de la Administración autonómica, lo integran representantes de las Universidades, Entidades Locales, Entidades Ciudadanas, así como personas de reconocido prestigio del tejido asociativo de la Comunidad Valenciana. Respecto a sus funciones, conoce e informa los planes, políticas públicas y acciones que afecten o estén relacionados con la participación ciudadana, el asociacionismo, la integración y la convivencia intercultural que emprenda la Administración

Autonómica, así como en todos aquellos ámbitos de acción social en los que se debe continuar fomentando la integración y cuyo conocimiento o competencia no esté atribuido a ningún otro órgano colegiado consultivo o de participación de la administración de la Generalitat (artículo 1.3). Para su cumplimiento, recibe, coordina y eleva a los organismos correspondientes las iniciativas ciudadanas, colectivas o individuales, relativas a propuestas o actuaciones institucionales de la Generalitat; emite informes sobre el nivel de participación ciudadana en la formulación de políticas públicas; emite informes consultivos, a requerimiento de las entidades ciudadanas así como de la Consejería competente; resuelve las consultas que puedan plantearse por la Administración Autonómica respecto a la acción colectiva de las entidades ciudadanas, etc.

## **2. Política normativa y planificación**

Un segundo eje de la estrategia autonómica de participación ciudadana es la política normativa, entendiéndose por ésta el conjunto de instrumentos normativos que tratan de encauzar, ordenar y propiciar la participación en la toma de las decisiones públicas. Esta política normativa se viene desarrollando, fundamentalmente, alrededor de cuatro grandes ámbitos, como son la legislación específica de participación ciudadana, la normativa reguladora de los instrumentos clásicos de democracia directa, el régimen jurídico de la organización administrativa y la legislación sectorial.

### **A) Legislación específica de participación ciudadana**

El primer ámbito normativo hace referencia a la regulación, en un texto legal único, de los diferentes mecanismos de participación ciudadana para la construcción de las políticas públicas autonómicas. Sin embargo, sobre este punto no existe una homogeneidad en la actuación de las Comunidades Autónomas, sino que, al revés, existe un debate abierto entre las dos grandes tendencias que han ido surgiendo en la actuación autonómica. Por un lado, la que podemos denominar como «*política de juridificación*» (Comunidad Valenciana, Canarias), basada en la aprobación de una norma legal que codifica los diferentes instrumentos de participación, y que encuentra su justificación en la necesidad de ordenar jurídicamente toda la diversidad de mecanismos participativos exis-

tentes, configurando otras nuevas vías que amparen el ejercicio del derecho de participación. Se trata de elevar a rango de Ley —como expresión de la voluntad popular— la creación de espacios públicos que den cabida, de forma específica y general, a la participación de la ciudadanía, estableciendo medidas que incidan en la elaboración y evaluación de las políticas públicas. Por otro lado, una segunda tendencia configurada como «*política artesanal o experimental*» (Cataluña, Aragón), que no busca tanto la aprobación de una norma jurídica reguladora de la materia, sino la experimentación de procesos y ámbitos de participación sobre la base de la normativa general y sectorial existente. En este sentido, la ordenación jurídica de una política de participación ciudadana requiere la previa puesta en marcha de procesos e instrumentos participativos, experimentando con aquellos ámbitos de participación que reconoce el actual ordenamiento jurídico, y abriendo nuevas vías participativas. Las conclusiones surgidas de esta experimentación, tanto de los cargos políticos, como de técnicos y ciudadanía, servirá de base para una futura ordenación codificadora de la participación ciudadana.

Dentro de la primera tendencia normativa se sitúan las Comunidades Autónomas de Valencia y Canarias (33), que han emprendido la aprobación de una Ley general reguladora de la participación de la ciudadanía en la definición de las políticas públicas, donde la transversalidad y el espíritu de codificación y unificación se convierten en los dos grandes pilares sobre los que se asienta esta política normativa.

En concreto, la primera norma legal aprobada en España ha sido la Ley 11/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana (34). Con el objeto de regular y

---

(33) Actualmente, la Comunidad de Canarias está trabajando en la redacción de la futura Ley de Fomento de la Participación Ciudadana. Se encuentra disponible para su consulta el «Documento Abierto para el Debate sobre la Ley Canaria de Participación Ciudadana», en [www.gobcan.es](http://www.gobcan.es).

(34) Tal y como proclama su Preámbulo, esta Ley, aprobada en el ejercicio de la competencia y potestad de autoorganización, persigue fomentar la participación ciudadana en una sociedad plural, profundizando en el acercamiento de las instituciones públicas valencianas a la ciudadanía, e involucrando a ésta en la gestión pública que realizan. Trata de propiciar la implicación de la ciudadanía en la actuación de la Administración Autonómica, garantizando la información de los procedimientos que promueva, desarrolle o tramite en aras de una mayor transparencia en la gestión pública, estableciendo, finalmente, mecanismos de evaluación de las políticas públicas y de investigación del estado de la opinión pública. Recientemente, se ha aprobado el Decreto 76/2009, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley 11/2008, que viene a complementar y desarrollar los instrumentos de participación diseñados por la Ley.

fomentar la participación ciudadana, así como promover la participación de la sociedad en los asuntos públicos, dentro del ámbito de la Administración Autonómica, esta normal legal gira en torno a tres grandes ejes. En primer lugar, recoge un auténtico Estatuto de los ciudadanos y de las Entidades Ciudadanas desde el punto de vista de la participación ciudadana, estableciendo un catálogo de derechos que permitan su intervención e implicación en los asuntos públicos (35). Por otro lado, reconoce y regula los diversos instrumentos con los que canalizar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, resaltando que «*el resultado de dichas acciones no tendrá carácter vinculante para la Administración Autonómica Valenciana*» (artículo 17.1) (36). Finalmente, como tercer eje, la Ley 11/2008 contempla medidas de fomento de la participación ciudadana, a través de la concesión de subvenciones a Entidades Ciudadanas, la definición y ejecución de programas de formación —tanto para la ciudadanía y Entidades Ciudadanas, como para el personal al servicio de la Administración Pública valenciana—, así como fórmulas de apoyo mutuo entre entidades ciudadanas que faciliten el intercambio de datos, servicios de apoyo y asesoramiento.

Entre estas dos tendencias normativas —juridificación y artesanal—, se podría situar un tercer tipo, un grado intermedio que busca, no tanto la aprobación de textos con vinculación jurídica directa, sino la adopción de normas de Derecho Blando. Frente a la regulación rígida por la imposición de comportamientos, la sujeción, el sometimiento, la autorización o la habilitación, el Derecho blando o flexible (*soft law*) emplea técnicas más suaves para dirigir las conductas, por medio de objetivos a conseguir, de directrices y recomendaciones a secundar, buscando más la adhe-

---

(35) Entre estos derechos, se pueden distinguir aquellos que tienen un carácter previo al ejercicio del derecho de participación —como el derecho a la información—, aquellos ya reconocidos en otros textos normativos con la consiguiente remisión normativa —como el derecho de acceso a registros y archivos, el derecho de petición o el derecho a la iniciativa legislativa popular—, y aquellos derechos que pueden ser considerados más innovadores desde el punto de vista de su reconocimiento normativo —la participación en la elaboración de Anteproyectos de Ley y programas sectoriales, o el derecho a recabar la colaboración de la Generalitat en la realización de actividades ciudadanas—.

(36) Así, para la definición de políticas públicas, la Ley 11/2008 distingue entre aquellos instrumentos previstos en la legislación sectorial o en normas reglamentarias, y aquellos otros específicos regulados en la propia Ley 11/2008, entre los que se hallan la audiencia ciudadana, los foros de consulta, los paneles ciudadanos y los jurados ciudadanos, remitiendo su régimen a un posterior desarrollo reglamentario.

sión que la imposición (37). Es el caso de la Comunidad Valenciana con la «Carta de Buenas Prácticas en la Administración Autonómica y Local de la Comunitat Valenciana». Esta Carta resalta la necesidad de establecer una nueva forma de gobierno basada en la cercanía y la relación recíproca con los ciudadanos. Partiendo del derecho a la buena administración que contempla el Estatuto de Autonomía de Valencia, garantiza el derecho a la participación de los agentes de la sociedad civil y de los ciudadanos en la vida política. En base a este espíritu, trata de potenciar cauces de información y participación con el objetivo de estimular una cultura participativa. En concreto, en la Carta se acuerda que la actuación de la Administración Autonómica y Local debe estar regida, entre otros, por el principio de participación (38).

A pesar de la existencia de esa divergencia en cuanto a la configuración de la política normativa en la materia, es claro que la tendencia se dirige hacia la juridificación y codificación de la participación ciudadana, en la medida en que todas las Comunidades Autónomas se encaminan hacia la aprobación de un texto legal, algunas como primer paso en la puesta en marcha de su política pública, otras como punto de llegada tras el proceso de experimentación.

## **B) Mecanismos de democracia directa**

Por su parte, algunas Comunidades Autónomas han iniciado un proceso de renovación del régimen jurídico de los mecanismos de democracia directa o semidirecta, entendiendo éstos como instrumentos esenciales para propiciar una auténtica profundización democrática en el funcionamiento de las instituciones públicas autonómicas.

---

(37) Este Derecho blando se caracteriza por carecer de un sentido único, por la multiplicidad de instrumentos de regulación y por la diversidad de tratamientos. El soft law aparece recogido en muy diversos instrumentos, como declaraciones, cartas, resoluciones que recogen principios, conceptos y criterios no incorporados al Derecho positivo.

(38) Tal y como establece esta Carta de Buenas Prácticas en la Administración Autonómica y Local de la Comunitat Valenciana, *«el establecimiento de las buenas prácticas a través de esta carta va encaminado a la consecución de una forma de gobierno conocida con el nombre de gobernanza: Forma de gobierno caracterizada y definida por la idea de compartir la responsabilidad entre los actores públicos y diferentes entidades o asociaciones que se incorporan a la toma de decisiones de formas muy variadas, con el fin de definir políticas y regular servicios de forma coordinada y compartida»*.

Todas las Comunidades Autónomas, en desarrollo de las previsiones estatutarias, han aprobado en su ámbito territorial una Ley reguladora de la iniciativa legislativa popular, que permite la participación directa de los ciudadanos en el proceso de producción normativa en las Asambleas autonómicas. Esta normativa autonómica se asemeja, en términos generales, al modelo de la iniciativa nacional (39), con una clara reproducción de las condiciones subjetivas, formales, procedimentales y materiales. Este mimetismo ha sido objeto de crítica desde diversos ámbitos (40), en la medida en que el legislador autonómico goza de un amplio margen de discrecionalidad como para renunciar a buena parte del régimen jurídico y, por tanto, facilitar e innovar el ejercicio de la iniciativa legislativa a los ciudadanos de su comunidad inspirándose en el principio de promoción de la participación del artículo 9.2 CE'78 y de los correlativos preceptos estatutarios (41). Destaca, sin embargo, el régimen aprobado recientemente en Cataluña a través de la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de la iniciativa legislativa popular, que se aparta de esa tendencia mimetista del resto de las Comunidades Autónomas. La propia elaboración de este texto legal se hizo mediante un intenso proceso participativo, tal y como reconoce el Preámbulo de la norma, que señala se han tenido en cuenta «*la experiencia acumulada durante la vigencia de la Ley 2/1995, los procesos de debate ciudadano sobre esta figura, promovidos por el Gobierno, y las consultas a algunas entidades impulsoras, que han realizado aportaciones que deben permitir una mejora legislativa sustancial*». Tras esta reforma, el derecho estatutario a promover y presentar una iniciativa legislativa ve cómo se amplía el ámbito de personas legitimadas, liberando buena parte de las limitaciones materiales y procedimentales traspuestas de la Ley Orgánica

---

(39) El sistema de iniciativa ciudadana de ley autonómica ha sido calificado como «una especie de retrato, a escala reducida, y con ciertas variaciones y complicaciones, del previsto en el artículo 87 CE». Manuel ARAGÓN REYES, *La iniciativa legislativa*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 16 (1986), p. 304.

(40) Por todos, ver María Jesús LARIOS PATERNA, *Participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2003, p. 246, para la que «hubiera sido deseable, e incluso más adecuado a las exigencias participativas de unos entes descentralizados y más próximos al ciudadano, que en este aspecto los Parlamentos autonómicos hubiesen innovado haciendo más fácil el acceso de los ciudadanos a la institución parlamentaria».

(41) Víctor CUESTA LÓPEZ, op. cit., p. 309. Para este autor, «el respeto al contenido esencial de la legislación orgánica sobre iniciativa popular y a la homogeneidad institucional dentro de nuestro sistema de gobierno parlamentario no implica la anulación de la capacidad de autogobierno de las autonomías españolas para regular el funcionamiento de las instituciones propias y, en particular, su sistema de iniciativa legislativa».

3/1984 por el legislador de 1995. De este modo, cabe esperar el inicio de un proceso de modificación del régimen jurídico de la iniciativa popular en el ámbito autonómico, que facilite las condiciones de su ejercicio y propicie, en última instancia, el uso de este mecanismo. Ese nuevo régimen establecido en Cataluña —sin olvidar que la Ley Orgánica 3/1984 también fue modificada por la Ley Orgánica 4/2006, de 26 de mayo, con el mismo objeto, reducir trabas y facilitar el ejercicio—, junto a la nueva consideración dual de la iniciativa popular en los Estatutos de última generación —como procedimiento legislativo y como derecho subjetivo—, pueden servir de motor para la puesta en marcha de ese proceso renovador.

Además de la participación ciudadana en la actividad legislativa autonómica, la lista de mecanismos de participación directa se completa con la consulta al cuerpo electoral autonómico. Este mecanismo no ha sido objeto de tratamiento normativo, ninguna Comunidad Autónoma ha regulado esta figura, aunque también aquí los textos estatutarios de última generación pueden servir de punto de inflexión. Como se ha visto anteriormente, la última oleada de reformas estatutarias ha atribuido a las Comunidades Autónomas competencia exclusiva en materia de consultas populares, que, en todo caso, comprende el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la Comunidad Autónoma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de la regulación del referéndum y de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución (42). Esta habilitación competencial expresa, junto con el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a promover la celebración de consultas populares (43), debería servir de palanca que incentive la aprobación de una legislación sobre consultas populares autonómicas que determine requisitos, formas y procedimientos.

Otro mecanismo clásico de participación ciudadana en los asuntos públicos, el derecho de petición, apenas ha sido objeto de atención por

---

(42) Según este artículo 149.1.32 CE/78, la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum es una competencia exclusiva del Estado.

(43) Como se ha visto anteriormente, dentro de la lista estatutaria de derechos subjetivos de participación, Cataluña, Islas Baleares y Andalucía reconoce el derecho de los ciudadanos a promover la celebración de consultas populares sobre cuestiones de interés general relacionadas con las competencias de su Comunidad [art. 29.6 EACat, art. 15.2.c) EAIB, art. 30.1.c) EAAnd.].

las instancias autonómicas (44), a pesar de la habilitación que ostentan éstas para regular su ejercicio en el ámbito de la Administración autonómica. En desarrollo de lo previsto en el artículo 29 CE'78, hoy es la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, la norma que establece el régimen del derecho de petición, cuya Disposición Final Única establece que las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones de desarrollo y aplicación de esta Ley Orgánica que resulten necesarias. Únicamente Cataluña ha hecho ejercicio de esta habilitación a través del Decreto 21/2003, de 21 de enero, por el que se establece el procedimiento para hacer efectivo el derecho de petición ante las administraciones públicas catalanas, régimen que apenas se separa del establecido por la normativa estatal (45). En este sentido, la Ley Orgánica 4/2001 define de manera detallada su ejercicio, configurándose como suficiente para hacer uso de este derecho en el ámbito de la Administración autonómica, no existiendo, por tanto, un vacío normativo que impida el libre ejercicio del derecho. Esto ha provocado una escasa atención por parte de las autoridades autonómicas.

### **C) Régimen jurídico de la organización administrativa**

La integración de la participación ciudadana en la estructura autonómica empieza a tener reflejo en las normas reguladoras de la organización y funcionamiento de la Administración. El legislador autonómico, acorde con el discurso que triunfa en los ámbitos administrativos modernos, incluye la participación ciudadana como uno de sus pilares informadores, en conexión con el modelo de una Administración deliberativa basada en la cercanía, transparencia y calidad. En este sentido, la última oleada de normas reguladoras ha supuesto una profundización democrá-

---

(44) La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reconoce «el carácter residual» del derecho de petición respecto a otros instrumentos de relación entre los ciudadanos y los poderes públicos, aunque «no debe pensarse que el de petición es un derecho menor», ya que «en el momento actual entronca de manera adecuada con las tendencias mayoritarias que proclaman una mayor participación de los ciudadanos, y de los grupos en que se integran, en la cosa pública, una mayor implicación en las estructuras institucionales sobre las que se asienta nuestro Estado social y democrático de Derecho».

(45) En este sentido, el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña sobre el proyecto del Decreto regulador del derecho de petición, reconoce expresamente el carácter lo suficiente detallado de la legislación estatal, que cubre un aspecto muy amplio de su régimen jurídico dejando un escaso margen para la regulación autonómica.

tica en las estructuras administrativas, siendo claro ejemplo la normativa navarra y gallega.

La primera a través de la Ley Foral 21/2005, de 29 de diciembre, Ley Foral de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos, cuyo artículo 4 establece los criterios y principios que han de informar la evaluación de las políticas públicas y la calidad de los servicios públicos, reconociendo, entre ellos, el principio de legitimidad democrática, el principio de transparencia, y el principio de participación ciudadana.

Por su parte, la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega (46), proclama que las entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y el personal a su servicio, deben adecuar sus actividades a una serie de principios, entre los que se encuentra el fomentar y favorecer la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y en el diseño y mejora de los servicios públicos (artículo 2). En concreto, se basa en la necesidad de proporcionar y difundir información constante, veraz, objetiva y clara sobre la actuación del sector público autonómico; mantener un diálogo abierto, transparente y regular con asociaciones representativas y con la sociedad civil; y propiciar la participación abierta de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones de carácter general. Concreción de este espíritu, merecen ser destacadas dos previsiones contenidas en esta Ley. Por un lado, la participación ciudadana en la programación administrativa, al señalar que *«la Administración general de la Comunidad Autónoma establecerá programas anuales y plurianuales en que se definirán los objetivos concretos y las actividades y medios necesarios para ejecutarlos, así como el tiempo estimado para su consecución»*, añadiendo que *«se promoverán fórmulas para que las personas, individualmente o por medio de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que las agrupen o representen, puedan participar en el diseño y elaboración de estos pro-*

---

(46) El Preámbulo de esta Ley parte de un fundamento claro que habilita su aprobación: *«La participación de la ciudadanía en los asuntos públicos se conforma hoy como un elemento fundamental en el contexto de un nuevo modelo de gobierno caracterizado por la transparencia, la información y la asunción de responsabilidades, y constituye, además, una expresa encomienda que el artículo 9.2 de la Constitución realiza a los poderes públicos en general y que el artículo 4.2 de nuestro Estatuto de autonomía deposita sobre los poderes públicos de Galicia, a los cuales encarga el cometido de facilitar la participación de todos los gallegos y gallegas en la vida política, económica, cultural y social»*.

*gramas en los términos en que se determine reglamentariamente*». Tiene en cuenta, para el cumplimiento de estos mandatos, las posibilidades que proporcionan las nuevas tecnologías como instrumento para propiciar la participación, al establecer que «*la página web correspondiente contendrá la información sobre los programas y sus objetivos, y las formas de participación contempladas en el apartado 2 de este artículo*». Por otro lado, lleva a cabo una regulación innovadora en cuanto a la participación en la elaboración de disposiciones de carácter general, obligando a cada Consejería a publicar en su página web la relación circunstanciada y motivada de los procedimientos de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general que estén en curso, indicando su objeto y estado de tramitación, así como la posibilidad que tienen las personas de remitir sugerencias y la forma de hacerlo. En cualquier momento anterior al trámite de audiencia o, en su caso, al informe final de la secretaría general, las personas, individualmente o por medio de asociaciones que las agrupen o representen, podrán remitir sugerencias relativas a aquellos proyectos que les afecten. Las proposiciones, sugerencias o recomendaciones recibidas serán tenidas en cuenta por el órgano encargado de la redacción del texto del proyecto, que podrá asumirlas o rechazarlas a través de un informe final en el cual recibirán una respuesta razonada, salvo las de reconocida y notoria urgencia, que podrá ser común para todas aquellas sugerencias que planteen cuestiones sustancialmente iguales. Junto a este mandato, la Ley se encarga de cerrar posibles debates en cuanto a la naturaleza de este mecanismo, al señalar que ni la presentación de propuestas atribuye, por sí misma, la condición de persona interesada en el procedimiento, ni este instrumento de intervención sustituye el trámite de audiencia pública en los supuestos en que sea preceptivo de acuerdo con la normativa de aplicación.

#### **D) La participación sectorial**

Un último ámbito de actuación normativa en materia de participación ciudadana tiene que ver con el régimen jurídico de la participación sectorial. Sin perjuicio de la ordenación jurídica de los mecanismos generales de participación, desde las instancias autonómicas se considera fundamental reorganizar la intervención de la ciudadanía en la normativa sectorial, es decir, profundizar el derecho de participación en aquellos sectores de intervención administrativa que por sus características, exijan

una especial interacción entre ciudadanía y Administración. Ahora bien, la línea de democratización sectorial y la influencia de las nuevas corrientes participativas no ha sido la misma en todos los sectores, existiendo ámbitos sensibles como los relativos a servicios públicos esenciales —educación, sanidad, servicios sociales—, aquellos que hacen referencia a los conocidos como derechos de tercera generación —medio ambiente—, o sectores en los que se generan conflictos sociales especiales —agua, urbanismo—, en los que su régimen jurídico hace especial hincapié en el elemento participativo.

Se pueden distinguir tres grandes grupos sectoriales desde el punto de vista de la configuración jurídica de los mecanismos de participación. Un primer grupo está compuesto por aquellos sectores en los que su normativa no recoge ninguna mención a la participación de la ciudadanía, o lo recoge únicamente a nivel de principio declaratorio sin ninguna previsión normativa concreta. En un segundo grupo se sitúa la normativa sectorial que contempla mecanismos clásicos de participación, esto es, formas de naturaleza procedimental —a través del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de normas administrativas, o del trámite de información pública para la adopción de decisiones que afectan a grupos indeterminados de personas—, y formas orgánicas —mediante la creación de órganos consultivos de los que forman parte representantes de las organizaciones sociales—. Y un tercer grupo compuesto por aquella normativa sectorial de última generación que prevé instrumentos innovadores para propiciar la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas.

Conviene detenerse aquí, desde la perspectiva de la participación como instrumento de profundización democrática, en este último grupo. Dentro de esta normativa, existen sectores en los que su régimen jurídico contempla mecanismos de participación intensa porque así se impone desde instancias territoriales superiores —medio ambiente (47) y materia

---

(47) Sin lugar a dudas, el sector medioambiental es uno de los más sensibles a la participación ciudadana. La Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (que transpone la Directiva 2001/42/CE), anticipó el pilar de participación pública. Poco después, la Ley 27/2006, de 18 de julio, ha regulado los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, ley que viene a aplicar el Convenio de Aarhus y las directivas comunitarias en la materia, al tiempo que se presenta como desarrollo del artículo 45 de la CE'78. También la legislación autonómica viene asumiendo el principio de participación. Es el caso, a modo de ejemplo,

hidráulica (48)—, o por decisión discrecional del legislador —servicios sociales—. En especial, merece una atención detallada éste último y, en concreto, las previsiones contenidas en la reciente Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales Cataluña, que puede configurarse como referencia en el derecho español en cuanto al reconocimiento de mecanismos para propiciar la implicación de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas.

---

de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón, en cuyo artículo 2 se establece como finalidad el «fomentar la participación social en los procedimientos administrativos regulados en la presente Ley y garantizar la efectividad de los trámites de información pública previstos», reiterado posteriormente en el artículo 9 («información ambiental y participación pública») a modo de mandato.

(48) En materia hidráulica, siguiendo las directrices impuestas por la Directiva Marco del Agua, el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, contempla en su artículo 14 los principios rectores de la gestión en materia de aguas, entre los que se encuentra expresamente la participación de los usuarios, reconociendo asimismo el derecho a acceder a la información en materia de aguas (artículo 15). Cabe resaltar aquí por su importancia e innovación desde una perspectiva jurídica, el carácter participativo en la política de planificación hidráulica. El artículo 41 del Real Decreto Legislativo 1/2001 («elaboración de los planes hidrológicos de cuenca»), «*garantiza la participación pública en todo el proceso planificador, tanto en las fases de consultas previas como en las de desarrollo y aprobación o revisión del plan. A tales efectos se cumplirán los plazos previstos en la disposición adicional duodécima*». En este sentido, la Disposición Adicional Duodécima establece: «*El organismo de cuenca o administración hidráulica competente de la Comunidad Autónoma publicarán y pondrán a disposición del público, en los plazos que en esta disposición se establecen, los siguientes documentos: a) Tres años antes de iniciarse el procedimiento para la aprobación o revisión del correspondiente plan hidrológico, un calendario y un programa de trabajo sobre la elaboración del plan, con indicación de las fórmulas de consulta que se adoptarán en cada caso; b) Dos años antes del inicio del procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, un esquema provisional de los temas importantes que se plantean en la cuenca hidrográfica en materia de gestión de las aguas; c) Un año antes de iniciar el procedimiento, los ejemplares del proyecto de plan hidrológico de cuenca. 2. El organismo de cuenca o administración hidráulica competente de la Comunidad Autónoma concederán un plazo mínimo de seis meses para la presentación de observaciones por escrito sobre los documentos relacionados en el apartado 1 de esta disposición. 3. Previa solicitud y en los términos que se establezca reglamentariamente, se permitirá el acceso a los documentos y a la información de referencia utilizados para elaborar el plan hidrológico de cuenca*». La legislación autonómica asume estas previsiones normativas, introduciendo en su regulación sectorial la exigencia de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas en la materia. En Aragón, la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, tiene por objeto, entre otros, la creación de instrumentos de participación social en la formación de la política que sobre el agua desarrollen las distintas instituciones de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 1), añadiendo, como principio general de la actuación de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales, la transparencia y facilidad en el acceso de los ciudadanos a la información en materia de aguas, en los términos previstos en la normativa que regula el derecho a la información en materia de medio ambiente, y fomento de la participación social directa de todas las partes en la determinación de las políticas correspondientes (artículo 2).

La Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales Cataluña, contempla en su articulado todo un catálogo de principios e instrumentos de participación ciudadana. La finalidad de la participación es, según esta norma legal, integrar la deliberación en los procesos de toma de decisiones para adecuar el sistema de servicios sociales a las necesidades de las personas y a su diversidad. Los objetivos de la participación son la implicación de toda la sociedad en los asuntos sociales, la prevención de la fragmentación social, la innovación en la prestación de los servicios y el reforzamiento de las redes sociales de apoyo (artículo 47). La Ley 12/2007 establece diversos mecanismos de participación, con un carácter abierto y flexible, que permite la adaptación de dichos mecanismos a las especificidades del sector y las necesidades de cada momento. Por un lado, para la elaboración del Plan estratégico de servicios sociales —elaborado por el departamento competente en esta materia, y aprobado por el Gobierno—, debe establecerse por reglamento un proceso participativo con la intervención del Consejo de Coordinación de Bienestar Social, del Consejo General de Servicios Sociales y del Comité de Evaluación de Necesidades de Servicios Sociales. Por otro, como canales de participación, el artículo 48 señala que la participación cívica en el sistema de servicios sociales se articula mediante los órganos de participación establecidos por la presente Ley, procedimientos participativos o cualquier otra acción que sea pertinente. Además, la Ley 12/2007 regula de forma expresa, como una de sus principales novedades dentro del ordenamiento jurídico español, el proceso de participación. Según el artículo 56, *«las administraciones competentes en materia de servicios sociales deben establecer procesos de participación en la planificación, gestión y evaluación de los servicios sociales»*, entendiendo por proceso de participación *«el que, de una forma integral, incluye las tres fases siguientes: a) Fase de información, en la que se informa a los ciudadanos del proyecto en el que se pretende pedir la participación; b) Fase de debate ciudadano, mediante el cual, utilizando las metodologías adecuadas, se promueve el debate entre los ciudadanos y se recogen propuestas; c) Fase de retorno, mediante el cual se traslada a los participantes el resultado del proceso de participación»*.

También merece una especial atención el tratamiento prestado por el legislador autonómico al reconocimiento de esferas participativas en el ámbito de la ordenación territorial, dado el carácter transversal y la concurrencia de muy diferentes intereses en esta materia. Sin perjuicio de

encontrar diversas referencias en las legislaciones autonómicas en vigor, conviene hacer referencia aquí, por su intensidad, a la Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, de la Comunidad Valenciana, que recoge en su artículo 2 la participación activa de los ciudadanos como objetivo de la política territorial de la Generalitat. Como plasmación de este principio informador, el artículo 10 («participación ciudadana») establece que, además de someter los planes de ordenación territorial y urbanísticos al trámite de información pública y participación previsto en esta Ley y en la legislación urbanística, el Consell de la Generalitat se encargará de fomentar mecanismos de participación de los ciudadanos que contribuyan a la formación de las políticas y estrategias territoriales y en materia de vivienda, cláusula que habilita al Gobierno a definir procesos participativos y mecanismos de participación directa. No obstante, esta norma no queda ahí, haciendo suyo de forma expresa el concepto de gobernanza en su Título V («Gobernanza del territorio y paisaje»), señalando en el artículo 89 que la toma de decisiones para una ordenación equilibrada y sostenible del territorio se fundamentará en procesos basados en principios como la participación de los ciudadanos en las fases de decisión sobre políticas, planes y programas territoriales y la accesibilidad a la información por todos los ciudadanos. Para ello, ordena al Gobierno autonómico a fomentar la utilización de los cauces de participación existentes y de aquellos otros que sean necesarios para facilitar, fomentar y garantizar la participación institucional y de los ciudadanos en la toma de decisiones en materia de ordenación del territorio, ordenándole la aprobación mediante decreto de la composición y funciones de las juntas de participación de territorio y paisaje (49).

---

(49) Según el artículo 99 de la Ley 4/2004, estas juntas de participación constituyen el cauce directo de intervención ciudadana en la política territorial y del paisaje, debiendo dar cabida en su composición tanto a las instituciones públicas a que se refieren los artículos anteriores como a las asociaciones cuyos fines tengan vinculación directa con el territorio o el paisaje. En concreto, las funciones que se les atribuyan se referirán como mínimo a: a) Informe previo de los planes de acción territorial integrados que afecten total o parcialmente al ámbito de la junta; b) Participación en la definición de los objetivos de calidad paisajística de los planes de paisaje; c) Informe previo de los programas y proyectos para la sostenibilidad y la calidad de vida que afecten total o parcialmente al ámbito de la junta.

## **E) Planificación en materia de participación ciudadana**

Las Comunidades Autónomas que han iniciado una política pública dirigida a propiciar la participación de la ciudadanía, conscientes de la transversalidad de la materia, han puesto en marcha técnicas de planificación con el objeto de ordenar las actividades públicas a desarrollar, fijar los objetivos y encauzar las intervenciones para su cumplimiento.

En esta línea, Cataluña aprobó recientemente el Plan Interdepartamental de Participación Ciudadana de Cataluña (2008-2010), con la finalidad de incrementar la cantidad y calidad de la participación, programando y coordinando las actuaciones necesarias para incorporar a la ciudadanía en la elaboración de leyes, planes y programas, así como hacer más transversal e integral la cultura de la participación dentro de la Generalitat (50). Por su parte, para poder desarrollar el I Plan de Participación Ciudadana de las Illes Balears, se elaboró en esta Comunidad un documento marco que sirviera de base para la futura concreción del Plan (51), en el que se analiza la situación actual de la participación ciudadana, se fijan los objetivos y principios rectores de la política de participación, así como la definición de una serie de acciones para el primer plan en la materia. La Comunidad Valenciana, a través del Plan Director de Ciudadanía 2008-2011, diseña las líneas estratégicas y compromete las acciones a seguir por la Dirección General de Ciudadanía e Integración en los próximos cuatro años. Tras la consideración de la transversalidad del Plan —en cuanto implica actuaciones de diferentes Consejerías de la Generalitat sobre participación ciudadana—, lleva a cabo un diagnóstico de la situación de partida, define una situación de futuro y diseña los ejes de actuación en cada una de las líneas de actuación de la Dirección General para lograr los objetivos estratégicos definidos. En concreto, las políticas a desarrollar en este Plan se agrupan en tres Líneas de Actuación: Ciudadanía y Redes Sociales, Participación, y Solidaridad y Volun-

---

(50) En concreto, el Plan contempla como objetivos concretos: a) Establecer criterios comunes entre todos los departamentos de la Generalitat, tanto con respecto a la introducción de la participación ciudadana como instrumento de gobernación y de relación de la Administración con la ciudadanía y la sociedad civil organizada, como los mecanismos y procedimientos que se han de emplear; b) Programar las acciones de participación ciudadana y prever los recursos necesarios; c) Coordinar las acciones de participación para racionalizar y armonizar la participación en la Generalitat.

(51) El documento marco fue aprobado por el Consejo de Gobierno de día 25 de enero de 2008.

tariado. Otras Comunidades Autónomas se han apartado de esa finalidad ordenadora y global de la planificación, haciendo uso de la misma para objetos específicos, como el caso de Canarias, cuyo Plan de Participación Ciudadana es diseñado para definir —a modo de hoja de ruta— el proceso de participación que lleve a la elaboración y aprobación de la futura Ley Canaria de Participación Ciudadana.

### **3. La actuación relacional**

Junto a la política organizativa y normativa, un tercer tipo de actuación autonómica tiene que ver con la estrategia relacional, que hace referencia al conjunto de instrumentos e iniciativas que permiten intensificar la interrelación entre Gobierno y ciudadanía, ya sea facilitando los recursos necesarios para ello, o bien creando oportunidades de inclusión en los procesos de toma de decisiones (NAVARRO YÁÑEZ). Por tanto, su rasgo más sobresaliente sería el ejercicio de facilitación.

En este sentido, hay que hacer una primera reflexión en cuanto a las peculiaridades de la materia. Si bien el esquema más aceptado a la hora de determinar las formas generales de intervención administrativa es la clasificación tripartita de policía, fomento y servicio público —sin perjuicio de otras complementarias añadidas por la doctrina moderna—, la actuación de los poderes públicos en materia de participación ciudadana se aparta de este modelo clásico, tanto por la propia naturaleza de la materia como por la finalidad perseguida. La intervención de la Administración no vendría tanto por la vía de la ordenación o control, sino más bien de la mano de la promoción de aquellas formas más efectivas para lograr la finalidad social perseguida, razón por la cual los medios administrativos más utilizados en estos casos son el fomento, la promoción y la formación.

Asistimos así a una tendencia intervencionista en materia de participación ciudadana, un nuevo intervencionismo administrativo en el nivel autonómico que encuentra un intenso amparo jurídico —tanto por las previsiones constitucionales, como por las nuevas referencias estatutarias—, y social —por las demandas de mayores cotas de intervención provenientes de la propia sociedad—. Ahora bien, como se verá, esta intervención sigue diferentes grados de intensidad para cada una de las modalidades de actuación.

## A) Actividad de fomento

Un primer tipo de intervención en materia de participación ciudadana es la clásica actividad de fomento, desarrollando medidas por las que los poderes públicos autonómicos buscan estimular, incentivar y sostener determinadas actividades públicas o iniciativas privadas que concurren en un incremento de la participación de la ciudadanía.

Es esta forma de intervención la que se puede considerar como eje nuclear de la política pública de participación, en la medida en que los poderes públicos no buscan tanto limitar o imponerse a los ciudadanos —idea contraria a la propia esencia de la participación—, sino que se dirige al estímulo, trata de propiciar la implicación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones públicas como complemento a los mecanismos tradicionales de democracia representativa. En este sentido, el propio artículo 9.2 CE'78, así como el artículo 15.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón, resaltan la esencialidad de esta intervención administrativa, al proclamar que los poderes públicos deben *facilitar* la participación de todos los ciudadanos en la vida política. En concreto, los mecanismos de fomento que ponen en marcha los poderes públicos autonómicos adoptan muy diversas formas, reconducidas a medidas económicas —fundamentalmente subvenciones— y medidas honoríficas.

Entre las Comunidades Autónomas que desarrollan esta actuación de fomento, la primera medida común es el establecimiento de un régimen de ayudas y subvenciones, tanto a entidades locales como a asociaciones, para estimular la participación ciudadana.

Respecto a las entidades locales, desde la Comunidad Autónoma se quieren desarrollar medios y canales de participación que faciliten la intervención de las personas en la articulación de las políticas públicas locales, vertebrando el territorio desde una perspectiva de profundización democrática. La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local, pone un acento especial en la necesidad de impulsar las vías de participación de los ciudadanos en los gobiernos locales, independientemente del tamaño municipal de los mismos. Por ello, y respetando el principio de autonomía local garantizado en el artículo 137 de la Constitución Española, es voluntad del Gobierno autonómico fomentar los valores y las prácticas de participación ciudadana que enriquezcan la calidad democrática de las entidades locales.

Sobre este fundamento, las Comunidades Autónomas recogen, como acción de fomento, las ayudas públicas destinadas a sufragar los gastos de sostenimiento de los proyectos de participación ciudadana puestos en marcha por las entidades locales, al considerar a éstas como cauce inmediato y catalizador fundamental de la participación. En esta línea, Valencia y Cataluña convocan este tipo de subvenciones, considerando como acciones subvencionables el desarrollo de procesos participativos, la puesta en marcha y consolidación de espacios y órganos de participación, así como estructuras de apoyo. El primer tipo de acción hace referencia a aquellos proyectos que, usando metodologías diversas, generen debates sociales y recojan aportaciones ciudadanas destinadas a mejorar tanto el contenido como la aplicación de las diversas políticas locales (Agendas 21, planes sectoriales, etc.). Mientras, los espacios de participación se definen como aquellos recursos organizativos y/o procedimentales que, de manera estable y continuada, articulan la participación regular de la ciudadanía en la formulación y la ejecución de las diversas políticas locales (Reglamentos de Participación Ciudadana, consultas populares, infraestructuras tecnológicas al servicio de la participación, etc.). Las estructuras de apoyo, por su parte, permiten disponer de los recursos humanos-técnicos para poner en marcha mecanismos participativos, bien para la gestión de un proyecto concreto (como el Buzón Ciudadano en la Comunidad Valenciana), bien para garantizar la eficacia y eficiencia de instrumentos de participación en general. Junto a estas actuaciones subvencionables comunes, Cataluña contempla una cuarta categoría, los planes de participación, como aquellas actuaciones que de manera conjunta, sistemática y coordinada, pretenden ordenar las acciones promovidas por los entes locales para hacer más eficaz y efectiva la participación ciudadana en su territorio.

Otra acción de fomento dirigida a las entidades locales se centra en la formación, como referente para la creación de una nueva cultura política y administrativa. La participación ciudadana no ha de limitarse a que las autoridades locales informen a la población de sus actividades y decisiones o inviten a los ciudadanos a presenciar sus debates, sino que implica escuchar a la población en la formulación de sus propios problemas y en la búsqueda de oportunidades y mejoras. Además, es indispensable proporcionarles los medios para encauzar una acción política, social o económica y participar en las decisiones públicas con propósitos de cambio. En este marco, el objeto de estas subvenciones, puestas en marcha tanto

en Aragón como en Cataluña, es mejorar la capacidad de intervención y propuesta de los responsables locales para facilitar la participación ciudadana en el diseño y aplicación de las políticas públicas. Comprender los conceptos de la participación ciudadana, interiorizar los instrumentos participativos que reconoce el actual ordenamiento jurídico y el análisis de su mejora, así como visualizar herramientas técnicas y experiencias desarrolladas, devienen como elementos fundamentales para la definición e implementación de políticas locales que promuevan la participación de la ciudadanía en la construcción de lo público.

Destaca también, junto a las ayudas públicas dirigidas a las entidades locales, las subvenciones convocadas por varias Comunidades Autónomas para sostener los proyectos desarrollados desde las asociaciones y entidades sociales. En este sentido, el objeto común de estas Comunidades es potenciar el asociacionismo como forma de interacción entre el Gobierno y la ciudadanía, y apoyar aquellas actuaciones que potencien el carácter democrático de la organización y funcionamiento de estas asociaciones, a cuyo fin se trata de incentivar la elaboración de planes de participación que mejoren la estructuración de las Asociaciones (Cataluña), así como de las Confederaciones, Federaciones y Asociaciones Vecinales (Valencia). A esta línea común, la Comunidad Valenciana añade, como subvención independiente, el apoyo a aquellas entidades ciudadanas para que diseñen y pongan en práctica fórmulas de participación ciudadana dirigidas a segmentos de población con más dificultades para participar, bien por razones de edad (juventud y tercera edad), por tener algún tipo de discapacidad, por ser ciudadanos procedentes de otros países o por otros motivos.

Finalmente, Cataluña ha puesto en marcha un programa de subvenciones dirigidas a las entidades sin ánimo de lucro vinculadas a la ecología y a la protección del medio ambiente, apoyando y resaltando la labor desarrollada por estas entidades desde un punto de vista de la participación en la toma de decisiones públicas, en concreto, en aquellas con incidencia en los aspectos medioambientales. Se trata de apoyar la elaboración de informes que contribuyen a valorar el impacto ambiental de los planes, programas y proyectos del Gobierno de Cataluña que legalmente deben ser consultados al público de acuerdo con la Directiva 2003/35/CE y la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

La segunda medida común dentro de los mecanismos de fomento es el establecimiento de medidas honoríficas, cuyo objeto es incentivar tanto las actuaciones públicas desarrolladas por las entidades locales como aquellas actividades relevantes de las asociaciones, tendentes a propiciar la participación de la ciudadanía en el proceso de decisión pública, mediante la creación de incentivos y premios. En esta línea, la Comunidad Valenciana convoca el Premio de Participación Ciudadana con el objetivo de reconocer a aquellas personas físicas o jurídicas que justificadamente hayan destacado en el fomento de la participación ciudadana mediante acciones, declaraciones, proyectos e iniciativas (52). En Cataluña, el Premio Innovación Democrática tiene por objeto premiar las experiencias de entidades locales que señalen nuevas formas de gobierno y de participación ciudadana y que promuevan una mejor calidad de la democracia.

## **B) Promoción**

Por promoción en materia de participación ciudadana entendemos la acción de los poderes públicos autonómicos, sobre todo de carácter material, encaminada a estimular, impulsar o potenciar la intervención de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas. De este modo, el concepto de promoción de la participación ciudadana es la esencia de la política pública en la materia.

El objetivo último de la actuación autonómica es implicar a la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones, a cuyo fin trata de propiciar, a través de diversos mecanismos, la intervención ciudadana en los asuntos públicos. Por ser la esencia de esta política, toda actuación desarrollada por los Gobiernos autonómicos —política normativa, planificación, organización administrativa, fomento, etc.—, se debe concebir como promoción de la participación. No obstante, cuando hablamos aquí de la actividad de promoción lo hacemos en un sentido estricto, haciendo referencia a aquellos mecanismos concretos e individualizados cuyo sentido directo es promover la participación directa. Dentro de este concepto res-

---

(52) En concreto, se recogen tres modalidades: Premio para Entidades Ciudadanas (reconocimiento de un proyecto o acción en concreto en materia de participación ciudadana que haya desarrollado en los tres últimos años una entidad), Premio para Ciudadanos (reconocimiento a la labor desarrollada por una persona física en materia de participación ciudadana), Premio de Honor (reconocimiento de una trayectoria continuada por parte de una entidad ciudadana o una persona física en materia de participación ciudadana).

tringido, se puede hablar de tres grandes instrumentos o ejes de promoción, como son el diseño y puesta en práctica de procesos de participación, la configuración de órganos colegiados para garantizar una participación eficaz, y la utilización de las Nuevas Tecnologías como mecanismos de interrelación entre ciudadanía y poder público.

Un primer instrumento para promover la participación ciudadana en las políticas públicas autonómicas son los procesos de participación. Siguiendo las líneas más innovadoras de los sistemas democráticos actuales, los Gobiernos autonómicos, a través de la Dirección General competente en materia de participación ciudadana, promueven, asesoran y acompañan procesos de participación que permiten la implicación de la ciudadanía en la definición de las políticas autonómicas. Estos procesos se configuran como la secuencia de actos que construye un diálogo argumentado entre la ciudadanía y las instituciones, que no vincula la decisión final que han de adoptar los poderes públicos —no olvidemos que la participación supone intervenir, no decidir—, y que permite una mayor legitimidad en la decisión final en la medida en que la Administración ha tenido en cuenta la opinión ciudadana, además de permitirle adaptarse de forma más eficaz a las demandas de la sociedad.

Dentro de su política de participación ciudadana, tanto Aragón como Cataluña han puesto especial énfasis en este instrumento, habiendo realizado diversos procesos de participación en políticas públicas de diferente carácter. En Aragón, desde la creación de la Dirección General de Participación Ciudadana en 2007, se han realizado procesos de participación, entre otros, para la elaboración de la Ley de Servicios Sociales, del Plan Integral para la Convivencia Intercultural 2008-2011, y del Plan Director de Cooperación al Desarrollo 2008-2011. Por su parte, Cataluña ha puesto en marcha cerca de treinta procesos de participación desde la creación en 2004 de su Dirección General de Participación Ciudadana, procesos para implicar a la ciudadanía en temas o materias tan importantes como la elaboración del nuevo Estatuto de Autonomía, el Libro Verde de la Administración de Justicia, la Convención Catalana del Cambio Climático, el Plan de Energía, etc., así como para la elaboración de diversas leyes —Ley de Servicios Sociales, Ley de Educación Permanente, Ley de Políticas de Juventud, etc.— (53).

---

(53) Entre los proyectos puestos en marcha, conviene destacar aquí el trabajo desarrollado desde la Junta de Extremadura para propiciar la participación ciudadana en el ámbito rural, en

Un segundo objeto dentro de la actuación autonómica de promoción es la modernización, racionalización y normativización de los espacios estables para la participación y el seguimiento de las diferentes políticas sectoriales (consejos, mesas, comisiones). Se trata de reconfigurar estos mecanismos orgánicos de participación y dotarles de un auténtico contenido participativo, con el fin último de que estos instrumentos se conviertan en pieza esencial para una participación real y eficaz.

Finalmente, dentro de la última oleada de intervenciones autonómicas que tratan de propiciar la participación, se sitúa como instrumento básico el uso de las Nuevas Tecnologías. Para fomentar una ciudadanía participativa es imprescindible que el Gobierno disponga de un canal de información bidireccional que permita, por una parte, transmitir información a la ciudadanía para que conozca, participe y se implique, y, por otra, que posibilite al Gobierno-Administración conocer cuáles son sus inquietudes, demandas, intereses, apreciaciones, decisiones, etc. De este modo, una tercera forma de promoción tiene que ver con el uso de las Nuevas Tecnologías y, en última instancia, con el impulso de la e-democracia, tratando de propiciar cauces de información y participación, adecuados y accesibles, a través de la Red. Ésta facilita la interactividad y constituye un instrumento más de participación ciudadana (54), permitiendo a la Administración acercarse a la ciudadanía a través de foros electrónicos, votaciones telemáticas, consultas ciudadanas, etc., configurándose así como instrumento útil para el intercambio de información, de consulta y de opinión entre los dos actores.

Con el objeto de aprovechar las posibilidades abiertas por las Nuevas Tecnologías para propiciar la participación de la ciudadanía en los

---

base a las metodologías reflejadas en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural y en los Planes de Desarrollo Rural. En concreto, el Decreto 113/2008, de 6 de junio, por el que se regula el proceso de participación social para el desarrollo rural en Extremadura, tiene por objeto establecer y poner en marcha un proceso de participación social para el desarrollo rural en Extremadura a través de la creación de estructuras estables de participación y la aplicación de una metodología basada en la participación, la cooperación y el compromiso de los ciudadanos, así como establecer las bases reguladoras para la concesión de ayudas para la puesta en marcha del citado proceso.

(54) En este sentido, conviene recordar que el artículo 70 bis.3 LBRL impone a las entidades locales el deber de «impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas» (foros virtuales, sondeos de opinión, consultas on line).

asuntos públicos, diversas Comunidades Autónomas han creado una página web específica para que los ciudadanos dispongan de información, y sirva de canal de opinión, sugerencia e intervención en los procesos de toma de decisiones de los poderes públicos, como la Comunidad de Baleares, a través de la página «Baleares Opina», o la Comunidad Autónoma de Aragón, que ha puesto en marcha recientemente la página «aragonparticipa».

### C) Formación e investigación

Una de las principales necesidades detectadas en la materia, y que en muchas ocasiones impide el objetivo de una participación real y plena, es lograr un adecuado conocimiento de los mecanismos que el actual ordenamiento jurídico ofrece para hacer efectivo este derecho. De poco o nada serviría potenciar los canales de participación sin una paralela labor orientada al fomento de la formación y cualificación de los cargos políticos, del personal técnico al servicio de la Administración y de la propia ciudadanía. Por este motivo, la formación adecuada es la base sobre la que ha de asentarse el progreso de la política pública de participación ciudadana (55).

---

(55) La importancia de la labor formativa ha encontrado reflejo legal en la norma valenciana. Según el artículo 23 («Programas de formación para la participación ciudadana») de la Ley 11/2008 de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, «la Generalitat, con la finalidad de promover el asociacionismo entre la ciudadanía y la participación ciudadana, realizará programas de formación para la ciudadanía y las Entidades Ciudadanas, que tendrán entre sus objetivos fundamentales el conocimiento de las instituciones valencianas de autogobierno, la representación y promoción de los intereses generales o sectoriales y la mejora de su calidad de vida». En concreto, estos programas tienen como «finalidad principal: a) divulgar el régimen de participación ciudadana previsto en la presente Ley, en especial, los derechos reconocidos a las Entidades Ciudadanas; b) formar a las Entidades Ciudadanas en la utilización de los instrumentos y mecanismos de participación recogidos en la presente Ley; c) formar a las Entidades Ciudadanas en su gestión interna con la finalidad de cumplir las obligaciones previstas en la presente Ley; d) formar a las Entidades Ciudadanas en mejorar el uso de los medios sociales, físicos y económicos de los que disponen, así como mejorar los mecanismos de difusión y sensibilización social, para una mayor eficacia en el cumplimiento de sus objetivos». Por su parte, el artículo 24 («Medidas de sensibilización y formación para el personal al servicio de la Administración Pública Valenciana») añade que además de los programas dirigidos a la ciudadanía y las Entidades Ciudadanas, «la Generalitat promoverá en las distintas Administraciones Públicas cursos de formación entre el personal al servicio de las mismas, con el objetivo de dar a conocer los instrumentos de participación ciudadana que regula la presente Ley, fomentado su aplicación y promoción por las instituciones públicas correspondientes», debiendo los citados cursos de formación «fomentar la cultura de la participación ciudadana en la Administración Pública y la cooperación y acercamiento de la Administración a la ciudadanía».

El concepto formación debe ser entendido en un sentido amplio. En el ámbito subjetivo, debe incluir a la ciudadanía y al personal de todas las Administraciones Públicas, tanto estatal, como autonómica y local —aunque el diferente carácter de cada una de ellas en relación con la participación ciudadana exige una formación específica—, y debe integrar, del mismo modo, al personal de las diferentes Consejerías o Áreas municipales, dado el carácter transversal de la materia, aunque debe ser más intensa en aquellos directamente relacionados con la participación ciudadana. En cuanto al ámbito objetivo, la formación debe abarcar todas aquellas materias genéricas que hagan comprensible el sentido de la participación (bases conceptuales, marco jurídico, instrumentos de participación, etc.), como aquellos ámbitos específicos de participación para las diferentes áreas de actuación pública (medio ambiente, educación, etc.).

La mayoría de las Comunidades Autónomas que han puesto en marcha una organización administrativa específica prestan una especial atención a la formación en materia de participación ciudadana, siendo muy variadas las actuaciones llevadas a cabo en este ámbito.

Esta formación se canaliza fundamentalmente a través de los Institutos y Escuelas de Administraciones Públicas autonómicas, con la realización de cursos y actividades de carácter generalista, específica y/o sectorial, dirigido tanto al personal de la Administración Autonómica como al de la Administración Local.

La celebración de Jornadas de Participación Ciudadana que vienen desarrollándose deviene como un segundo pilar de esta política formativa, acción dirigida tanto a cargos políticos como a técnicos y ciudadanía, en algunas ocasiones como un elemento más de la actuación formativa, en otras como acto de proceso participativo.

De la actuación de algunas Comunidades Autónomas también se desprende un apoyo a los estudios universitarios en materia de participación ciudadana. La colaboración del Gobierno autonómico con las Universidades en el ámbito de la formación e investigación es considerada como una gran inversión de futuro, desarrollando este campo de actuación de forma variada: becas para la realización de estudios sobre democracia y participación ciudadana; patrocinio y apoyo en cursos, másters y postgrados; firma de Convenios para potenciar el estudio de materias relacionadas por la participación, etc.

Con un carácter más específico, como se ha visto anteriormente, algunas Comunidades Autónomas (Aragón y Cataluña) otorgan ayudas públicas para aquellos proyectos que se dirijan a la formación del personal al servicio de la Administración Local.

## V. CONCLUSIÓN

Como se ha ido analizando, el derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos está siendo objeto de una intensa revisión en diversas Comunidades Autónomas. Se observa un profundo proceso de cambio en la toma de decisiones públicas que, probablemente, se vaya extendiendo paulatinamente a otras Comunidades. Estamos, no obstante, en el inicio de este proceso, y por delante quedan muchos retos que van a exigir configurar instrumentos y procedimientos que hagan eficaz esta nueva forma de entender el diseño de las políticas públicas.

En este punto, una reflexión final que ha de servir como punto de partida. Como ha señalado parte de la doctrina, se trataría de buscar un modelo que fortalezca la educación en los valores democráticos, eliminando las barreras que separan al ciudadano de la acción política, y privilegiando la defensa de los intereses generales frente a la de los intereses particulares. Propiciar la implicación de la ciudadanía y fortalecer, de esta manera, la legitimación de las instituciones y del propio sistema democrático (56). Desde luego, este modelo requiere en sus fases iniciales una triple actuación.

En primer lugar, la propia organización administrativa deviene como pilar fundamental en este camino que se ha iniciado, adecuando sus estructuras institucionales y no institucionales al proceso participativo. Esta voluntad de reforma va a crear dentro de la Ciencia de la Administración una corriente de estudios centrados específicamente sobre la reforma administrativa, donde el complejo fenómeno de la intervención de los ciudadanos en las tareas públicas no puede quedar reducido exclusivamente a las tradicionales vías del artículo 105 CE'78, sino que su contenido habría que entenderlo sólo como un listado parcial de medios de participación dentro de la amplitud de posibilidades ofertadas en el artículo 9.2 CE'78.

---

(56) *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, op. cit., p. 239.

Se trataría de mejorar aquellos mecanismos ya existentes —por ejemplo, la multiplicidad de órganos colegiados y su escasa operatividad participativa— y adecuar, abrir la organización administrativa a nuevos cauces participativos que permitan una verdadera implicación ciudadana. Desde luego, para ello será necesario, además de contar con una decidida voluntad política, potenciar la transversalidad y coordinación haciendo cómplices a todos los actores públicos.

El desarrollo de este modelo verdaderamente democrático de participación ciudadana precisa, además, de la configuración inicial de un marco normativo que contemple acciones, procesos, vías y órganos eficaces de participación. Una adecuada legislación ha de servir de palanca de cambio, marco normativo que ha de ser flexible y dinámico en cuanto las características propias de la participación así lo exige. De este modo, revisar el régimen jurídico de los mecanismos clásicos de democracia directa, facilitando el acceso a los mismos, y definir fórmulas innovadoras en la legislación para propiciar una verdadera democracia participativa, son dos hitos que merecerán una especial atención en el análisis de la política normativa de las Comunidades Autónomas que han iniciado este proceso.

Finalmente, el fortalecimiento de esta cultura política participativa va a exigir una formación en valores democráticos y una interiorización de este proceso en los tres actores principales de los que depende el éxito final, esto es, actores políticos, técnicos y ciudadanía. Esta formación y, en general, este nuevo proceso iniciado en los últimos años a nivel autonómico, debe ser capaz de generar un discurso político basado en la preeminencia de las fórmulas representativas y en la apertura de esferas participativas que permitan una deliberación permanente, resaltando así la verdadera complementariedad de la democracia participativa.

# **JURISPRUDENCIA**



**LA INAPLICACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO COMO  
VÍA PARA LA OBTENCIÓN DE LICENCIAS  
URBANÍSTICAS CONTRA LEGEM  
(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 28 de enero de 2009)**

M<sup>º</sup> TERESA CANTÓ LÓPEZ

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LAS TESIS A FAVOR DE LA VIGENCIA DEL SILENCIO POSITIVO CONTRA LEGEM: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA Y DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.— III. LA COHERENCIA ENTRE EL ART. 242.6 TRLS 1992 Y EL RÉGIMEN DEL SILENCIO DEL ART. 43 LEY 30/1992 TRAS LA MODIFICACIÓN LEGAL DE LA LEY 4/1999.— IV. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ART. 8.1. B) TRLS 2008 Y EL RÉGIMEN DEL SILENCIO DEL ART. 43 LEY 30/1992.— V. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y RESPONSABILIDAD POR DEMORA INJUSTIFICADA O DENEGACIÓN IMPROCEDENTE EN EL OTORGAMIENTO DE TÍTULOS ADMINISTRATIVOS HABILITANTES DE OBRAS Y SERVICIOS.— VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO AL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA ADQUISICIÓN DE LICENCIAS EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL.— VII. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* El presente trabajo analiza la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por la que se desestiman por silencio administrativo aquellas solicitudes de licencias de obras en contra de la ordenación territorial y urbanística. Como efecto inmediato, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 quiebra la tesis de un respetado sector doctrinal y de la última jurisprudencia de determinados Tribunales Superiores de Justicia, que, con fundamento en el art. 43.2 Ley 30/1992, defiende en materia de licencias urbanísticas *contra legem*, la aplicación en todo caso del silencio positivo ante la falta de respuesta de la Administración una vez finalizado el plazo para resolver y notificar. De acuerdo con esta postura, en la práctica, si un particular ha obtenido una licencia «por silencio positivo» en contra de la legislación o en contra del planeamiento urbanístico, la administración no puede desconocer este efecto jurídico ni resolver en sentido contrario; y si entiende que es perjudicial para el interés público debe acu-

dir a los procedimientos de revisión de oficio solicitando la suspensión de la medida obtenida por silencio administrativo positivo.

*Palabras clave:* silencio administrativo; Licencias urbanísticas; revisión de oficio; presunción de validez.

*ABSTRACT:* The present work analyzes the jurisprudential doctrine of the Supreme Court for which are considered to be rejected by lack of official response from a government those requests of urbanistic licenses of works in against the territorial and urban development regulation. As immediate effect, the Judgment of the Supreme Court of January 28, 2009 breaks the thesis of a respected doctrinal sector and of the last jurisprudence of certain Top Courts of Justice, that, with foundation in the art. 43.2 L 30/1992, it defends for urbanistic licenses contra legem, the application in any case of the positive silence before the lack of response of the Administration once finished the term to resolve and to notify. In agreement with this position, in the practice, if an individual person has obtained a license « for positive silence » in opposition to the legislation or in opposition to the urban development planning, the administration can neither know this juridical effect nor resolve in the opposite direction, so that if understands that it's harmful to the public interest the administration must come to the procedures of review ex officio requesting the suspension of the license obtained by administrative positive silence.

*Key words:* administrative silence; urbanistic licenses; review ex officio; presumption of validity.

## **I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN Y SENTIDO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS**

En la respuesta a la difícil problemática de otorgar al silencio administrativo un sentido positivo o negativo en la obtención de licencias urbanísticas en contra de la legislación y del planeamiento urbanístico, no sólo han contribuido diversos cambios legislativos que han afectado tanto a la regulación general del régimen del silencio administrativo y a la legislación local como al derecho urbanístico, sino también ha influido el resultado de la ponderación entre el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, la defensa del interés colectivo y la tutela de los solicitantes de una autorización frente a la inactividad de la Administración, porque la técnica del silencio positivo pretende compensar al particular por los riesgos ocasionados por la pasividad administrativa. En este sentido, y una vez ponderados los intereses en conflicto, la Sentencia del Tri-

bunal Supremo de 28 de enero de 2009, objeto de este trabajo, se pronuncia, mediante un recurso de casación en interés de ley, acerca de la doctrina legal que considera que la adquisición por silencio positivo de licencias en contra de la legislación y del planeamiento urbanístico resulta una doctrina errónea y gravemente dañosa para el interés general con base en el principio de legalidad.

En este artículo, se pretende exponer la problemática relacionada con el régimen del silencio y su alcance en las licencias urbanísticas *contra legem*, la cuál no puede quedar aislada ni de la legislación administrativa y urbanística, ni especialmente de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales posicionadas a favor de la aplicación de la regla del silencio positivo. Por este motivo, al hilo del análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, se requiere un análisis, aunque breve de la evolución de esta cuestión desde los inicios del derecho urbanístico español hasta el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante, TRLS 2008), estudio que intenta contribuir a entender el pronunciamiento del Alto Tribunal.

Pues bien, desde la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, el contenido del derecho de propiedad de suelo comprende la facultad de edificar previa obtención de la licencia urbanística quedando sometida al régimen del silencio positivo. En particular, el art. 165 señalaba que «1. Estarán sujetas a previa licencia, a los efectos de esta Ley, las parcelaciones y reparcelaciones urbanas, los movimientos de tierras, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación objetiva del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalaren los Planes. El procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias se ajustará en todo caso a lo prevenido en el Reglamento de Servicios de las Entidades locales.». De modo que la norma ratifica el procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (RSCL), en cuyo art. 9.1.5º y 7º se contenía la siguiente previsión legal: «5º Las licencias para el ejercicio de actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo, obras e instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las

de nueva construcción o reforma de edificios e industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos, en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el registro general», y 7<sup>o</sup> «Si transcurrieran los plazos señalados en el número 5, con la prórroga del periodo de subsanación de deficiencias, en su caso, sin que se hubiere notificado resolución expresa:

a) El peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la comisión provincial de urbanismo, donde existiere constituida, o, en su defecto, a la comisión provincial de servicios técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo (1).

b) Si la licencia solicitada se refiere a actividades en la vía pública o en bienes de dominio público o patrimoniales, se entenderá denegada por silencio administrativo, y

c) Si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los dos apartados precedentes, se entenderá otorgada por silencio administrativo» (2).

Sentado el régimen del silencio positivo, su aplicación práctica planteó algunos problemas, cosa que instó al legislador, con la intención de hacer prevalecer la legalidad urbanística sobre otro resultado, a intro-

---

(1) Sobre la aplicación del art. 9 RSCL y los problemas derivados de la transferencia de competencia a la Comisión Provincial de Urbanismo, se ocupa A. EMBID IRUJO «Otorgamiento de licencias urbanísticas por silencio positivo: una nueva orientación jurisprudencial», *RAP*, núm. 90, septiembre-diciembre, 1979, p. 169-184; En estas líneas, el autor incide en que la regulación de la técnica del silencio positivo tiene como finalidad compensar al particular de los riesgos de la inactividad administrativa y al mismo tiempo castigar a la Administración por el paso del tiempo en resolver las solicitudes de los particulares. Aunque se demuestren las ventajas, hay un riesgo: el de que el particular adquiera facultades en contra de la Ley. Este riesgo en materia de licencias municipales fue advertido anteriormente por R. MARTÍN MATEO «Silencio positivo y actividad autorizante», *RAP*, núm., 48, septiembre-diciembre, 1965, p. 226 y ss.; que propuso la aplicación del «acto erróneo presunto con la consecuencia de la obligación de indemnizar para proceder a su anulación, pues con el silencio positivo no sólo pueden ser lesionados intereses de la comunidad sino también intereses individuales afectados

(2) Este precepto ha de entenderse derogado en lo que sea incompatible con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992).

ducir el art. 178.3 Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, que establecía expresamente «3. El procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará lo prevenido en la Legislación de Régimen Local. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento», reconociendo por primera vez la cláusula de prohibición de licencias *contra legem* por silencio, y convirtiéndose así en el antecedente de la disposición adicional cuarta de la Ley del Suelo de 1990. Más tarde, el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (3), amplía el ámbito de prohibición a las licencias, y determina explícitamente que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

Paralelamente, las reformas del régimen del silencio administrativo desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 ampliaron los supuestos en que ha sido aplicable el silencio positivo; se incluyó que el sentido del silencio de la Administración debe ser positivo en materia de licencias urbanísticas, y que culmina con el régimen de los actos presuntos en la Ley 30/1992 (arts 42, 43, y 44), reformado por la Ley 4/1999, de 14 de enero, a los efectos de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18º CE). A partir de ese momento, el silencio administrativo se configura como un acto presunto que equivale en todo al acto expreso estimatorio al que se le otorga carácter vinculante para la Administración, pues el art. 43.2 Ley 30/92 señala que « los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo todas sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario establezca lo contrario», y además por su parte, el art. 62.f) dice «los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición» serán nulos de pleno derecho.

---

(3) El f. jco. treinta y cuatro de la STC 61/1997, de 20 de marzo dispone respecto de este precepto: « en atención a su contenido se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en este punto al art. 242.6 TRLS; regulación que ha venido a acogerse en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Con este marco normativo se dispone si este régimen general del silencio administrativo supuso o no la derogación del art. 242.6 TRLS 1992, y si es posible una conciliación de ambos preceptos. En este sentido, tanto la legislación autonómica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina administrativista, se han pronunciado con disparidad de criterio, de modo que se hace inexcusable una interpretación jurídica coherente y unánime sobre esta problemática.

Es cierto, que desde hace algún tiempo se esperaba un criterio jurisprudencial que interpretase el espíritu y finalidad de los preceptos anteriores junto con el art. 8 TRLS 2008. En este punto, el alcance de esta STS de 28 de enero de 2008, reside a mi juicio, en que establece por fin una doctrina legal uniforme en esta materia, pues intenta, con mayor o menor acierto, conciliar las disposiciones legales expuestas. Finalmente ignora la última corriente doctrinal y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia Autonómicos que resolvían sobre el silencio positivo *contra legem* de las licencias urbanísticas obtenidas en contra del ordenamiento urbanístico a la luz de determinados fundamentos materiales.

## **II. LAS TESIS A FAVOR DE LA VIGENCIA DEL SILENCIO POSITIVO CONTRA LEGEM: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA Y DE LA COMUNIDAD VALENCIANA**

En sus antecedentes de hecho, la STS de 28 de enero de 2009 pone de relieve la doctrina jurisprudencial en la materia expresada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que versa sobre un litigio relativo a la petición de una licencia y la subsiguiente obtención de la misma por silencio administrativo *contra legem*. Así, en el asunto principal, el TSJ de Andalucía estima el recurso contra la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Málaga que deniega la licencia de primera ocupación de una vivienda unifamiliar.

En el iter de los hechos, la STSJ de Andalucía (sede Málaga) de 29 de marzo de 2007, estima el recurso de apelación núm. 8/2003 contra la Sentencia 190/02, de 15 de julio de 2002, del Juzgado de lo contencioso-administrativo número cuatro de Málaga, declarando el derecho de los recurrentes a obtener la licencia por silencio administrativo pese a

que el juzgado de lo contencioso había declarado la desestimación del recurso contencioso interpuesto y en consecuencia declaraba que conforme al art. 242.6 TRLS 1992 en ningún caso se pueden entender adquiridas por silencio licencias en contra de la legislación y el planeamiento, aunque se trate de licencia de obras menor o de otro objeto como es la de primera ocupación (4).

En la STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007, el Tribunal plantea la eficacia del silencio positivo *contra legem* ante una licencia urbanística en base a la aplicación de la regulación del silencio tras la reforma de la Ley 30/1992 (5) como cuestión determinante para resolver el recurso.

---

(4) F. jco 5º Sentencia Juzgado de lo contencioso-administrativo nº cuatro 190/02, de 15 de julio de 2002.

(5) El fallo andaluz declara que «Ahora bien, podemos preguntarnos qué efectos tiene una resolución administrativa tardía que vaya contra el silencio administrativo positivo, en teoría, no puede darse pues el art. 43.3 ya hemos visto que producido el silencio administrativo positivo el «procedimiento administrativo ha finalizado». La Ley 4/1999 modificadora de la Ley 30/1992, lo que pretende es que se analice el silencio administrativo en abstracto, si por la existencia de una resolución posterior a la que debe entenderse adquirida una autorización por silencio administrativo positivo dejase de ser operativa sencillamente estaríamos haciendo una interpretación que derogaría y haría superflua la propia reforma efectuada por Ley 4/1999; si nos fijamos en la exposición de motivos veda esta posibilidad «...Se trata de regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permita a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido. Por todo ello, el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley...» y, en consonancia con la exposición de motivos el art. 43.4.a) sólo permite a la Administración resolver confirmando el silencio administrativo positivo, caso contrario, cuando la Administración se percate que han pasado los plazos y que el ciudadano ha obtenido autorización o cualquier otro derecho por silencio administrativo positivo debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley, nunca se le permite dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo (el procedimiento ha finalizado-art. 43.3). Por ello, al enjuiciar el fondo del proceso el prisma que debe adoptarse es ignorar la resolución expresa, si el actor tiene razón en su pretensión el Tribunal condenará a la Administración a entregarle el certificado, caso contrario puede y debe analizar al resolución expresa de la Administración dependiendo de los motivos de impugnación y planteamiento que haga el recurrente. El paso siguiente será determinar qué efectos jurídicos debemos dar a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, cuando afirma: «...En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas u Ordenanzas o, en general, en términos contrarios, opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística. La solicitud de licencia urbanística que no sea resuelta por el Ayuntamiento dentro de los plazos legales, sin perjuicio de las prórrogas que sean procedentes, se entenderá estimada, salvo que su contenido sea constitutivo de contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística, en cuyo caso se entenderá desestimada...». El precepto de gran rai-

En esta línea, acoge la corriente doctrinal y jurisprudencial que sostiene la operatividad del silencio positivo en tales casos, y de forma que, si la

---

gambre en nuestra legislación urbanística, baste la lectura del art. 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como otros que le precedieron a nivel estatal y que con mimético contenido puede leerse en las diferentes leyes del suelo de las comunidades autónomas, debe ser interpretado con los expuesto sobre la Ley 30/1992 modificada por Ley 30/1999.

Efectivamente hemos concluido: El procedimiento de otorgamiento de licencia ha finalizado una vez producido el silencio administrativo positivo. El particular puede hacer valer su licencia ante cualquier administración o particular. En consecuencia con estas dos premisas «...no puede dictar ninguna resolución denegando la licencia...», sin que nos pueda llevar a engaño el art. 43.4.a) «...En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo...», la Administración en este caso no reabre el procedimiento administrativo terminado por silencio administrativo positivo ni concede ningún derecho al particular ni facultad que no tenga con el silencio administrativo positivo simplemente le certifica lo que la Ley le ha concedido, que puede tener trascendencia para el particular en ámbitos como solicitar créditos bancarios para instalaciones, etc., pero son efectos de índole práctico y operativo para una empresa o particular no jurídicos. Por tanto, si un particular cuenta con una licencia obtenida por «silencio administrativo positivo» que la Administración no puede desconocer ni resolver en contra dentro del concreto procedimiento al haber finalizado, caso de entender que es perjudicial para el interés público, no le queda otra opción que acudir a los procedimientos de revisión de oficio y adoptar como medida cautelar la suspensión de la licencia obtenida por silencio administrativo positivo, este es el sentido de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de las Cortes Valencianas 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, dar un mandato a la Administración para que, caso de haberse obtenido licencia por silencio administrativo positivo, impida la obtención de facultades que la Ley o los instrumentos de planeamiento no le conceden, en modo alguno, el precepto supone una derogación de los procedimientos de la Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999. Situación que en nada difiere a la posición que debe adoptar la Administración cuando otorga una licencia de forma errónea. La interpretación que hace la Sala no es novedosa y puede encontrarse en la legislación urbanística de diversas Comunidades Autónomas, tomemos el art. 5.2 de la Ley Catalana 2/2002, de 14 de marzo [LCAT 2002\206, 359, 518], de urbanismo, afirma «...En ningún caso pueden considerarse adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan esta Ley o el planeamiento urbanístico...» pero el art. 180.2 cuando pretende materializar la imposibilidad de adquirir facultades por silencio administrativo es muy claro «...La competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo establecido en la legislación de régimen local. El sentido positivo del silencio administrativo en la materia se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5.2 y en el marco de lo establecido en la legislación aplicable sobre procedimiento administrativo común...». En el mismo sentido el art. 176 de la Ley Aragonesa 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística, «...Transcurrido el plazo de resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá entender estimada su petición por silencio administrativo, en los términos establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico...». Por tanto, se estima el recurso en el sentido de anular la denegación de la licencia de forma expresa como la desestimación presunta del recurso de reposición. No obstante, en el suplico de la demanda y recurso de apelación existe una petición «...acuerde conceder a mi mandante la mencionada licencia de apertura solicitada el 04.03.2002..», la Sala no concede la licencia sino que reconoce que la ha obtenido por “silencio administrativo positivo...”.

Administración estima que existen vicios esenciales que determinan la nulidad, pesa sobre aquella la obligación de instar la revisión de oficio del acto presunto, siguiendo así los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2005 en «unificación de doctrina», entre otras.

Así, en el antecedente de hecho sexto de la STS de 28 de enero de 2009, se resume la doctrina del TSJ de Andalucía, objeto de recurso por considerarla errónea por parte del Ayuntamiento de Málaga, y dice expresamente: «de manera que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, considera que, una vez producido el acto presunto de concesión de la licencia en virtud de la figura del silencio positivo, la Administración municipal no puede dictar una resolución denegatoria de la misma sino que tiene que acudir a la revisión de oficio de la licencia obtenida, lo que es contrario a la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias que se citan y transcriben de la Sala Tercera del Tribunal Supremo».

Para llegar a esta conclusión de estimación en el asunto relativo a la denegación por silencio del recurso de la resolución de la licencia urbanística, el TSJ de Andalucía considera que, ante la inexistencia de criterio jurisprudencial que aclare la eficacia del silencio positivo cuando estamos ante una licencia urbanística en aplicación de la regulación del silencio tras la reforma en la Ley 30/1992, hay que acudir a la interpretación que hacen otras Salas y que específicamente se encuentra en la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas.

Por ello, y a los solos efectos interpretativos, pues no cabe su aplicación al caso por razones temporales, el Tribunal tiene en cuenta el art. 172.5 Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que establece las reglas para el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas (6), y conlleva que la norma autonómica refuerce el principio de seguridad jurídica al establecer como solución práctica, a posteriori de la facultad obtenida por silencio, la iniciación de la revisión de oficio con-

---

(6) Art. 172.5 LOUA «La resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada. El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación»

forme al art. 62.f) Ley 30/1992, pudiendo acordar previamente la suspensión de la ejecutividad del acto presunto (7).

Para el TSJ de Andalucía, este razonamiento, que supone la estimación por silencio de una licencia urbanística cuando se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico, permite mantener la interpretación de esta cuestión conforme al art. 43 Ley 30/92, pues el art. 242.6 TRLS 1992 es considerado como un título habilitador para impugnar o revisar una licencia obtenida por silencio (8). Es evidente, que de acuerdo con

---

(7) Así, la STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007, f. jco tercero dice expresamente «Pues choca contra la seguridad jurídica mantener que es nulo radicalmente lo que se obtiene por silencio si lo obtenido son facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Porque desde la perspectiva del administrado la Ley le otorga una facultad si la Administración, en el plazo marcado por la norma, no impide la concesión de dicha facultad. Para el administrado el plazo es la garantía de legalidad de su petición. Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse, a un impreciso momento posterior, la posibilidad de que la Administración invoque la nulidad de un acto administrativo, que sólo su indolencia ha provocado. Mantener esta interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciada por la Ley 30/92».

(8) Igualmente, la STSJ de Andalucía de 29 de marzo de 2007, f. jco, cuarto, dice así «En efecto, la falta de resolución expresa de una petición de licencia supone que el interesado en la solicitud la entienda estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda» (43. 1 de la Ley 30/1992). De lo que se desprende que la estimación por silencio de una solicitud tiene igual naturaleza que el acto administrativo expreso estimatorio de la misma. Y, en lógica consecuencia, para dejar sin efecto un acto administrativo producido por silencio se necesita acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativo expresos. Bien sea a instancias de la Administración o a instancias de un particular. Frente al anterior esquema, bastante claro en la Ley 4/1999, la influencia del artículo 242. 6 de la Ley de Suelo (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), debe entenderse como un mandato dirigido tanto a la propia Administración como al solicitante de la licencia. Dicho precepto intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico. Lo cual es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio. Porque tampoco se permite que se adquieran facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico a través de un acto expreso. Por eso en la legislación urbanística, tanto estatal como autonómica, se permite que la propia Administración urbanística actúe, incluso mediando una licencia, si ésta se considera legal o contraria a la ordenación urbanística. Simplemente debemos recordar el artículo 190 de la LOUA (LAN 2002, 588 y LAN 2003, 96), antes citado. Porque igual que puede existir un acto administrativo que concede una licencia por silencio positivo que resulte contraria al ordenamiento jurídico, también puede suceder que una licencia expresa otorgue facultades que resulten contrarias al mismo ordenamiento jurídico urbanístico. Y la respuesta del legislador, en el caso de acto expreso, no es entender que no existe la licencia, sino instar la revisión de la misma. Si se identifica acto expreso con acto presunto, los efectos tienen que ser iguales, y la revisión, también.

La garantía de los intereses generales urbanísticos que fundamenta el artículo 242.6 de la Ley de Suelo no pierde intensidad con esta interpretación. En efecto, el artículo 62. f de la Ley 30/1992, configura un concreto motivo de nulidad radical para los casos de obtención por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico. De tal manera que la reforma operada por el legislador procedimental común tiene en el mismo texto legal una corrección técnica que conjuga la garantía

esta tesis, la conexión entre el art. 242.6 TRLS 1992 y el art. 43 Ley 30/1992 admite la interpretación dada por el TSJ de Andalucía, por dos

---

de los intereses generales y la seguridad jurídica. El interesado entenderá que ha obtenido su solicitud por silencio positivo, por expreso deseo de legislador y por la falta de respuesta de la Administración a su petición, pero el interés general se ve defendido pudiendo la misma Administración instar la revisión de lo obtenido por silencio. Siendo una conducta obligada para la Administración revisar esta licencia adquirida por silencio una vez que tenga conocimiento de su existencia. Y en esa revisión podrá invocar el artículo 242. 6 de la Ley de Suelo en relación con el artículo 62. f de la Ley 30/1992.

Pretender que el artículo 242. 6 de la Ley de Suelo, una vez que se ha promulgado la Ley 4/1999 con la redacción dada al art. 43 de la Ley 30/1992, exime a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación. Como veremos a continuación:

En efecto, si se ha producido la estimación de la solicitud por la técnica del silencio positivo es debido, en primer lugar, a la falta de respuesta de la Administración. Entender que ninguna consecuencia jurídica produce esta falta de respuesta, porque no se puede obtener por silencio lo que es contrario a la norma jurídica urbanística, es cargar sobre el interesado la calificación urbanística de la petición. En efecto, en esta hipótesis, el interesado solicita una licencia, no tiene respuesta del obligado a dársela, se produce la resolución presunta que otorga la licencia, pero el administrado observa que lo obtenido por silencio puede ser contrario a norma jurídica y, en pura consecuencia, entiende que no ha podido obtener lo que pensaba que era lícito. Será de su responsabilidad lo que a partir de aquí haga. Y ninguna responsabilidad tendrá la Administración indolente. Esta solución no parece razonable, ni siquiera contemplando la satisfacción de los intereses generales que justifica la existencia del artículo 242. Seis de la Ley de Suelo.

En segundo lugar, si el interesado se equivoca en la calificación jurídica que debe hacer a su petición tras la existencia del silencio positivo e inicia actos de edificación que son rechazados por una resolución administrativa, deberá acudir a la jurisdicción para impugnar esta resolución que va en contra lo que entiende que es un acto de concesión de licencia por silencio administrativo. En la jurisdicción hará valer la existencia de la licencia, y la Administración, que en su momento no contestó su petición, le contestara en la demanda que nunca tuvo la licencia por aplicación del artículo 242.6 de la LS. El debate procesal quedará planteado sobre la existencia o no del silencio positivo, pero añadiendo la Administración, como una reconvencción procesal, un impedimento legal para la existencia del silencio que debió decirlo en su momento, pero que traído al debate procesal como argumento de oposición implica, caso de ser estimado por el órgano judicial, una suerte de revisión de un acto administrativo producido según las normas de procedimiento, pero contrario al ordenamiento jurídico, según el derecho material urbanístico. En definitiva, una sentencia que no pone fin a un debate sobre la existencia del silencio positivo, que es la pretensión procesal deducida, sino a un proceso sobre la legalidad urbanística de lo conseguido por la figura del silencio positivo, que no es la pretensión que esgrimió el interesado cuando acudió a la jurisdicción. En definitiva la sentencia, en este segundo supuesto, estimaría la pretensión reconvenzional de la Administración. Por tanto esta última, que ha originado el problema al no resolver en plazo, acaba beneficiándose de su incumplimiento pues hace cargar al interesado con la obligación de impugnar una resolución que le impide la efectividad de lo que parece que se ha producido por silencio positivo y, además, se evita la tramitación de un proceso de revisión. Por otra parte, la jurisdicción se pronuncia sobre la legalidad urbanística de una petición de licencia que no ha sido objeto de pronunciamiento al respecto en sede administrativa, incumpliendo así su carácter revisor. Pues la falta de respuesta a la petición de licencia en sede administrativa hace que el debate sobre la legalidad urbanística de la petición se haga, por primera vez, en sede jurisdiccional».

razones fundamentales: primero, se considera al art. 242.6 TRLS 1992 como un precepto habilitador para impugnar la licencia obtenida por silencio administrativo y segundo, porque tanto la garantía de los intereses urbanísticos como la seguridad jurídica del particular queda salvaguardada a través de la posibilidad de la Administración de instar el mecanismo de la revisión de oficio (9).

Ahora bien, la mentada doctrina jurisprudencial remite a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2005 (10), la cual sirve para apoyar estos razonamientos con los criterios ya expuestos, y cuya doctrina se ha reproducido en fallos posteriores. Sin embargo, a mi juicio, merece una consideración especial la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2006 (11), debido a que es la primera que contempla la compatibilidad entre el régimen general del silencio administrativo y los contenidos del art. 196.3<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup> LUV (12) además de incluir

---

(9) J. CASTELAO RODRÍGUEZ en «Artículo 8» en Dir. E. SÁNCHEZ GOYANES. *Ley de Suelo. Comentario sistemático al Texto refundido de 2008*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2009, p. 306; sostiene la aplicación de la revisión de oficio al considerar que «si el acto presunto es una licencia que otorga a su petionario de realizar un acto edificatorio ilegal, por su inadecuación al planeamiento, la ilegalidad la cometida la Administración al no denegar en plazo la solicitud. Y por ello, es a la Administración a la que corresponde enervar los efectos que pueda producir su actuación ilegal».

(10) Confirma esta doctrina las siguientes decisiones judiciales: STSJ Comunidad Valenciana de 19 de octubre de 2007, STSJ Comunidad Valenciana de 22 de julio de 2003, STSJ Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2005, STSJ Comunidad Valenciana de 9 de noviembre de 2007, STSJ Comunidad Valenciana de 15 de junio de 2007, STSJ Comunidad Valenciana 30 de noviembre de 2006, STSJ Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2001 o STSJ Comunidad Valenciana de 13 de septiembre de 2001, entre otras.

(11) Esta Sentencia ha sido objeto de comentario por M.J. ALONSO MAS y C.L. ALONSO MAS. «El silencio positivo en el otorgamiento de licencias urbanísticas (a propósito de la STSJCV de 24 de noviembre de 2006)», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 23, julio, 2007, p. 507-517.

(12) La Sala estima en su f. jco cuarto y sexto lo siguiente: «... B) Una vez ha entrado en vigor la LUV, las cosas han de verse desde un punto de vista distinto, porque si la Ley 16/2005 contuviera precisamente la misma regulación que la LRAU, deberíamos plantear la cuestión de inconstitucionalidad, al tratarse de una norma posterior en el tiempo a la Ley 30/92 y a su modificación por Ley 4/99. Sin embargo, aunque el art. 196 LUV contiene una regulación muy similar a la de la LRAU, la misma es en parte diferente, dado que, tras afirmar de nuevo que en ningún caso se entienden adquiridas por silencio positivo las licencias contrarias a la legislación urbanística y a los planes, inmediatamente añade, en su apartado cuarto, que las licencias obtenidas por acto expreso o presunto son nulas de pleno derecho cuando contravengan manifiestamente el planeamiento o la legislación urbanística. Existe pues una contradicción palmaria entre el apartado tercero y el apartado cuarto del art. 196, dado que el primero, a sensu contrario, nos está diciendo que no hay licencia (si lo preferimos, que la misma se puede entender desestimada; que el valor del silencio es negativo);

un extenso voto particular en el que se incluyen las razones contrarias a la conclusión del fallo.

---

mientras que el segundo nos dice que en caso de manifiesta ilegalidad de la licencia, el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar produce una licencia, sí, pero nula de pleno derecho. Lo primero conduciría a la posibilidad de que la Administración desconociera pura y simplemente el silencio, por cuanto la licencia no existiría; lo segundo llevaría a considerar que la licencia es nula y que hay que proceder a su revisión de oficio. Ante dicha contradicción, y dado que el apartado tercero del art. 196.3 es manifiestamente contrario a la Ley 30/92, mientras que el apartado cuarto se acomoda a ella casi de forma literal (el precepto es casi un calco del art. 62.1 f) de la Ley 30/92), debemos inclinarnos por aplicar el art. 196.4 LUV y exigir en todo caso, pues, la revisión de oficio de la licencia ilegal; porque es la única forma posible (pero en todo caso es viable) de acomodar por vía interpretativa art. 5.3 LOPJ una Ley autonómica al contenido de una Ley estatal que le vincula. Pero es que, además, esta interpretación es coherente con la regulación que la LUV efectúa respecto de las potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística alterada en sus arts. 219 ss; preceptos éstos en los que, al hablar de las obras sin licencia o contra licencia, aluden constantemente a la exigencia de requerimiento de legalización —a diferencia de por ejemplo el régimen que establecía el art. 248 TRLS de 1992—, que no tendría sentido alguno en los casos en que de hecho se ha solicitado la licencia con carácter previo sin que la Administración haya dado respuesta a la solicitud. Por otra parte, la interpretación contraria podría llevar a extremos realmente peligrosos para el principio de seguridad jurídica, por ejemplo en los casos en que, una vez pasado el plazo para resolver y notificar sobre la licencia, se produce la declaración de nulidad del plan en que dicha licencia se amparaba, dada la amplitud de los plazos previstos en el art. 304.2 TRLS de 1992.

*SEXTO.* Pero es que existen, además, otros argumentos que, aunque sea a mayor abundamiento, conducen a la misma solución. El primero de ellos es el siguiente: No puede aducirse de contrario que la Administración quede inerte o desprotegida ante una grave infracción urbanística por el hecho de que la licencia ilegal se entienda obtenida por silencio positivo. En primer lugar porque, como hemos visto, en los casos más problemáticos el silencio es negativo; con lo que el problema no se plantea. Pero es que, además, la regulación misma de la revisión de oficio deja en manos de la Administración, en estos casos, las suficientes armas como para defender adecuadamente el interés general. Así, el art. 104 de la misma permite que, una vez iniciado el procedimiento de revisión de oficio, se dicte como medida cautelar la suspensión del acto sometido a revisión cuando de su ejecución pudieran seguirse perjuicios de muy difícil o imposible reparación; de forma que, si la edificación está en marcha, lo lógico será que el ayuntamiento proceda a paralizar los efectos de la licencia ilegal dictando una orden de suspensión de las obras. De lege ferenda, sería incluso posible modificar la LUV para, conforme al art. 72.2 de la Ley 30/92, permitir incluso la adopción de medidas de paralización de las obras con anterioridad a la incoación del expediente de revisión de oficio, en los términos del precepto citado. Podría contraargumentarse que la revisión de oficio puede provocar la exigencia de que la Administración indemnice al titular de la licencia o su causahabiente. Pero, empezando ahora por el titular de la licencia, como es sabido el art. 44 de la Ley 6/98 afirma que en ningún caso la anulación de licencia comportará derecho a indemnización cuando exista dolo, culpa o negligencia grave imputables al perjudicado. Pues bien, la STS de 20 de enero de 2005 efectúa una amplia interpretación de lo que deba entenderse por culpa o negligencia grave en este contexto; de forma que, en último término, lo que viene a decirse es que debe tenerse en cuenta, entre otros factores, la responsabilidad profesional del constructor o promotor. En suma, el planeamiento urbanístico es público y, al menos en los casos de ilegalidades flagrantes, quien solicita una licencia tiene en sus manos los medios necesarios para conocer si la misma es o no gravemente contraria a la normativa urbanística; cuando lo sea, la anulación de la licencia no podrá determinar derecho indemnizatorio alguno a su favor».

Igualmente, en ella se entiende que el art. 242.6 TRLS 1992 quedaría derogado de forma implícita por la Ley 30/1992. Esta última es clara en relación con el sentido y eficacia del acto presunto estimatorio, y adopta— una interpretación finalista que hace compatible la legalidad con la seguridad jurídica precisando la siguiente solución: por un lado, las exigencias de legalidad quedan colmadas por el mecanismo de la revisión de oficio y en su caso, por la suspensión de la licencia otorgada por silencio positivo (13), y por otro, en aras a la seguridad jurídica, las normas urbanísticas autonómicas prevalecen sobre la protección del tercero hipotecario, por ejemplo, en el caso de un tercer adquirente que adquiere la vivienda amparado por una licencia concedida por silencio positivo *contra legem*. Por el contrario, este planteamiento no es seguido en el voto particular (14) —que afirma la compatibilidad del art. 43.2 Ley 30/1992

---

(13) Esta doctrina jurisprudencial consolidada por los Tribunales Superiores de Justicia es defendida y justificada entre otros autores por J.R. FERNÁNDEZ TORRES «La revisión de oficio de las licencias urbanísticas en el marco del Texto Refundido de la Ley del Suelo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 18, 2009, p. 74-78, o por E. SÁNCHEZ GOYANES «La coherente asunción del silencio “*contra legem*” en los Tribunales Superiores y Supremo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006, p. 63 y ss.; este autor expresa la trascendencia de la nueva doctrina que favorece al estatuto jurídico del administrado y pone de manifiesto que a la Administración, en caso de entender que la licencia obtenida por silencio administrativo positivo es contraria al interés público, sólo queda acudir a los procedimientos de revisión de oficio, solicitando como medida cautelar la suspensión de la licencia, como se deduce, a su juicio, en las SSTSJ Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2002 y 3 de junio de 2005, STSJ de la Comunidad de Madrid de 17 de marzo de 2005, y la STS de 20 de junio de 2005. También corroboran esta doctrina la STSJ de Cataluña de 7 de septiembre de 2004 o la STSJ La Rioja de 25 de septiembre de 2006.

(14) El voto particular formulado por el Magistrado D. Carlos Altarriba Cano y al que se adquiere D. Juan Luis Lorente Albiñana, dice expresamente sobre estos aspectos «Y a estos efectos conviene poner de manifiesto lo siguiente: 1<sup>ª</sup>) El art. 43.2 de la Ley 30/92, modificada en virtud de lo que establece la Ley 4/1999, de 13 de marzo, no es un precepto absoluto, pues como su propia redacción indica, permite las excepciones, al decir textualmente que: «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de derecho comunitario europeo establezca lo contrario». 2<sup>ª</sup>) Existe una norma, con rango formal de Ley, dictada en el marco de las competencias del estado, probablemente hoy de carácter básico, dada su naturaleza, y como ha puesto de manifiesto, según hemos visto, el Tribunal Constitucional en F de D núm. 32 de la Sentencia 61/97, que expresamente dispone lo contrario, y que integra el contenido de lo dispuesto en el art. 242.6<sup>º</sup> del TR de 1992. 3<sup>ª</sup>) Esta norma, nunca ha sido derogada. No lo ha sido de forma expresa; Ley 6/1998 de 13 abril (RCL 1998\959), dejó vigente, precisamente los párrafos 1<sup>º</sup> y 6<sup>º</sup> de la norma citada, y la originaria redacción de la Ley 30/92 (RCL 1992\2512 y 2775 y RCL 1993, 246), expresamente no la tocó. También creo poder reafirmar que, nunca fue tácitamente derogada por la primera redacción de la Ley 30/92, según lo arriba expuesto. Y tampoco puede entenderse tácitamente derogada por la redacción de la Ley 30/92, motivada por la Ley 4/1999, de 13 de marzo (RCL 1999\114 y 329), puesto que la propia Ley del 99, que comentamos, prevé la posibilidad de excepciones al régimen general que para el silencio positivo establece. De manera que, considero como tal excep-

y el art. 242.6 TRLS 1992— pues no se trata de normas contradictorias sino de una excepción estatal que es plenamente coherente, también a

---

ción, la que establece el art. 242.6º del TR de 1992, en materia de urbanismo y concretamente en el procedimiento de otorgamiento de licencias, al entender que, el silencio es negativo, cuando la licencia solicitada es contraria al ordenamiento, y esta previsión, la del 242.6, esta integrada en una norma con rango formal de ley, e incluso con carácter de básica... 5º) Así las cosas, no existe contradicción alguna, sino que a mi juicio son perfectamente integrables las dos normas que vengo considerando, de una parte, el art. 43.2 de la Ley 30/92; y de otra, el art. 242.6º del TR de 1992. Pero es que además, en el supuesto que se entienda que esas dos normas son contradictorias, la Sala no podría resolver la cuestión por el cómodo expediente del desplazamiento de normas, ya que nos encontramos ante normas jurídicas de igual rango, y ambas dictadas en materias sobre las que el estado tiene competencia.

6º) Si no hay mas remedio que admitir que a nivel estatal la excepción es coherente, y consistente; lo mismo habrá que decir a nivel autonómico, cuando en este aspecto procedimental no se hace sino, respetar precisamente la legislación del estado, consagrando el efecto del silencio negativo, en materia de licencias, cuando exista contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística. La solución que se impone a mi juicio es que, no existe ningún conflicto y, consiguientemente es perfectamente aplicable, sin ninguna duda constitucional el párrafo 3º de la DA 4º de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre (LCV 1994\ 364 y 405), Reguladora de la Actividad Urbanística.

VI. Sobre la revisión de oficio. A) Los considerados 6º y 7º de la sentencia a la que me opongo, se refieren a la revisión de oficio y, en este aspecto, lo primero que debo decir es que, esto no es mas que la consecuencia de lo dicho antes, o si queremos, no es mas que el efecto de aquella causa. Ciertamente, según la posición que se mantenga, el efecto será distinto, pero por el efecto, no se demuestra la naturaleza de la causa. Es decir, el tema de la revisión de oficio no sirve para acreditar que, en el urbanismo, no se admite el silencio *contra legem*. De acuerdo con la posición mayoritaria, el silencio por ser positivo, determina la existencia de un acto, y en concreto la estimación de la solicitud formulada, con lo que, si se quiere hacer desaparecer ese acto del ordenamiento, será preciso acudir a la revisión de oficio. De acuerdo con mi posición, el silencio por ser negativo, determina la inexistencia de cualquier acto, con lo que no hay nada que deba desaparecer del ordenamiento porque nada existe desde un punto de vista jurídico, por eso sí, a raíz de esa no existencia se ha materializado una edificación o construcción, y esta es ilegal (en la Ley valenciana, manifiesta y gravemente ilegal), la administración puede y debe, iniciar el procedimiento de restauración de la legalidad. Y quiero recordar aquí que, la restauración de la legalidad no es un procedimiento sancionador, por mucho que así se insinúe; lo ha repetido hasta la saciedad la jurisprudencia del TS, tan abundante que, excuso su cita. B).— La revisión de oficio, por mas que se empeñen, siempre es una solución harto cara, y por supuesto la peor solución para la defensa del interés general, por la sencilla razón de que, ante el coste de la revisión, y las cuantías que procedería indemnizar (hoy día los costes derivados de cualquier proyecto urbanístico de cierta envergadura sería inasumibles dentro del presupuesto anual de muchos municipios), las administraciones municipales, precisamente por esa circunstancia, no podrán revisar, con la consiguiente pervivencia en el tiempo de la construcción ilegal, que es precisamente lo que no se debe consentir en el urbanismo, que al fin y al cabo no es mas que un sistema de diseño de ciudades, una forma para que sea coherente y viable su desarrollo, construyendo ámbitos y espacios sostenibles, donde se materialicen las diferentes titularidades que concurren. La indisciplina urbanística es preciso corregirla; los costes sociales y, en muchos casos ambientales que, la infracción comporta, es preciso evitarlos, y por supuesto es preciso hacer desaparecer cualquier estímulo al comportamiento antisocial de los presuntos infractores, y en razón de todo ello afirmo que, la tesis mayoritaria es, no solo errónea, sino además gravísimamente perjudicial para el interés general...».

nivel autonómico, porque consagra el silencio negativo, en materia de licencias, cuando existe una contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística. Respecto a la solución de la revisión de oficio, el voto particular considera que este instrumento no sirve para acreditar que en el urbanismo no cabe el silencio *contra legem*, así que el silencio de sentido negativo, determina la inexistencia del acto por lo que no hay nada que deba desaparecer del ordenamiento porque desde un punto de vista jurídico tampoco se ha materializado la actuación administrativa. Además, en el mismo se añaden otras razones que sustentan su argumentación, como por ejemplo, la que explica que la revisión de oficio aparece como una solución costosa e inconveniente para la defensa del interés general.

### **III. LA COHERENCIA ENTRE EL ART. 242.6 TRLS 1992 Y EL RÉGIMEN DEL SILENCIO DEL ART. 43 LRJ-PAC TRAS LA MODIFICACIÓN LEGAL DE LA LEY 4/1999**

Por lo que se acaba de apuntar en el voto particular y como se deduce de la STS de 28 de enero de 2009, parece que la norma urbanística estatal prevalece y establece el régimen del silencio negativo pues prima el interés general en la protección de la legalidad urbanística frente al derecho del solicitante de la licencia que conforme al ordenamiento jurídico tuviera derecho a la estimación de la misma: y porque además impide su adquisición por cualquier infracción del ordenamiento sea cual sea el alcance de la legislación urbanística en base al principio de legalidad y en la difícil reparación ante una posible edificación ilegal.

La constante jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo ha rechazado el reconocimiento de los efectos aprobatorios del silencio administrativo, cuando el proyecto va más allá de aquello establecido en la ley y en el planeamiento, bajo el principio de legalidad. Como pone de manifiesto, I. SANZ RUBIALES (15) la jurisprudencia sigue manteniendo la opción de la legalidad, con base en la doctrina de la «esponja limpiadora» conforme a la cuál el silencio positivo no puede limpiar los vicios y defectos del acto, y así impedir que la pasividad de la administración se convierta de facto en una vulneración del ordenamiento jurídico en un acto estimatorio.

---

(15) I. SANZ RUBIALES. «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», *RAP*, núm. 171, septiembre-diciembre, 2006, p.187.

En apoyo de esta postura, la jurisprudencia del TS siempre ha declarado la vigencia del art. 242.6 TRLS 1992 en contra de posiciones doctrinales que sostienen su desplazamiento por el art. 43 Ley 30/1992 conforme a la disposición derogatoria única 3ª LRSV (16), que declara que no puede obtenerse por silencio lo que legalmente no sea otorgable por resolución expresa (17).

De este modo, el art. 242.6 TRLS 1992 ha sido considerado por el Tribunal Supremo en su f. jco.4º, como un precepto estatal básico de rai-gambre en nuestro ordenamiento jurídico que rige en todo el territorio español y que la legislación autonómica no puede contravenir, tal y como dispone la disposición final primera del Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (en adelante, TRLS 2008). Igualmente, el art. 43.2 Ley 30/1992, tras la modificación legal por la Ley 4/1999, de 13 de enero, tiene la consideración de un precepto básico, y prevé como es sabido, que «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos sus casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario establezca lo contrario». Junto a esta previsión legal, la vigencia del art. 242.6 TRLS 1992 en todo el territorio, hace que no puedan entenderse adquiridas licencias por silencio administrativo en contra de la legislación y el planeamiento urbanístico como se confirma en varias sentencias a las que se remite en el f.jco. 6º del fallo que se comenta; por ejemplo, entre otras, la SSTS de 30 de enero de 2002, 15 de octubre de 2002, 17 de noviembre de 2003, 26 de marzo de 2004, 3 de diciembre de

---

(16) Así se establece entre otras en la STS de 17 de octubre de 2007, f. jco., noveno: «No compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea dis-conforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 en la redacción dada por la Ley 4/1999, se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, «salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario», siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 242.6 de la Ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992, que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997, y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

(17) En la STS de 6 de julio de 1988, citada por J. CASTELAO RODRÍGUEZ en «Las licencias urba-nísticas en Valencia», en Dir. E. SÁNCHEZ GOYANES. *Derecho urbanístico de la Comunidad Valen-ciana*, Madrid, La ley, 2006, p. 1297

2005, 31 de octubre de 2006, 17 de octubre de 2007 y de 17 de octubre de 2007.

Según lo expuesto, se deduce por la jurisprudencia que el art. 242.6 TRLS 1992 es una norma específica que contiene una de las excepciones del art. 43.2 ley 30/1992, y en consecuencia en el ámbito urbanístico, el art. 242.6 TRLS 1992 contiene un supuesto de silencio negativo (18) siempre que lo solicitado vaya en contra de la legislación y el planeamiento urbanístico (19). Pero, hay que recordar el efecto de esta postura ya que si transcurre el plazo para resolver sin resolución expresa y no existe un acto administrativo positivo, la administración podría resolver en sentido negativo tras el transcurso del plazo máximo para resolver, circunstancia que deja al particular en situación de indefensión. No impide, por tanto, la aplicación del silencio positivo en el caso de licencias administrativas ajustadas a la ordenación urbanísticas, y por ello, complementariamente, conviene recordar, el criterio jurisprudencial de otras sentencias como la STS de 15 de abril de 1997, en la que se establece que no es suficiente el cumplimiento de los requisitos formales para que la licencia se entienda obtenida por silencio administrativo, sino que han de darse los requisitos materiales, y en especial, la conformidad de lo solicitado con el planeamiento (20).

---

(18) Como matiza, a mi juicio, adecuadamente SORO MATEO en «El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 15, 2009, p.73; sobre el art. 242.6 TRLS gira la siguiente disyuntiva «¿habría de considerarse producido un acto inválido revisable a través de los procedimientos correspondientes o por el contrario se ha de tener por no producido el acto?».

(19) Ésta coincide con una de las soluciones doctrinales expuestas por S. VAQUERO RAMIRO y F. GONZÁLEZ BOTIJA en « El juego del silencio administrativo en la concesión de licencias urbanísticas y en la legislación de montes: problemática a la hora de la inscripción en el Registro de la Propiedad», *REDA*, núm. 136, octubre-diciembre, 2007, p.760-761; en las que aprecian que ese carácter es precisamente la fuente de todos los problemas, porque en último término corresponde a la administración decidir si estima o no conforme a la normativa urbanística lo solicitado, quedando en el aire la duda sobre qué solución adopta al final. También, recuerdan los autores las otras posiciones doctrinales; aquella que entiende que sólo ha de estimar el silencio negativo cuando el vicio que contenga el acto administrativo sea grave o muy grave, y aquella que entiende siempre que el silencio es positivo, y si existen dudas sobre su legalidad se debe acudir a la vía de la revisión de oficio de los actos administrativo.

(20) Entre otras, confirma esta posición, la STS de 26 de marzo de 2004, f. jco., sexto: «En los dos últimos motivos de casación la Corporación recurrente alega que el Tribunal de instancia ha infringido los artículos 178.3 LS, 9 RSCL y la reiterada jurisprudencia de esta Sala que declara que no pueden considerarse adquiridas por silencio licencias urbanísticas en contra de la ordenación urbanística aplicable. La sentencia de instancia considera obtenida una licencia de obras por el simple transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL, con independencia de que con ello

En definitiva, entre otros motivos, y a la luz de la jurisprudencia citada, cuando con la licencia se adquieren facultades contrarias a la legislación y al planeamiento urbanístico hay que concluir en que el silencio es negativo (21) porque no hay infracción de las normas que regulan el carácter estimatorio del silencio debido a la vigencia del art. 242.6 TRLS 1992 (22).

---

el solicitante consiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico y ello es, efectivamente, opuesto a una doctrina repetida de esta Sala que, en relación al artículo 178.3 LS (pues en el caso de autos ni era aplicable el artículo 242.6 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 ni la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ha declarado que no basta con el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL para entender obtenida por silencio una licencia de obras sino que, además, ha de indagarse acerca de su conformidad con las normas urbanísticas de aplicación (sentencias de 31 de enero de 2000, 27 de diciembre de 1999, 12 de mayo de 1999 y 4 de junio de 1997, entre otras muchas).

(21) R. ARTACHO GANT, «El silencio administrativo en el otorgamiento de las licencias urbanísticas», *El consultor de los ayuntamientos y juzgados*, núm. 11, 2005, p. 1809, tomo 2; resume los motivos por los que mantiene el silencio negativo: a) El art. 43.2 Ley 30/1992 establece en la redacción de 1999 que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.

b) El art. 242.6 del TRLS 92, declarado vigente por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y que según la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, se encuadra en la competencia del Estado sobre procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 de la Constitución), establece que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico. Dicho precepto se ajusta perfectamente a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, en su redacción de 1999.

c) La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (art. 43.3, segundo párrafo), no teniendo la consideración de acto, por lo que en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio (art. 43.4.b).

d) La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento (art. 43.3, primer párrafo), por lo que en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo

e) El acto administrativo estimatorio por silencio administrativo es un acto presunto que sólo podrá revisarse conforme a los procedimientos previstos en los arts. 102 y 103 Ley 30/1992, incurriendo en nulidad los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición

f) Las licencias urbanísticas *contra legem* no constituyen un acto presunto puesto que no se aplica el silencio positivo, sino que opera el silencio negativo por expresa determinación legal (arts. 43.2 Ley 30/1992 y 242.6 TRLS-92).

(22) En este sentido, la STS de 3 de noviembre de 2005, f. jco., segundo dispone lo siguiente: «el principio de libertad y el derecho al ejercicio de actividades empresariales tiene como límites aquellos que impone el ordenamiento jurídico, del que forma parte el planeamiento urbanístico con sus limitaciones sobre los usos del suelo por razón de la clasificación y calificación de éste. Ese error interpretativo del sentido de esa jurisprudencia arrastra que en el mismo motivo segundo, que

A este respecto, QUINTANA LÓPEZ apoya esta conclusión al señalar que el art. 43.2 Ley 30/1992 es el fundamento formal a la excepción expuesta pues «más que suscitar la eventual derogación del art. 242.6 TRLS 1992, lo que ha hecho es ratificar su vigencia en el marco del nuevo régimen del silencio administrativo establecido por la citada ley básica estatal» (23), y en consecuencia en la práctica, el solicitante deberá decidir entre dos opciones: bien impugnar la presunta denegación por silencio ante los tribunales contencioso-administrativos, o bien actuar conforme a la obtención de la licencia por silencio positivo, caso en que asume el riesgo de la respuesta desestimatoria y tardía de la administración y su impugnación por extemporánea, siendo cualquier solución insatisfactoria para el particular que solicita la licencia.

Finalmente, se observa a este respecto, que en la STS de 28 de enero de 2009, el argumento utilizado para la inaplicación del silencio positivo *contra legem* sigue siendo la vigencia del principio de legalidad, sin tener en cuenta otros principios constitucionales de directa aplicación como el de la seguridad jurídica que impide la incertidumbre de las relaciones jurídicas que se producen al amparo del ordenamiento jurídico (24), puesto que si se mantiene la primacía del art. 242.6 TRLS 1992, conlleva que la contravención del Derecho supone la inoperatividad del silencio administrativo positivo, de modo que el particular se encuentra en la incertidumbre de no saber si el silencio es positivo o negativo y si debe iniciar

---

es el último, se incorpore también la denuncia de la infracción de las normas que regulan la producción del silencio administrativo positivo; infracción inexistente, pues como bien dice la sentencia recurrida, el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (precepto que la STC 61/1997 encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común —artículo 149.1.18<sup>º</sup> de la CE—), dispone que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

(23) T. QUINTANA LÓPEZ en «El silencio de la administración en el derecho urbanístico» en Coord. T. QUINTANA. *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 420.

(24) Esta posición se deja clara por la Sala de instancia según contempla la STS de 26 de marzo de 2004 en su f. jco., segundo: «La Sala de instancia ha anulado dichos acuerdos, por entender que el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL determina la obtención por silencio de la licencia solicitada, que si es contraria al planeamiento podrá ser anulada tras el correspondiente procedimiento de revisión, pues otra solución implicaría dejar al solicitante de la licencia en una situación de inseguridad jurídica, incompatible con el artículo 9.3 de la Constitución (RCL 1978\ 2836), al no poder tener certeza si la petición ha resultado concedida, por el mero transcurso del tiempo o si ha resultado denegada, por ser contraria al planeamiento».

o no las obras para comprobar si ha sido positivo o negativo, de modo que este razonamiento nos llevaría al desplazamiento de esta disposición por el art. 43 Ley 30/1992. En este punto, es necesario señalar que esta solución también conlleva riesgos pues los fallos de los tribunales no llegan a dirimir si la licencia obtenida por silencio se ajusta o no a la ordenación urbanística y al planeamiento para poner fin al conflicto, y obliga a la administración la apertura de un procedimiento de revisión de oficio, en caso de infracción manifiestamente grave (25).

#### **IV. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ART. 8.1. B) TRLS 2008 Y EL RÉGIMEN DEL SILENCIO DEL ART. 43 LRJ-PAC**

Entre las facultades de uso, disfrute y explotación del suelo se incluye el derecho del propietario a edificar sobre él siempre que el terreno conforme una unidad apta para la edificación, es decir, cuando la ordenación territorial y urbanística le atribuya una determinada edificabilidad y uso en los términos que establezca no sólo la legislación específica sino también en el correspondiente instrumento de planeamiento territorial o urbanístico. El ejercicio de esta facultad por el propietario del suelo queda condicionada a que el acto de edificación cuente con la preceptiva autorización administrativa de acuerdo con la normativa urbanística. A nuestros efectos, la licencia urbanística, que puede obtenerse tras el transcurso del plazo de otorgamiento de forma expresa o presunta si se produce el silencio administrativo, y es aquí donde adquiere especial relevancia la interpretación del art. 8.1. b) TRLS 2008, sobre todo cuando las obras para las que se pide la licencia son ilegales por ser contrarias a la legislación o al planeamiento urbanístico, pues en esta situación el particular podría haber comenzado las obras al entender que le ampara el silencio positivo.

El TRLS 2008 acoge el contenido del art. 242.6 TRLS 1992 en su art. 8.1 b) in fine con la siguiente redacción «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». Desde un pri-

---

(25) Advierte de tales riesgos, J.R. FERNÁNDEZ TORRES « El papel del silencio positivo en la instalación de estaciones de servicio en complejos comerciales. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de 30 de diciembre de 2005), *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 13, 2006, p.94.

mer momento y en relación con el proyecto de texto refundido, el Consejo de Estado en su Dictamen 906/2008 formula dos observaciones a esta disposición:

«a) El artículo 8.1.b) del proyecto incorpora el contenido de los artículos 242.1 y 242.6 del texto refundido de 1992 y lo hace siguiendo el criterio de remitir a la legislación sectorial de ordenación del territorio y urbanismo. Dado que el precepto del artículo 242.6 del texto refundido de 1992 —reproducido en el último párrafo de la letra b) del artículo 8.1.b— contiene una específica limitación al silencio administrativo en materia urbanística, que ha sido objeto de una previsión general en el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el criterio antes expresado llevaría a la conveniencia de incluir una previsión en el sentido de que “son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos por los que se adquieran facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística en los términos dispuestos por la misma”».

Tanto esta observación como la propia norma trata de fundamentarse en el art. 62.1 f) Ley 30/1992, que como es sabido incluye entre los supuestos de nulidad de pleno derecho a los actos por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Pero aquí, hay que compartir la consideración crítica formulada por GONZÁLEZ PÉREZ en la que pone de manifiesto que el fundamento de esta disposición fue la siguiente: «al reconocerse en el silencio estimatorio los efectos propios del acto expreso, se incluyó aquél supuesto de nulidad, lo que facultaba a la administración, para, de oficio o a instancia de interesado, privar al acto de efectos en cualquier momento, pero siempre con los requisitos que establece el art. 102 LRJPAC» (26).

Como se observa, la redacción final del precepto no tiene en cuenta esta última precisión (27), de modo que el art. 8.1 in fine TRLS 2008,

---

(26) J. GONZÁLEZ PÉREZ en el «Comentario al art. 8. Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades», p. 282; en AAVV. DIR. J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*, Vol. 1, Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, 2<sup>a</sup> edición, Cívitas, Madrid, 2008, 931 pp.

(27) A este respecto, L. PAREJO y G. ROGER en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Iustel, Madrid, 2009, p. 171; estiman correcta la redacción vigente «pues ni la inclusión sugerida reflejaba estrictamente lo dispuesto por

opta por una redacción más general que su precedente, y dispone expresamente que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». Cabe destacar el carácter facultativo de la forma verbal «podrán entenderse» que precedida de la expresión «en ningún caso» confiere un carácter negativo con valor absoluto, y por si se albergase alguna duda, según aquella no podrá entenderse que es posible adquirir una facultad en contra de la ordenación urbanística.

Vuelve a plantearse así, la eterna cuestión de su compatibilidad con el art. 43.2 Ley 30/1992 pues ambas se consideran disposiciones estatales de carácter básico (28), y cuya respuesta se aporta por la STS de 28 de enero de 2009.

El Alto Tribunal dictamina que la doctrina del silencio positivo *contra legem* sostenida por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, es errónea y resulta gravemente dañosa para el interés general pues elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística (29). Bajo esta conclusión, afirma que como ocurría con el art. 242.6 TRLS 1992 y vista la doctrina jurisprudencial que existe con anterioridad a la modificación legal del art. 43.2 Ley 30/1992, resulta razonable aplicar y confirmar la doctrina expuesta para esa disposición y declara en su fallo la siguiente doctrina legal (30): «el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de

---

el TRLS 1992, ni resultaba claramente procedente al caso la causa de nulidad del artículo 62.1.f LRJ PAC (toda vez que en los actos de construcción o edificación no hay propiamente adquisición de derecho o facultad, sino mera declaración de conformidad a Derecho del ejercicio del ius edificando pretendido en el caso). Los autores sostienen que es una buena opción de técnica legislativa tanto la incorporación de esta regla como la inclusión de la expresión «ordenación territorial y urbanística» pues comprende el conjunto de la legislación y de los instrumentos que la completan.

(28) STS de 28 de enero de 2009, f. jco cuarto y fallo.

(29) STS de 28 de enero de 2009, f. jco quinto.

(30) STS de 28 de enero de 2009, f. jco sexto y fallo.

13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística»

Por tanto, como advierte GONZÁLEZ PÉREZ (31), el art. 8.1.b) TRLS integra un supuesto de silencio administrativo desestimatorio a la vez que desnaturaliza el silencio positivo y contraviene la norma del art. 43.4 Ley 30/1992 que establece que «la resolución expresa posterior sólo podrá dictarse por ser confirmatoria del mismo». En consecuencia, al contemplar el supuesto de silencio negativo siempre se producirá la inseguridad jurídica para el solicitante de la licencia que no se ha resuelto en plazo, pues no conoce si al realizar la actividad que se supone autorizada, puede ser obstaculizado en cualquier momento por la Administración si ésta considera que la actuación no se ajusta a la ordenación territorial o urbanística.

Lo cierto es que, el precepto en cuestión acoge la cláusula tradicional, coincidiendo con la doctrina que ha mantenido el TS con posterioridad a la Ley 4/1999, al declararla vigente y dotada de carácter básico, por lo que su contenido debe ser respetado por toda norma autonómica (32). Como estima la STS de 28 de enero de 2009, hay que precisar finalmente que el art. 8.1. b) TRLS 2008 no entra en contradicción con el art. 43.2 Ley 30/1992, pues es posible en nuestro derecho el reconocimiento de excepciones al régimen general del silencio positivo, de

---

(31) J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*, ob. cit., 232-233.

(32) Se refleja la interdicción del silencio administrativo *contra legem* en la siguiente legislación autonómica: art. 7.1 Ley balear 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística; art. 176 Ley aragonesa 5/1999, de 25 de marzo, urbanística; art. 99.3 Ley de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo; art. 166.5 c) Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias; art. 192 Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo; art. 176.3 Ley de Extremadura 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial; art. 192.4 Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo; art. 195.5 Ley de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural; art. 229.7 Decreto Legislativo de Asturias 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo; art. 161.3 Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, de Castilla la Mancha; art. 217.5 Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, de Murcia, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; art. 5.2 Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña; art. 196.3 Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana; art. 195.3 Ley de la Rioja 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo; y art. 211.1 Ley País Vasco 2/2006, de 30 de junio.

ahí que el art. 8.1 b) TRLS no hace sino establecer una excepción en materia urbanística al entender que el silencio es negativo cuando la licencia instada contraviene la ordenación territorial o urbanística, siendo ésta una previsión que se contiene en una norma con rango de ley y dotada de fuerza básica. En conclusión, la norma estatal permite el silencio administrativo de licencias pero siempre sin contravenir la ordenación territorial o urbanística.

## **V. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y RESPONSABILIDAD POR DEMORA INJUSTIFICADA O DENEGACIÓN IMPROCEDENTE EN EL OTORGAMIENTO DE TÍTULOS ADMINISTRATIVOS HABILITANTES DE OBRAS Y SERVICIOS**

En aplicación de la doctrina legal expuesta, el art. 8.1 b) TRLS 2008 establece que la falta de respuesta de la Administración ante la solicitud de una licencia en contra de ordenación territorial o urbanística hay que incluirlo como uno de los supuestos de silencio negativo fundamentalmente porque hay que proteger la legalidad urbanística en cualquier caso, tal y como se expresa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero cuando se espera un pronunciamiento judicial de esta trascendencia también se tiene la expectativa de obtener un razonamiento jurídico detallado y riguroso que ponga fin a esta duda razonable que permita entender el sacrificio del silencio positivo en pro de la seguridad jurídica del administrado por el principio de legalidad, pues esta medida lleva al particular a impugnar el acto administrativo obtenido por silencio ante los Tribunales sin que la Administración se haya pronunciado sobre la conformidad o no a derecho de la obra objeto de la licencia.

Quizá sea conveniente aportar un razonamiento jurídico más amplio que concrete mejor la posible inexactitud de la doctrina mantenida por los Tribunales Superiores de Justicia y los motivos por los que se considera errónea y lesiva para el interés general. Por ello, estimo que la Sentencia del TS de 28 de enero de 2009 carece en sus fundamentos jurídicos de una interpretación sistemática del art. 8.1 b) TRLS 2008 con otros preceptos del mismo que permita explicar la opción del silencio desestimatorio más allá del principio de legalidad, imponiéndose con fuerza a la justificación contraria, por lo que habrá que esperar futuros pronunciamientos. No obstante, para que se produzca el supuesto de hecho del art.

8.1.b) TRLS 2008, obviamente, es necesario que haya transcurrido el plazo sin que la Administración haya dictado el acto procedente y se notifique a los interesados, es decir, que se haya producido una inactividad de la administración que en determinados supuestos, como en el caso de la «demora injustificada en el otorgamiento del acto o denegación improcedente» (puede afectar a licencias urbanísticas) puede surgir responsabilidad patrimonial por el «funcionamiento anormal de los servicios públicos», siempre respetando el derecho del perjudicado a obtener la correspondiente indemnización. En este sentido, conforme al art. 35.d) TRLS 2008 (33) surge responsabilidad administrativa en materia urbanística cuando se trata de «la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente» y sin derecho a indemnización cuando exista dolo, culpa o negligencia.

Ello implica que si conforme al art. 8.1 b) TRLS 2008, el sentido del silencio de una licencia *contra legem* es desestimatorio, la administración ha de aceptar la aplicación de la regla general de la responsabilidad por demora injustificada o por denegación improcedente, pues en ambos casos puede producirse daños patrimoniales al particular que ha solicitado la licencia. El problema se encuentra en la demostración de la lesión patrimonial y la demora «injustificada» (34), porque como afirma GONZÁLEZ PÉREZ (35) «la estimación por silencio se produce a todos los efectos si la

---

(33) En definitiva, el art. 35 d) TRLS 2008 traslada al ámbito del otorgamiento de títulos habilitantes (autorizaciones) con los riesgos expuestos, la previsión establecida para los planes urbanísticos en el art. 11.5 TRLS 2008 determina que «cuando la legislación urbanística abra a los particulares la iniciativa de los procedimientos de ordenación o de ejecución urbanística, el incumplimiento del deber de resolver dentro del plazo máximo establecido dará lugar a indemnización a los interesados por el importe de los gastos en que hayan incurrido para la presentación de sus solicitudes, salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable».

(34) En este punto, J.R. FERNÁNDEZ TORRES «Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2008, p.207; pone de relieve que la atribución del valor estimatorio al silencio juega en contra de la imputación de responsabilidad patrimonial ante la pasividad ante la solicitud de un título habilitante de obras, sólo queda eximida la administración si el reclamante acredita no tener derecho a la obtención de la licencia (bien por resolverlo la propia administración o por acordarlo la jurisdicción contencioso-administrativa al resolver el recurso por la denegación presunta, y también la jurisprudencia ha reconocido el retraso infundado en el otorgamiento de títulos habilitantes puede ocasionar daños resarcibles, y cita las sentencias: STS de 30 de abril de 1991, STS de 18 de octubre de 1994 y STS de 28 de octubre de 1997.

(35) J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*, ob. cit., 1387.

Administración incumple el deber de resolver dentro de los plazos en que viene obligada, por lo que en ningún caso incumple el plazo que el ordenamiento establece para dictar resolución expresa y notificarla a los interesados», de modo que a sensu contrario, en el caso del silencio desestimatorio, el particular queda en una situación de inseguridad jurídica porque no tiene pronunciamiento de la Administración sobre la ilegalidad de su actuación por ser contraria a la ordenación territorial o urbanística, ¿pues cómo conoce que el proyecto presentado a licencia, normalmente visado y firmado por técnico competente es contrario a la normativa existente? En esta situación, el particular perfectamente puede empezar a ejecutar la edificación con el riesgo de que la administración bien tome medidas de suspensión o restauración de la legalidad, bien resuelva otorgando la licencia, o bien que al tratarse de una denegación improcedente ésta sea reconocida por la jurisdicción contencioso-administrativa.

## **VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO AL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA ADQUISICIÓN DE LICENCIAS EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL**

A la vista de todo lo anterior puede concluirse, que en la práctica, a partir de la STS de 28 de enero de 2009 hay que entender que el art. 8.1 TRLS 2008 determina un supuesto de silencio desestimatorio en base al art. 43.2 Ley 30 /1992, pues ha de prevalecer el principio de legalidad en todo caso. De ahí, que en materia de licencias urbanísticas, la regla general será el silencio positivo salvo que se trate de la adquisición de facultades contrarias al ordenamiento territorial o urbanístico. Con ello, el Tribunal Supremo en su doctrina legal ha optado por su continuidad y no ha querido romper su jurisprudencia anterior por la que declaraba vigente el art. 242.6 TRLS, como se ha explicado anteriormente.

Pero en todo caso, habrá que reconocer que tanto la regulación del silencio administrativo positivo como el silencio negativo entraña una serie de riesgos al particular solicitante de la licencia cuando ha transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar de la administración. Por ello, nos encontramos ante un tema que exige la ponderación de dos principios esenciales: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, éste último más acorde con la solución del silencio positivo *contra*

*legem* y con la reforma de la Ley 30/1992 como demuestra la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (36). Pero, también es verdad, que si la licencia tácita va en contra de la ordenación urbanística, sus efectos positivos cesarían cuando fuese revisada a través del procedimiento de revisión de oficio.

En efecto, la solución expuesta hace que el silencio administrativo se convierta en un escudo protector de la administración por su inactividad al posibilitarle utilizar todos los mecanismos de defensa de la legalidad, aunque no haya resuelto en plazo, de manera que queda desvirtuada la idea de que el silencio administrativo se crea en beneficio de los particulares frente a la inactividad administrativa, aunque en determinados supuestos sea de aplicación la responsabilidad patrimonial en materia urbanística. Quizás hubiese sido interesante una interpretación jurisprudencial más profunda sobre el juego del art. 8.1 b) TRLS 2008 y la reforma del art. 43 Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999.

En definitiva, con la adopción de este mecanismo hay que arbitrar otras medidas en defensa de la legalidad que eviten al mismo tiempo la inseguridad jurídica para el particular ante la posible reacción de la administración frente a la petición en principio denegada por contrariar la ordenación territorial y urbanística como consecuencia de la pasividad administrativa. Posiblemente, únicamente sea posible modificar el régimen legal expuesto precisando los supuestos a los que aplicar el silencio desestimatorio y estimatorio en materia urbanística o procurar la introducción de otras técnicas como la comunicación previa de la actuación cuando ha transcurrido el plazo para resolver. Al margen de estas consideraciones, en materia de licencias urbanísticas, hay que entender que el silencio será positivo cuando lo solicitado se ajuste a la legislación y al planeamiento, salvo que por obtener la licencia se incumpla la ordenación territorial o urbanística.

---

(36) Sobre la posición del silencio positivo *contra legem* vid. A. C. NETTEL BARRERA, «El silencio positivo *contra legem* en el derecho urbanístico, punto de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*..., ob., cit., p.200-207.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARTACHO GANT, R., «El silencio administrativo en el otorgamiento de las licencias urbanísticas», *El consultor de los ayuntamientos y juzgados*, núm. 11, 2005, p. 1809, tomo 2.
- ALONSO MAS, M.J. y ALONSO MAS, C.L., «El silencio positivo en el otorgamiento de licencias urbanísticas (a propósito de la STSJCV de 24 de noviembre de 2006)», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 23, julio, 2007, p. 507-517.
- CASTELAO RODRÍGUEZ J., en «Las licencias urbanísticas en Valencia», en Dir. E. SÁNCHEZ GOYANES. *Derecho urbanístico de la Comunidad Valenciana*, Madrid, La ley, 2006.
- «Artículo 8». Dir. E. SÁNCHEZ GOYANES. *Ley de Suelo. Comentario sistemático al Texto refundido de 2008*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2009.
- EMBED IRUJO, A., «Otorgamiento de licencias urbanísticas por silencio positivo: una nueva orientación jurisprudencial», *RAP*, núm. 90, septiembre-diciembre, 1979, p. 169-184.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., «La revisión de oficio de las licencias urbanísticas en el marco del Texto Refundido de la Ley del Suelo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 18, 2009, p. 67-90.
- «El papel del silencio positivo en la instalación de estaciones de servicio en complejos comerciales. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de 30 de diciembre de 2005)», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 13, 2006, 91-94.
- «Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2008, 183-209.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Comentario al art. 8. Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades», p. 282; en AAVV. Dir. J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley del Suelo*, Vol I, Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, 2ª edición, Cívitas, Madrid, 2008.
- MARTÍN MATEO, R., «Silencio positivo y actividad autorizante», *RAP*, núm., 48, septiembre-diciembre, 1965, p. 205-239.

- NETTEL BARRERA, A.C., «El silencio positivo *contra legem* en el derecho urbanístico, punto de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 248, marzo, 2009, p. 151-194.
- PAREJO, L. y ROGER, G., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Iustel, Madrid, 2009.
- QUINTANA LÓPEZ, T., «El silencio de la administración en el derecho urbanístico» en Coord. T. QUINTANA. *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SÁNCHEZ GOYANES, E., «La coherente asunción del silencio "*contra legem*" en los Tribunales Superiores y Supremo», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 14, 2006, p. 63-73
- SANZ RUBIALES, I., «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», *RAP*, núm. 171, septiembre-diciembre, 2006, p. 181-213.
- SORO MATEO, B., «El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 15, 2009, p. 61-73.
- VAQUERO RAMIRO, S. y GONZÁLEZ BOTIJA, F., «El juego del silencio administrativo en la concesión de licencias urbanísticas y en la legislación de montes: problemática a la hora de la inscripción en el Registro de la Propiedad», *REDA*, núm. 136, octubre-diciembre, 2007, p. 757-790.

# **DERECHO COMPARADO**



**REFORMA CONSTITUCIONAL, ASAMBLEA NACIONAL  
CONSTITUYENTE Y CONTROL JUDICIAL  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.  
EL CASO DE HONDURAS (2009) Y EL ANTECEDENTE  
VENEZOLANO (1999)(\*)**

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

SUMARIO: I. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y CLÁUSULAS PÉTREAS.— II. EL ANTECEDENTE VENEZOLANO EN 1999 DE LA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE NO PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN Y LA AMBIGUA INTERPRETACIÓN JUDICIAL POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.— III. LA PROPUESTA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS EN 2009, PARA LA REALIZACIÓN DE UNA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y SU SUSPENSIÓN POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: 1. El Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, de marzo de 2009, convocando a una consulta popular sobre una Asamblea Nacional Constituyente y su impugnación en vía contencioso administrativa. 2. La suspensión de efectos del Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, de 23 de marzo de 2009, decretada por el juez contencioso administrativo. 3. La «reedición» del acto administrativo impugnado mediante Decreto Ejecutivo N° PCM-19-2009, de mayo de 2009, convocando a una «encuesta nacional de opinión» sobre una Asamblea Nacional Constituyente. 4. La aclaratoria de la sentencia del Juez contencioso administrativo de suspensión de efectos del Decreto presidencial impugnado. 5. La inadmisibilidad de la acción de amparo intentada por el Presidente de la República contra la decisión del Juez contencioso administrativo suspendiendo los efectos de sus decretos sobre la convocatoria de una Constituyente. 6. La conminación judicial al Presidente de la República para que acatara las decisiones de la Jurisdicción contencioso administrativa.— IV. EL DESACATO PRESIDENCIAL A LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS: 1. El desacato presidencial a cumplirlas órdenes judiciales y el decomiso del mate-

---

(\*) Trabajo escrito para el *Libro Homenaje al profesor Juan Carlos Cajarville*, Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, Uruguay.

rial destinado a la realización de la encuesta de opinión. 2. La destitución del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas por el Presidente de la República, por cumplir lo ordenado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y la suspensión de sus efectos del acto de destitución por la Sala Constitucional de la Corte Suprema. 3. La vía de hecho presidencial y el nuevo desacato a las órdenes judiciales. 4. La acusación fiscal contra el Presidente de la República por diversos delitos.— V. EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA.

*RESUMEN:* La propuesta del Presidente de Honduras en 2009 de convocar una Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución como mecanismo para su reforma, en contraste con el precedente venezolano de 1999 en el cual el juez contencioso administrativo se abstuvo de ejercer el control que le fue requerido; en Honduras fue controlada judicialmente, habiendo el juez contencioso prohibido al Presidente proseguir con su propósito. El desacato presidencial a la orden judicial y su empeño en reformar cláusulas constitucionales pétreas, fue lo que condujo a su enjuiciamiento. La lamentable desviación militar en la ejecución de las ordenes judiciales para la detención del Presidente con su inconstitucional expatriación, fue lo que sin embargo, provocó la crisis política y la condena de la comunidad internacional.

*Palabras clave:* reforma constitucional; Asamblea Constituyente; control contencioso administrativo; cláusulas constitucionales pétreas; proceso constituyente venezolano (1999); caso de Honduras (2009).

*ABSTRACT:* The proposal of the President of Honduras in 2009 to convene a Constituent Assembly not established in the Constitution as a means for its reform, in contrast with the 1999 Venezuelan precedent, where the courts abstained to exercise the requested judicial control; in Honduras, the courts controlled the Executive acts, prohibiting the President to continue with his proposals. The President's refusal to obey the judicial orders, and his insistence on reforming rock-like constitutional clauses, provoked his judicial prosecution. It was the unfortunate military deviation in the execution of the Supreme Court judicial detention orders of the President, and his unconstitutional expatriation what provoked the subsequent political crisis and the reaction of the international community.

*Key words:* Constitutional reform; Constituent Assembly; judicial review of administrative action; rock-like constitutional clauses; Venezuelan Constitution-making process (1999); Honduras case (2009).

## I. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y CLÁUSULAS PÉTREAS

Los mecanismos para la reforma de la Constitución en una sociedad democrática constituyen una de las piezas esenciales del Estado Constitucional, del Estado de derecho y de la democracia constitucional (1), pues al ser establecidos en la propia Constitución, la soberanía popular puede decirse que queda perfectamente juridificada; es decir, sujeta a limitaciones en cuanto a su manifestación, no sólo impuestas a los órganos del Estado mismo, sino al funcionamiento de la propia democracia y a la manifestación de dicha soberanía popular.

Por ello, si bien en la generalidad de las Constituciones, como por ejemplo ocurre en la de Honduras, se proclama que «la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado», sin embargo, le imponen al propio pueblo, en su ejercicio, la observancia de las propias disposiciones constitucionales. Como dice el artículo 2 de la Constitución de Honduras: si bien del pueblo «emanan todos los Poderes del Estado», los mismos sólo «se ejercen por representación».

En esta forma, a la soberanía popular en las Constituciones se la ha dotado de un carácter jurídico y no sólo fáctico, lo que por supuesto no implica que se haga de la Constitución una fuente de la soberanía misma. El pueblo es el soberano y, como tal, es el que ha juridificado, al adoptar la Constitución, el ejercicio de su propia soberanía, otorgando además, a la misma de carácter supremo. En el Estado constitucional, por tanto, es el pueblo el que se autolimita a través de la Constitución adoptada como norma suprema para ejercer la soberanía; de manera que la Constitución normativiza su ejercicio.

Pero sin duda, la soberanía, a pesar de ser dotada en las Constituciones de ese carácter jurídico, en definitiva resulta ser un concepto político o una cuestión de hecho, cuyo ejercicio en una sociedad democrática tiene que tender a fundamentarse en el consenso político, para lograr que sea, precisamente, la expresión del pueblo. En otras palabras, el ejer-

---

(1) Véase lo expuesto en Allan R. BREWER-CARIAS, «La reforma constitucional en una sociedad democrática» (Conferencia dictada en el acto de presentación del libro *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Senado de la República Dominicana, Santo Domingo 12 de julio 2006), en *Estudios sobre el Estado constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 709-712. Véase también en [www.allanbrewrercarias.com](http://www.allanbrewrercarias.com), Sección I, 1, 943 (2006).

cicio de la soberanía popular en un Estado constitucional de derecho, nunca puede consistir en la imposición de la voluntad de una fracción sobre la otra. Tiene que buscar responder al consenso político, que por supuesto es cambiante, como también es cambiante el juego de las relaciones sociales y políticas.

La clave del éxito de las Constituciones, como normas dotadas de supremacía, en cualquier sociedad democrática es, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o de un pacto de toda una sociedad —y no de voluntades circunstanciales— y, además, poder prever en sus normas, tanto la forma de materialización de los cambios constitucionales, como los mecanismos que permitan garantizar, en su momento, que la voluntad popular no vaya a ser suplantada.

Por eso, la normativización de la soberanía popular, más que una limitación impuesta por el propio pueblo a su manifestación, es una garantía para que al pueblo pueda asegurársele la libre determinación de decidir su futuro. Por eso es que decimos que la juridificación de la soberanía popular implica su autolimitación procedimental, mediante el establecimiento de normas que aseguren efectivamente la formación de la voluntad soberana; normas precisamente como la que están en el artículo 373 de la Constitución de Honduras donde se precisa que una reforma constitucional sólo puede aprobarse cuando dos Legislaturas diferentes y subsecuentes la aprueben mediante voto calificado.

En general, por tanto, los procedimientos para la reforma constitucional establecidos en las Constituciones, constituyen una limitación adjetiva, auto impuesta, para asegurar la manifestación de la voluntad popular; lo que sin embargo no excluye la posibilidad de que como lo regulan muchas Constituciones, también se establezcan limitaciones de orden material, como cláusulas pétreas que buscan limitar el propio contenido de la voluntad popular, restringiendo su facultad de cambiar determinados principios e, incluso, sistemas políticos. Por ello el artículo 374 de la Constitución de Honduras dispone que no son reformables los artículos constitucionales que se refieren «a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y referente a quienes no pueden ser Presidente de la República por el período subsiguiente».

En todo caso, los mecanismos de reforma constitucional deben ser regulados en las Constituciones en forma tal que asegurando la manifestación de la voluntad popular (que en el caso de Honduras sólo es a través de sus representantes), a la vez, permita que se realicen los cambios necesarios que exige cualquier sociedad democrática.

Se trata, siempre, de la búsqueda del equilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional, que son los principios que siempre están presentes en toda reforma constitucional: Por una parte, la supremacía constitucional, que implica que la Constitución es la ley de leyes, que obliga por igual a gobernantes y gobernados, prescribiendo los mecanismos para la reforma constitucional como límites a los poderes constituidos y al propio pueblo; y por la otra, la soberanía popular que faculta al pueblo, como titular de la soberanía, el ejercicio del poder constituyente para modificar el Estado constitucional, su organización y la propia Constitución, en la forma prescrita en ella misma.

El primero, el principio de la supremacía constitucional, es un concepto jurídico; y el segundo, el de la soberanía popular, es un concepto político (aunque jurídicado); y en torno a ambos es que gira el poder constituyente, es decir, el poder de reformar la Constitución que siempre debe resultar de un punto de equilibrio entre ambos principios. Ni la supremacía constitucional puede impedir el ejercicio de la soberanía por el pueblo, ni este pueda expresarse al margen de la Constitución. En esta forma, en el equilibrio entre ambos principios, que es el equilibrio entre el derecho y los hechos, o entre el derecho y la política, es cómo el poder constituyente debe manifestarse en un Estado constitucional y democrático de derecho. Es decir, la reforma constitucional debe resultar del equilibrio previsto en la Constitución entre soberanía popular y supremacía constitucional, como juridificación del poder constituyente, para hacerlo operativo desde el punto de vista democrático.

Por todo lo anterior, puede decirse que la reforma de la Constitución o el poder de reforma constitucional, es un poder jurídico que descansa en un acto de autolimitación del poder constituyente el cual fija en el texto constitucional los mecanismos de actuación de ese poder de revisión. Por ello el artículo 375 de la Constitución de Honduras declara enfáticamente que ella en caso alguno pierde su vigencia ni deja de cumplirse «cuando fuere modificada por cualquier otro medio y procedimiento distintos del que ella mismo dispone».

Lo importante a destacar, en todo caso, es que esta juridificación o fijación jurídica no implica que la soberanía nacional, como poder constituyente, desaparezca. En realidad puede decirse que por la propia autolimitación constitucionalmente establecida, una vez regulado el poder constituyente en la Constitución, el mismo entra en un estado latente pero teniendo siempre la posibilidad de manifestarse cuando sea requerido, conforme al procedimiento que el mismo pueblo ha instituido en el texto constitucional.

Por ello la importancia que tiene para el Estado constitucional democrático de derecho que esta juridificación del poder constituyente sea, en definitiva, un instrumento para el fortalecimiento de la democracia. Se trata de la previsión, en forma de normas, de los mecanismos pacíficos y racionales para que el pueblo adopte en un momento y circunstancias determinadas el orden político y jurídico apropiado para sus fines esenciales. De allí la posibilidad misma de plantear el mecanismo constitucional de la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución, pero para ello, obviamente, el mismo tiene que ser previamente juridificada.

En todo caso, cualquiera que sea el procedimiento constitucionalmente establecido para la reforma constitucional, el mismo debe garantizar la manifestación democrática de la voluntad popular en el marco constitucional, y evitar que por la fuerza o por la expresión de mayorías circunstanciales se imponga la voluntad de una facción del pueblo sobre las otras. La historia, por lo demás, enseña que nada que se imponga a una sociedad por la fuerza perdura; ni nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras, perdura.

Una reforma constitucional, por tanto, para que perdure, por sobre todo tiene que ser un instrumento para la inclusión, el consenso y la conciliación. Es cierto que a veces ha sido el resultado de un armisticio después de alguna guerra fratricida, como tantos ejemplos nos muestra la historia; en otros casos, ha sido el resultado de un pacto para evitar la confrontación, como también nos lo muestra la historia reciente. Pero en todo caso, debe ser un instrumento de conciliación, que permita no sólo adaptar las Constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que las mismas sean efectivamente la manifestación de la voluntad popular. Ese es el reto que todo país tiene al plantearse el tema de la reforma constitucional, cuya asunción tiene que garantizar la perdurabilidad de la democracia, perfeccionándola para todos.

En el caso de Honduras, la Constitución es de los pocos textos constitucionales latinoamericanos que establece mecanismos relativamente sencillos para su reforma, excluyendo la intervención del pueblo en el procedimiento de reforma, lo que al contrario, en la mayoría de los países latinoamericanos se requiere expresamente mediante la aprobación de las reformas por referendo. En efecto, en Honduras, de acuerdo con el artículo 373 de la Constitución, la adopción de las reformas constitucionales corresponde al Congreso, como cuerpo de la representación del pueblo, al cual este le asignó el carácter de poder constituyente derivado, pudiendo en tal carácter decretar dichas reformas en sesiones ordinarias, aún cuando con el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros. Ese es el primer elemento de rigidez constitucional que se establece en la Constitución, seguido de otro y es que las reformas adoptadas sólo pueden entrar en vigencia una vez que sean ratificadas por la subsiguiente legislatura ordinaria, por igual número de votos. En consecuencia, en Honduras no hay otro mecanismo para reformar la Constitución que no sea el Congreso mediante el procedimiento especial mencionado, lo que implica la necesidad de lograr consensos entre los representantes del pueblo, mediante voto calificado, ni siquiera una sola vez, sino dos veces: primero por el Congreso que sancionó inicialmente la reforma y segundo, por el nuevo Congreso electo subsecuentemente.

Esta forma relativamente sencilla del procedimiento de reforma constitucional, por otra parte, tiene como contrapartida la inclusión en la Constitución de una sustancial cláusula pétrea referida a diversos aspectos constitucionales sustantivos que no pueden reformarse en la forma prevista. Es el caso mencionado del artículo 374 de la Constitución de Honduras el cual dispone que no son reformables mediante el mencionado procedimiento de reforma constitucional «los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y referente a quienes no pueden ser Presidente de la República por el período subsiguiente».

Una norma de este tipo, como se dijo, no es frecuente en América Latina (2), y quizás es sólo comparable con las previsiones de la Consti-

---

(2) Véase Allan R. BREWER-CARÍAS, «Modelos de revisión constitucional en América Latina», en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-diciembre 2003, N° 141, Caracas, 2004, pp. 115-156; y en Walter CARNOTA y Patricio MARIANELLO (Directores), *Derechos Fundamentales, Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*, Editorial San Marcos, Lima 2008, pp. 210-251.

tución de Guatemala donde también se establece en el artículo 281 de la Constitución que «en ningún caso podrán reformarse los artículos 140 (independencia del Estado y al sistema de gobierno), 141 (soberanía popular), 165, inciso g) (desconocimiento del mandato del Presidente después de vencido su período constitucional), 186 (prohibiciones para optar a cargos de Presidente y Vicepresidente) y 187 (prohibición de reelección), ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyan alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera de variar o modificar su contenido».

En otros países las cláusulas pétreas son más limitadas, como sucede por ejemplo en El Salvador, donde el artículo 248 constitucional dispone que: «No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República». En sentido similar, aún cuando sin referencia al principio de la alternabilidad, el artículo 119 de la Constitución de República Dominicana declara que: «Ninguna reforma podrá versar sobre la forma de Gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo». En otros casos, como en la Constitución del Brasil, lo que se establece es que no se puede abolir determinadas instituciones o principios, pero ello no impide la reforma de los artículos que las consagran. En tal sentido, el artículo 60 § 4, establece que: «No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I. La forma federal del Estado; II. El voto directo, secreto, universal y periódico; III. La separación de los Poderes; IV. Los derechos y garantías individuales».

En el artículo 137 de la Constitución de Cuba también se ha establecido una cláusula pétrea respecto del «sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera». Además, en la reforma constitucional de junio de 2002, la Asamblea Nacional del Poder Popular añadió al texto constitucional otra cláusula pétrea con el siguiente texto:

«Disposición Especial. El pueblo de Cuba, casi en su totalidad, expresó entre los días 15 y 18 de junio del 2002, su más decidido apoyo al pro-

yecto de reforma constitucional propuesto por las organizaciones de masas en asamblea extraordinaria de todas sus direcciones nacionales que había tenido lugar el día 10 del propio mes de junio, en el cual se ratifica en todas sus partes la Constitución de la República y se propone que el carácter socialista y el sistema político y social contenido en ella sean declarados irrevocables, como digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de los Estados Unidos el 20 de mayo de 2002».

Estas cláusulas pétreas, por otra parte, en algunas Constituciones se regulan, aún cuando no en la forma tan clara y precisa de los ejemplos mencionados, sino que se deducen la forma de redacción de las propias disposiciones constitucionales, como sucede por ejemplo, en el artículo 1 de la Constitución de Venezuela cuando declara que la República «*es irrevocablemente libre e independiente...*»; cuando el artículo 5 que declara que «la soberanía reside *intransferiblemente* en el pueblo», o cuando el artículo 6 prescribe que el gobierno de la República «y de las entidades políticas que la componen *es y será siempre* democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables (3).

Otra cláusula pétrea incluso puede identificarse como consecuencia de la previsión del principio de la progresividad en materia de derechos humanos, como lo establece el artículo 19 de la Constitución de Venezuela, lo que implica que las normas que prevén la protección constitucional de los derechos inherentes a la persona humana, nunca podrían reformarse para reducir el ámbito de protección de los mismos.

La diferencia entre las previsiones para la reforma constitucional y las cláusulas pétreas establecidas en muchas de las Constituciones latinoamericanas con las establecidas en la Constitución de Honduras, es que en todo caso, en esta última está prevista la consecuencia de la violación de las normas constitucionales en la materia. Por ejemplo, en materia de limitación a la reelección presidencial que se prevé en la Constitución y a la mencionada cláusula pétrea que declara como no reformable la norma del artículo 239 que dispone que «el ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado»,

---

(3) Véase sobre el principio de la alternabilidad republicana en Venezuela, en Allan R. BREWER-CARIAS, «El Juez Constitucional vs. La alternabilidad Republicana. (La reelección continua e indefinida)», en *Revista de Derecho Público*, N° 117, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp 205 ss.

es ella misma la que dispone la consecuencia de su violación al prever que «*El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.*»

Además, el artículo 4 de la misma Constitución después de declarar que «la forma de gobierno es republicana, democrática y representativa» agrega que «la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es obligatoria,» disponiendo que «La infracción de esta norma constituye delito de traición a la Patria.» Llega tan lejos la Constitución de Honduras en esta materia que prevé en su artículo 42,5 como una de las causales de la pérdida de «la calidad de ciudadano», el hecho de «incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República».

Ese es el contexto jurídico constitucional en el cual el Presidente Manuel Zelaya comenzó a plantear la posibilidad de proceder a convocar una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de reforma no previsto ni regulado en la Constitución (entre otros aspectos para incluir la reelección indefinida del Presidente de la República), sin duda, tratando de seguir los pasos diseñados en el precedente venezolano de 1999, donde forzando la realización de un «referendo consultivo» (no vinculante) sobre el mismo tema de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, una vez realizada la consulta se puso en juego el conflicto entre soberanía popular y supremacía constitucional, tácticamente prevaleciendo la primera a través de interpretaciones constitucionales tortuosas, que dieron origen a una Asamblea Constituyente que en definitiva comenzó por dar un golpe de Estado contra la Constitución y los poderes constituidos, en nombre de la soberanía popular que asumió y usurpó.

## **II. EL ANTECEDENTE VENEZOLANO EN 1999 DE LA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE NO PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN Y LA AMBIGUA INTERPRETACIÓN JUDICIAL POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

En efecto, durante la campaña electoral presidencial de 1998, el entonces candidato Hugo Chávez Frías propuso al electorado como su fun

damental propuesta política sobre el Estado, la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para «refundar el Estado», la cual, sin embargo, no estaba prevista en la Constitución de 1961 como un procedimiento válido para la reforma constitucional. La Constitución, en realidad sólo establecía expresamente dos mecanismos para su revisión, que eran la «enmienda» y la «reforma general» (4). Una Asamblea Constituyente cuando no es producto de un golpe de Estado o una ruptura fáctica del orden constitucional, para poder ser convocada tiene que estar regulada constitucionalmente como mecanismo para la reforma de la Constitución, como a partir de la Constitución de 1999 se estableció expresamente en Venezuela (5). En 1998, por tanto, ante la propuesta del entonces Presidente electo Hugo Chávez Frías sobre la Asamblea Constituyente, el problema era cómo elegirla.

Sobre ello, a comienzos de 1999, decíamos lo siguiente:

El reto que tenemos los venezolanos hacia el futuro, incluyendo el presidente electo Hugo Chávez Frías y su futuro gobierno, por tanto, no es resolver si vamos o no a tener una Asamblea Constituyente en el futuro próximo, sino cómo la vamos a realizar. Las elecciones de noviembre y diciembre de 1998 iniciaron el proceso, pero el dilema es el mismo de siempre: ¿la vamos a convocar violando la Constitución o la vamos a convocar respetando la Constitución? En el pasado, por la fuerza, siempre hemos optado por la primera vía; en el momento presente, con la globalización democrática que caracteriza al mundo contemporáneo y con el desarrollo político de nuestro propio pueblo, no habría derecho a que el nuevo gobierno y los partidos tradicionales, por su incomprensión, también nos lleven a tomar la vía del desprecio a la Constitución, precisamente, la «fulana Constitución,» como se la ha calificado recientemente.

Las fuerzas políticas tradicionales representadas en el Congreso tienen que aceptar que el sistema político iniciado en los años cuarenta, sencilla-

---

(4) Véase sobre estas previsiones Allan R. BREWER-CARÍAS, «Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela» en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas, 1997, pp. 169-222; y en Eduardo ROZO ACUÑA (Coord.), *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato*, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-24 aprile 1997, a cargo del Prof., Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181.

(5) Véase los comentarios sobre los mecanismos de reforma de la Constitución en la Constitución de 1999 en Allan R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica venezolana, Tomo I, Caracas 2004, pp. 157 ss.

mente terminó, y tienen que entender que el precio que tienen que pagar por mantener la democracia, consecuencia de su incomprensión pasada, es reformar de inmediato la Constitución para establecer el régimen de la Asamblea Constituyente, en la cual, sin duda, nuevamente perderán cuotas de poder.

Pero las nuevas fuerzas políticas también representadas en el Congreso, y el presidente electo Hugo Chávez Frías, también tienen que entender que la Constitución no está muerta, que es el único conjunto normativo que rige a todos los venezolanos y que su violación por la cúpula del poder lo único que lograría sería abrir el camino a la anarquía.

Los venezolanos de comienzos del siglo XXI no nos merecemos una ruptura constitucional y tenemos que exigir que la inevitable y necesaria Asamblea Constituyente se convoque y elija lo más pronto posible, pero mediante un régimen establecido constitucionalmente, pues no hay otra forma que no sea mediante una reforma de la Constitución para establecer la forma de la Asamblea (unicameral o no), el número de sus integrantes, las condiciones y forma de su elección y postulación (uninominal o no) su rol democrático y su relación con los principios republicanos y de la democracia representativa, incluyendo, la separación de los Poderes Públicos.

Ninguna otra autoridad o poder del Estado puede establecer ese régimen y menos aún puede ser el resultado de una consulta popular o referéndum consultivo. Este, para lo único que sirve es para obtener un mandato popular que habría que actualizar constitucionalmente, mediante una reforma del Texto Fundamental. De lo contrario sería como si se pretendiera establecer la pena de muerte, prohibida en el artículo 51 de la Constitución, mediante un simple «referéndum consultivo». Si éste se realizase, lo único que significaría sería la expresión de una voluntad popular que habría de plasmarse en la reforma constitucional del artículo 51 de la Constitución, pero no podría nunca considerarse, en sí mismo, como una reforma a la Constitución.

Lo mismo sucede con el tema de la Asamblea Constituyente: la elección de Hugo Chávez Frías puede considerarse como la expresión de una voluntad popular pro constituyente que debe plasmarse en la Constitución mediante su reforma específica. Por ello, si el 23 de enero próximo el Congreso inicia la reforma específica de la Constitución para establecer el régimen de la Constituyente, para cuando se realice el referéndum consultivo prometido por el Presidente electo (60 días después del 15 de febrero, es decir, el 15 de abril) podría en realidad realizarse el referéndum aprobatorio de la reforma constitucional que regule la Constituyente y procederse a su convocatoria.

Esta es una fórmula para resolver el tema de la constitucionalización de la Asamblea Constituyente, la cual es indispensable para poder convocarla democráticamente, es decir, en el marco de la Constitución, conforme a la

cual fue electo presidente Hugo Chávez Frías y se juramentará próximamente en su cargo» (6).

Por tanto, a comienzos de 1999, aún bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la única forma de poder convocar una Asamblea Constituyente en Venezuela, era reformando la Constitución para regularla, y si no se reformaba la Constitución, era si ello resultaba de alguna interpretación judicial que se hiciese de la Constitución por parte de la Corte Suprema de Justicia, como juez constitucional, para precisamente, evitar que ocurriera una confrontación fáctica entre el principio de la soberanía popular y el principio de la supremacía constitucional. Y ello fue lo que se pretendió obtener mediante el ejercicio, en 1998, de dos recursos de interpretación sobre los alcances del «referendo consultivo» que entonces sólo estaba previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998, que fueron interpuestos por ante la Sala Político Administrativa (Contenciosoadministrativa) de la antigua Corte Suprema de Justicia en 1998, de los cuales sin embargo, y lamentablemente, no resultó decisión judicial expresa alguna.

La Sala, en efecto, dictó sendas sentencias el 19 de enero de 1999 (7), con contenido ambiguo, en el cual no se decidió con precisión lo que se le había consultado; lo que no impidió que las decisiones fueran «interpretadas» como la supuesta solución al conflicto constitucional existente, dando lugar, como consecuencia de un «referendo consultivo», a la subsecuente convocatoria, elección y constitución de una Asamblea Nacional, lo que en todo caso ocurrió en democracia y sin ruptura constitucional a la usanza tradicional.

Pero la verdad, es que no hubo tal interpretación constitucional, ya que el juez contencioso administrativo renunció a ejercer su función interpretativa, de lo cual resultó que, en definitiva, la ruptura constitucional o golpe de Estado en Venezuela la terminó dando la propia Asamblea Nacio-

---

(6) Véase Allan R. BREWER-CARÍAS (sobre la Asamblea Constituyente), «Necesaria e inevitable», en *El Universal*, Caracas, 19-01-1999, p. 1-14.

(7) Véase el texto en *Revista de Derecho Público*, no 78-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 55-73. Véase los comentarios a dichas sentencias en Allan R. Brewer-carías, «La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción», en *Idem*. pp. 453 ss.; y en Allan R. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 151 ss.

nal Constituyente una vez que fue electa el 25 de julio de 1999, al irrumpir desde el mismo momento de su constitución el 8 de agosto de 1999, contra la Constitución de 1961 (8), interviniendo los poderes constituidos sin autoridad alguna para ello, incluyendo la propia Corte Suprema que le había dado nacimiento, la cual también terminó siendo eliminada.

El tema que debió haber resuelto la Corte Suprema y que renunció a hacer, era el que resultaba del debate político que existía a comienzos de 1999 y que se le había planteado para que interpretara, sobre la forma de convocar la Asamblea Constituyente que tanto había prometido el Presidente electo, en el sentido de que: o se reformaba previamente la Constitución para regularla y luego elegía, como planteábamos (9); o se convocaba sin regularla previamente en la Constitución, sólo apelando a la soberanía popular al margen de las previsiones constitucionales (10) como lo planteaba el Presidente electo. Se trataba, en definitiva de resolver el conflicto constitucional mencionado entre supremacía constitucional y soberanía popular, que la Corte Suprema tenía que enfrentar y asumir, pues sólo el juez contencioso administrativo actuando como juez constitucional podía hacerlo.

Sin embargo, aún antes de que se pudiera asumir que la Corte Suprema habría resuelto el conflicto, lo cierto es que el Presidente electo había optado pública y abiertamente por la segunda vía, anunciando públicamente su decisión de convocar la Asamblea Constituyente apenas asumiera la Presidencia de la República, el 2 de febrero de 1999, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961 para regularla. Durante esos días, en todo caso apoyado por la popularidad que en ese momento tenía, formuló amenazas y ejerció indebida y públicamente presiones contra la Corte Suprema de Justicia buscando apoyo de su propuesta» (11).

---

(8) Véase en general, Allan R. BREWER-CARIÁS, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002.

(9) Véase en Allan R. BREWER-CARIÁS, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp. 153 a 227; Allan R. BREWER-CARIÁS, «El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999», en *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56.

(10) Sobre los problemas jurídicos que precedieron a la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente, véase Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 3-23.

(11) Véase las críticas que expresamos en su momento a las presiones presidenciales al Poder Judicial, en Allan R. BREWER-CARIÁS, «Expresiones de Chávez atentan contra independencia del Poder

La propuesta presidencial, en todo caso, consistía en utilizar ilegítimamente la vía de un referendo consultivo previsto en una ley para convertirlo en un «referendo decisorio», en fraude a la Constitución. En 1999, por ello, indicábamos que

«La convocatoria a dicha Asamblea Constituyente, sin estar prevista en la Constitución, siempre consideramos que no sería otra cosa que un desconocimiento de la Constitución de 1961. En efecto, el referéndum consultivo que prevé el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio es un medio de participación popular de carácter consultivo y no de orden decisorio. Es evidente que una consulta al pueblo nunca podría considerarse inconstitucional, pues es una manifestación de la democracia. Pero pretender que mediante una consulta popular pudiera crearse un órgano constitucional, como la Asamblea Constituyente, establecerse su régimen y que pudiera proceder a realizar la reforma constitucional eso sí podía considerarse inconstitucional, pues ello implicaría reformar la Constitución, y para ello, habría que seguir ineludiblemente el procedimiento pautado en el artículo 246 que exige la actuación del Poder Constituyente Instituido que implica, incluso, que la reforma sancionada se someta a un referéndum aprobatorio. Sustituir todo ello por un referéndum consultivo podía considerarse como una violación de la Constitución.

El referéndum consultivo, en realidad, sólo es eso, una consulta que se traduce en la manifestación de un mandato político que debe ser seguido por los órganos constitucionales para reformar la Constitución y regular lo que la consulta popular propone. Pero pretender que con la sola consulta popular se pudiera crear un nuevo Poder Constituyente de reforma, podía significar el desconocimiento de la Constitución y la apertura del camino de la anarquía.

El problema constitucional que estaba planteado, sin embargo, sólo podía ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia, y así ocurrió con las mencionadas sentencias del 19-01-99» (12).

En efecto, como se dijo, para diciembre de 1998, la Corte Suprema conocía de sendos recursos de interpretación que habían sido intentados para que resolviera, justamente, sobre si era necesario o no reformar la Constitución para regular la Asamblea Constituyente para poder ser convocada. El resultado de la presión política que se originó, fue precisamente la emisión de las dos mencionadas sentencias por la Corte Suprema,

---

Judicial», en *Cambio*. Mérida, 14 de febrero 1999, p. 3; y en *Frontera*. Mérida, 14 de febrero 1999, p. 3-A.

(12) Véase en Véase en Allan R. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento...* *cit.*, pp. 181-182.

el 19 de enero de 1999, dos semanas antes de que el Presidente electo tomara posesión de su cargo, en las cuales la Corte Suprema, sin resolver expresamente lo que se le había solicitado interpretar, sin embargo se refirió ampliamente al derecho constitucional a la participación política y glosó también ampliamente, aún cuando en forma teórica, la doctrina constitucional sobre el poder constituyente, desencadenando así el proceso que luego no pudo ni contener ni limitar, costándole como se dijo, su propia existencia.

En relación con el mencionado dilema que existía en ese momento político entre supremacía constitucional y soberanía popular, de la interpretación que se dio a las mencionadas sentencias de la Corte Suprema sobre si se podía convocar un *referéndum consultivo* sobre la Asamblea Constituyente, en definitiva se dedujo que la misma se podía crear mediante la sola manifestación de esa voluntad popular consultiva, aunque fuera expresada al margen de la Constitución de 1961, sin que ésta se reformara previamente.

El tema que tenía que enfrentar la Corte Suprema era dilucidar cuál principio de los dos que constituyen los dos pilares fundamentales que rigen al Estado Constitucional, debía prevalecer en Venezuela en ese momento: o el principio democrático representativo o el principio de la supremacía constitucional, lo que en todo caso exigía que se mantuviera el equilibrio entre ambos (13). En ese dilema, si la Corte se atenía al sólo principio democrático de democracia representativa que está a la base del Estado constitucional, el pueblo soberano sólo podía manifestarse como poder constituyente instituido mediante los mecanismos de modificación constitucional previstos en la Constitución de 1961 (art. 246). Sin embargo, de acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en su mencionada sentencia, «Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio..., el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica...» Es decir, conforme a esa frase se podía deducir que para que el principio democrático no fuera una mera «declaración retó-

---

(13) Véase los comentarios sobre el dilema en Lolymar HERNÁNDEZ CAMARGO, *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, UCAT, San Cristóbal, 2000, pp. 53 y ss.; Claudia NIKKEN, *La Cour Supreme de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 Janvier 1961*. These Docteur de l'Université Panthéon Assas, (Paris II), Paris 2001, pp. 366 y ss.

rica», los procesos de cambio o transformación constitucional no debían quedar reducidos a los que se preveían en la Constitución como norma suprema y fundamental. Pero si la Corte se atenía al otro principio del constitucionalismo moderno, el de la supremacía constitucional, es decir, el necesario respeto de la Constitución adoptada por el pueblo soberano que obliga y se impone por igual, como lo dijo la Corte, tanto a los gobernantes (poderes constituidos) como a los gobernados (poder constituyente), toda modificación de la voluntad popular plasmada en la Constitución sólo podía realizarse a través de los mecanismos de reforma o enmienda que establecía la misma Constitución que era, precisamente, obra de la soberanía popular. Sobre ello, sin embargo, la Corte Suprema dijo que «Si se estima que para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, ... *la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía*». Es decir, para que el principio de la supremacía constitucional no se viera corrosivamente afectado, las modificaciones a la Constitución sólo la podía realizar el pueblo a través de los mecanismos previstos en la propia Constitución.

Era claro, por tanto, cual era el dilema abierto desde el punto de vista constitucional en ese momento histórico de Venezuela: o la soberanía popular era pura retórica si no podía manifestarse directamente fuera del marco de la Constitución; o la supremacía constitucional se veía corrosivamente afectada si se permitía que el pueblo soberano, como titular del poder constituyente, pudiera modificar la Constitución fuera de sus normas.

La solución del dilema podía ser relativamente fácil en una situación de hecho o de ruptura constitucional: el pueblo, como poder constituyente puede manifestarse siempre, particularmente porque al romperse el hilo constitucional no existe el principio de la supremacía constitucional. Ello sin embargo, no podía ocurrir en un proceso constituyente de derecho sometido a una Constitución, de manera que no estando Venezuela, a comienzos de 1999, en una situación de hecho, sino de vigencia del orden constitucional del texto de 1961, el dilema planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, frente a un proceso de cambio político incontenible como el que se estaba produciendo, no podía tener una solución que derivase de la sola discusión jurídica, sino que necesaria y básicamente tenía que tener una solución de carácter político, pero guiada por el órgano judicial del Estado constitucional, que podía interpretar la

Constitución, es decir, la Corte Suprema de Justicia. Lo que era claro en ese momento es que en la discusión jurídica que se había abierto en el país para enfrentar el mismo dilema, habían quedado precisadas las dos posiciones indicadas:

*Por una parte*, la de quienes sostenían y sostuvimos que derivado del principio de la supremacía constitucional, en el Estado constitucional democrático de derecho representativo la Constitución establece los mecanismos para su revisión (reforma y enmienda), y al no regular a la Asamblea Constituyente como medio para la reforma, para que ésta pudiera convocarse debía previamente crearse y establecerse su régimen en el texto constitucional, mediante una reforma constitucional, que le diese *status* constitucional.

*Por otra parte*, la de quienes sostenían, encabezados por el Presidente de la República, que derivado del principio de que la soberanía reside en el pueblo como lo decía el artículo 4 de la Constitución de 1961, la consulta popular sobre la convocatoria y régimen de la Asamblea Constituyente, como manifestación de dicha soberanía popular declarada por el pueblo como poder constituyente originario mediante referendo, era suficiente para que la misma se convocara y eligiera, y acometiera la reforma constitucional sin necesidad de que previamente se efectuase una reforma constitucional para regularla. Se trataba, en definitiva, del debate sobre el poder constituyente en el Estado constitucional democrático representativo que intermitentemente ha dominado la discusión constitucional en todos los Estados modernos, y que siempre ha estado en la precisa frontera que existe entre los hechos y el derecho.

A la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, como se ha dicho, se le había solicitado que interpretara en relación con la posibilidad de una consulta popular (referendo consultivo) sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, si a través de un «referendo consultivo» como el establecido en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Partición Política «se puede determinar *la existencia de voluntad popular para una futura reforma constitucional* y, en caso afirmativo, si ese mecanismo legal de participación puede servir de fundamento a los efectos de convocar a una Asamblea Constituyente, de manera tal que se respete el ordenamiento constitucional vigente».

En las sentencias, la Corte Suprema después de realizar algunas citas doctrinales genéricas, precisó el dilema que tenía que resolver, así: «El

asunto planteado es el dilema de si la propia Constitución, le es dado regular sus propios procesos de modificación y de reforma o si se considera que la soberanía corresponde directamente al pueblo, como titular del poder constituyente, reordenando al Estado. En el primer caso estaríamos en presencia del poder constituido. En el segundo, el poder constituyente tendría carácter absoluto e ilimitado.» Después de disquisiciones como estas, la Corte Suprema terminó decidiendo que «la interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referendo consultivo que consagra, en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: a través del mismo *puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional* distinto a los expresamente excluidos por la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.»

Es decir, la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia, muy lamentablemente, no sólo no resolvió de manera expresa el dilema constitucional que se le había planteado y que ella misma había identificado, sino que se limitó sólo a decidir que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sí se podía realizar un referendo consultivo, para consultar el parecer del pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; lo que nadie negaba, pues se trataba de una consulta popular sobre una materia de trascendencia nacional. Pero aparte de decidir lo anterior, sobre el otro asunto que se le había planteado a la Corte Suprema, que era el esencial desde el punto de vista constitucional, sobre si en definitiva, para convocar la Asamblea Constituyente bastaba el referendo consultivo o era necesario, además, reformar previamente la Constitución, la Corte nada resolvió ni decidió, y menos en forma precisa y clara.

En realidad, sobre este asunto, en las sentencias, la Sala llegó a la conclusión de que una vez efectuado un referendo consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, «aun cuando el resultado de la decisión popular adquiriera vigencia inmediata, su *eficacia sólo procedería* cuando, mediante los *mecanismos legales establecidos se de cumplimiento a la modificación jurídica aprobada*. Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente,

a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso. Dichos órganos estarán en la *obligación de proceder* en ese sentido».

De este párrafo lo que se deducía, en realidad, era que una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente no bastaba para efectivamente convocarla y reunirla, de manera que la consulta popular sólo podía interpretarse como un mandato político para que los órganos del Poder Público *competentes* pudieran proceder a efectuar las modificaciones jurídicas derivadas de la consulta popular, siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, tanto constitucional como legal. Sólo después de que estas modificaciones se efectuasen, conforme al criterio de la Corte, que no podían ser otras que no fueran las que resultasen de una revisión constitucional (reforma o enmienda), entonces era que la consulta popular podía ser efectiva. Ello implicaba que para efectuar la reforma e incorporar a la Constitución la figura de la Asamblea Constituyente, debía asegurarse la participación de los diputados y senadores y de las Cámaras Legislativas, con la participación del pueblo vía referendo aprobatorio conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961.

Es decir, lejos de decidir con precisión la cuestión constitucional planteada respecto de la posibilidad constitucional de la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin una reforma previa de la Constitución, las sentencias de la Corte Suprema del 19 de enero de 1999, dentro de su imprecisión y ambigüedad, dejaron abierta la discusión constitucional, y con ello, la vía jurídico judicial para la convocatoria de un referendo consultivo para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, sin que esta institución estuviese prevista en la Constitución de 1961, vigente en ese momento, como un mecanismo de revisión constitucional (14). Con esta decisión, la Corte Suprema no sólo sentó las bases para el inicio del proceso constituyente venezolano de 1999, sino que dio comienzo al proceso que condujo al golpe de Estado perpetrado por la Asamblea Constituyente y, casi un año después, a que los nuevos titulares del Poder Público decretaran la extinción de la propia Corte Suprema que con su abstención había iniciado el proceso que les dio origen.

---

[14] Véase Jesús María Casal, «La apertura de la Constitución al proceso político», en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas 2000, pp. 127 y ss.

Como antes se dijo, la Corte Suprema no llegó a resolver lo esencial de la interpretación que le había sido requerida, y solo dijo que conforme a las normas sobre referendos de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero nada dijo sobre si para convocarla debía o no previamente reformarse la Constitución de 1961 para regularla en su texto. El resultado de esta ausencia de decisión de la Corte, sin embargo, en el momento político que vivía el país, en la práctica fue suplida por la «opinión pública» que se conformó por los titulares de primera página de los diarios nacionales de los días 20 de enero de 1999 y siguientes, los cuales fueron los que abrieron efectiva e insólitamente dicha vía hacia el proceso constituyente, al «informar» en grandes letras que, supuestamente, la Corte Suprema de Justicia había decidido que se podía proceder a convocar una Asamblea Nacional Constituyente para revisar la Constitución, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961, que la regulara (15). En ese momento, la euforia de los que de ello derivaron un «triumfo» jurídico (16), y la incredulidad y duda de otros, que no encontraban la «decisión» que anunciaba la prensa en el texto de la sentencia, impidieron precisar con exactitud el contenido de la misma. La verdad es que, como lo advertimos en

---

(15) *El Nacional*, Caracas 21-01-99, p. A-4 y D-1; *El Universal*, Caracas 21-01-99, p. 1-2 y 1-3; *El Universal*, Caracas 20-01-99, pp. 1-15. El titular de primera página del diario *El Nacional* del 20-01-99 rezó así: «CSJ, considera procedente realizar un referéndum para convocar la Constituyente»; el titular del cuerpo de *Política* del mismo diario, del 21-01-99, rezó así: «No es necesario reformar la Constitución para convocar el referéndum» y el del día 22-01-99 rezó así: «La Corte Suprema no alberga dudas sobre la viabilidad de la Constituyente». Véase los comentarios coincidentes de Lolymar HERNÁNDEZ CAMARGO, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., p. 63.

(16). Ello se deducía de la propia Exposición de Motivos del Decreto N° 3 del 02-02-99 del Presidente de la República convocando al referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente en la se dijo que: «b) La Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones del 19 de enero de 1999, ha establecido que para realizar el cambio que el país exige, es el Poder Constituyente, como poder soberano previo y total, el que puede, en todo momento, modificar y transformar el ordenamiento constitucional, de acuerdo con el principio de la soberanía popular consagrado en el artículo 4 de la Carta Fundamental; e) El referendo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un mecanismo democrático a través del cual se manifiesta el poder originario del pueblo para convocar una Asamblea Nacional Constituyente y un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 del Texto Fundamental y que, ese derecho de participación, se aplica no sólo durante elecciones periódicas y de manera permanente a través del funcionamiento de las instituciones representativas, sino también en momentos de transformación institucional que marcan la vida de la Nación y la historia de la sociedad». (*Gaceta Oficial* N° 36.634 de 02-02-99).

su momento (17); eso no había sido lo que había decidido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de su Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999. Se insiste, la Corte debía decidir un recurso de interpretación de las normas de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sobre referendos, en el cual se le habían formulado *dos preguntas* muy precisas: *primera*, si se podía convocar un referendo relativo a una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; y *segunda*, si se podía convocar dicha Asamblea para dictar una nueva Constitución, sin que se reformarse previamente la Constitución de 1961, la cual no preveía la existencia de dicha Asamblea. La Corte, como ya lo hemos analizado anteriormente, resolvió claramente sólo la primera pregunta, y simplemente *no se pronunció sobre la segunda*. La sentencia se limitó a señalar que para realizar un referendo sobre el tema de la Constituyente no era necesario reformar previamente la Constitución; pero la Sala no se pronunció sobre si luego de efectuada la consulta popular, debía o no reformarse la Constitución de 1961 para poder convocar efectivamente la Asamblea Nacional Constituyente que no estaba regulada en norma alguna, como mecanismo para la revisión constitucional, precisamente para regularla en la Constitución como uno de dichos mecanismos.

El resultado final de esta carencia, y la opinión pública construida de ella, buscándose evitar el conflicto constitucional, desviaron la discusión jurídica constitucional hacia otros aspectos, siendo el resultado final la convocatoria del referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente que se efectuó en abril de 1999, la elección de la misma en julio de 1999, y la subsiguiente asunción del «poder constituyente originario» por la Asamblea a partir de agosto de 1999, con lo cual intervino todos los poderes constituidos, entre ellos el Poder Judicial, disolviendo el Congreso y finalmente a la propia Corte Suprema, dando, en fin, un golpe de Estado.

---

(17) Véase Allan R. BREWER-CARÍAS, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 66 y ss. Véase además, lo expuesto en Allan R. BREWER-CARÍAS, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002, pp. 85 y ss.

### **III. LA PROPUESTA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS EN 2009, PARA LA REALIZACIÓN DE UNA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y SU SUSPENSIÓN POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

El precedente venezolano de convocatoria de un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución, para reformarla, se siguió a la letra en 2007 por el presidente Rafael Correa en Ecuador, donde se recurrió a la misma fórmula, haciéndose prevalecer la expresión de la voluntad popular mediante una simple consulta, aún manifestada sin asidero constitucional, conduciendo a la Asamblea Constituyente a la asunción del Poder total del Estado, salvo el del Presidente de la República, no sólo para redactar una nueva Constitución sino para intervenir y controlar todos los otros poderes del Estado (18). En Ecuador, sin embargo, no hubo intervención judicial para dilucidar la convocatoria a la Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución, habiéndose quedado los conflictos constitucionales, básicamente, entre el Congreso y el Tribunal Electoral.

En todo caso, la modalidad de la convocatoria de una consulta popular para obtener la opinión del pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución como mecanismo de reforma constitucional, para con base en la expresión popular poder convocarla, forzando la prevalencia de la soberanía popular sobre la supremacía constitucional, fue también lo que quiso imponer en Honduras el Presidente José Manuel Zelaya en 2009, con la diferencia de que en este país, los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa efectivamente asumieron su función, y funcionaron y decidieron como controladores de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del Presidente de la República, llegando a suspender los efectos de los actos ejecutivos dictados en la materia (19).

---

(18) Véase lo expresado sobre este proceso en Allan R. BREWER-CARIAS, «El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999», texto de la Videoconferencia dada el 19 de abril de 2007 desde la Universidad de Columbia, Nueva York, al Programa de Postgrados de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 19 abril 2007. Véase en [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com), Sección I, 1, 949 (2007).

(19) Para la narración de los hechos y actos estatales adoptados en este caso, así como las diversas decisiones y actuaciones judiciales realizadas por la Jurisdicción contencioso administrativa

## **1. El Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, de marzo de 2009, convocando a una consulta popular sobre una Asamblea Nacional Constituyente y su impugnación en vía contencioso administrativa**

En efecto, el 24 de marzo del 2009, en cadena televisiva y de radio, el Presidente de Honduras anunció que en Consejo de Ministros del día anterior (23 de marzo de 2009), se había emitido un Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, en el cual se había ordenado realizar una «amplia consulta popular» para que la ciudadanía hondureña pudiera expresar libremente su acuerdo o no con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, a los efectos de dictar y aprobar una nueva constitución política, disponiendo que el ente que estaría a cargo de la ejecución del Decreto sería el Instituto Nacional de Estadística (INE), previendo la realización de la consulta para el último domingo del mes de junio del 2009.

El texto de la consulta popular que el Presidente de la República proponía, en lo que en definitiva era un «referendo consultivo,» consistía en la siguiente pregunta:

«¿Está usted de acuerdo que en las elecciones generales del 2009, se instale una cuarta urna para decidir sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que apruebe una nueva Constitución Política?»

Este Decreto N° PCM-005-2009, según se afirmó en el primer «Considerando» del Decreto N° PCM-019-2009 de fecha 26 de mayo de 2009, *nunca se llegó a publicar* por el Poder Ejecutivo en el Diario Oficial, «por razones de mérito y oportunidad.» Por ello se lo consideró como un *acto administrativo tácito de carácter general emitido por el Poder Ejecutivo* que había sido ampliamente publicitado, aún cuando no formalmente publicado en el Diario Oficial, que es el requisito para que cualquier acto de efectos generales pueda producir efectos (artículo 255 de la Constitución y artículo 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

En todo caso, en virtud de que la publicitada propuesta presidencial se apartaba de lo que la Constitución de Honduras establecía en materia de reforma constitucional, el 8 de mayo de 2009, dos fiscales del Minis-

---

y la Corte Suprema de Honduras, hemos partido exclusivamente, del estudio del contenido de las copias de las actas procesales respectivas. Véase *Expediente Zelaya, Documentos, El Nacional, Caracas*.

terio Público, órgano constitucional al cual corresponde ser garante de la Constitución, presentaron ante el Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo de Tegucigalpa (Municipio del Distrito Central), una demanda ordinaria contencioso administrativa «contra el Estado de Honduras,» de declaratoria de ilegalidad y la nulidad del «*acto administrativo tácito de carácter general emitido por el Poder Ejecutivo*» y que estaba contenido en el mencionado Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, por considerar que el mismo no estaba ajustado a derecho.

Los Fiscales solicitaron además, ante el mismo Juzgado contencioso administrativo, como medida cautelar, que suspendiera los efectos del acto impugnado.

En el proceso (Orden de ingreso N° 151-2009), el Estado de Honduras estuvo representado por la Procuradora General de la República, quien actuó en el proceso.

## **2. La suspensión de efectos del Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009, de 23 de marzo de 2009, decretada por el juez contencioso administrativo**

El Artículo 121 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo prescribe que procede la suspensión de efectos de los actos administrativos impugnados en vía contencioso administrativa, cuando «la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil,» por lo que con base en dicha norma, en el libelo de la demanda que originó el juicio, la parte demandante, es decir, el Ministerio Público, solicitó ante el Juez contencioso administrativo que dictase una medida cautelar incidental de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, lo que efectivamente fue decidido por el Juzgado el 27 de mayo de 2009 mediante sentencia interlocutoria de suspensión del acto impugnado (es decir, del Decreto presidencial N° PCM-05-2009 de 23 de marzo de 2009).

Para dictar dicha sentencia interlocutoria, el Juez contencioso administrativo apreció la solicitud del Ministerio Público que se fundamentaba en la consideración de que el acto administrativo impugnado era «de gran impacto que ocasionaría daños y perjuicios de reparación imposible al sistema democrático del país *en franca violación a la Constitución de la República y demás leyes*, así como perjuicios económicos, por ejecutar

acciones de la dimensión de una consulta a nivel nacional, y por perjuicios graves a la sociedad de difícil reparación a todas las instituciones del poder ejecutivo, y se prohíba a todas las empresas privadas que estén ejerciendo contratos para la ejecución del decreto».

Y además, en su sentencia el Juez agregó que la parte demandada, es decir, el Estado de Honduras representado por la Procuradora General de la República, al devolver la vista, había reconocido que el Juzgado tenía la potestad de suspender actos administrativos, y había indicado que el acto impugnado, de ser ciertas las imputaciones sobre el mismo, «constituye grave infracción al ordenamiento jurídico, que lesiona intereses del Estado de Honduras y de la generalidad del pueblo hondureño, ocasionando un daño al Estado de Honduras de reparación imposible, así como de las erogaciones económicas ya que el poder ejecutivo ha publicitado por medios de comunicación privados para el cometido del acto administrativo impugnado, y que generan gastos cuantiosos para la administración pública, los que tienden a incrementarse cada día.» Es decir, ambas partes en el proceso contencioso administrativo, representantes de instituciones fundamentales del Estado, estuvieron contestes con los poderes del juez contencioso administrativo sobre la suspensión de los efectos del acto impugnado, y con que dicho Juez, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción, emitiera la sentencia que correspondiera.

Por su parte, el Juez Titular del Juzgado contencioso administrativo para decidir la incidencia de suspensión de efectos del Decreto presidencial impugnado, consideró que cuando se resuelven solicitudes de esta naturaleza, «se ha de tomar en consideración que la tutela judicial no será efectiva, si al pronunciarse la sentencia definitiva, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión contenida en la demanda,» considerando entonces que la correcta decisión de solicitud que se le había formulado, exigía conforme a la más clásica técnica judicial en materia de medidas cautelares:

«la ponderación y armonización de dos principios en pugna, por un lado, el de la efectiva tutela judicial, y, por otro, el de la eficacia de la acción administrativa, esto por la presunción de legitimidad del acto impugnado, principios que buscan evitar que con la ejecución del acto impugnado se causen perjuicios de difícil o imposible reparación, de no decretarse la suspensión del acto que se impugna, por lo que al decretar la suspensión de los efectos de un determinado acto impugnado lo que se busca es prever que al

momento de emitirse un fallo definitivo sea meramente declarativo e ineficaz con respecto a las pretensiones del demandante».

Con base en lo anterior, el Juez en su sentencia interlocutoria de suspensión, teniendo en cuenta que ambas partes en el proceso habían estado contestes sobre sus facultades legales en materia contencioso administrativa para decidir sobre la revisión, suspensión y nulidad de actos administrativos; y considerando «que El Estado de Honduras es un Estado de Derecho, por lo que sus actuaciones están sometidas únicamente al imperio de la Constitución de la República y las leyes,» decidió que era «procedente decretar la suspensión del acto administrativo tácito objeto de revisión en el presente juicio por considerar que su implementación redundaría en daños de carácter económico, político y sociales que serían de imposible reparación para el Estado de Honduras.» Esa decisión la adoptó el Juez contencioso administrativo en aplicación de los artículos 5, 80, 82, 90, 245, 303, 304 y 305 de la Constitución de la República; artículos 1, 11, 40 y 137 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales; artículos 1, 2, 3, 7, 13 letra b), 101, 120, 121, 122, 125, 129, 132 y 134 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; artículos 130, 131, 134, 138, 141 y 142 del Código de Procedimientos Civiles; y artículos 9, 15 y 16 de la Ley del Ministerio Público; y además, en aplicación del Oficio número SCSJ-3623-88 y Acuerdo número 03-98 de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia de declarar con lugar la cuestión incidental de suspensión de los efectos del acto impugnado, que era el acto administrativo tácito de carácter general impugnado contenido en el Decreto Ejecutivo N° PCM-05-2009 del 23 de marzo del 2009, tal como lo habían solicitado los Fiscales del Ministerio Público demandantes, fue además, la orden judicial de suspensión de «cualquier tipo de publicidad sobre lo establecido en el mismo» y, en general, «del procedimiento de consulta a los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo a través del Presidente Constitucional de la República, o cualquiera de las instituciones que componen la estructura administrativa del Poder Ejecutivo.»

Por tanto, el objetivo de la decisión cautelar de suspensión de efectos del acto administrativo impugnado fue el que el Presidente de la República y, en general, todos los órganos del Poder Ejecutivo se abstuvieran de realizar actividad alguna relativa a la propuesta presidencial de consulta popular a los ciudadanos sobre el tema de una Asamblea Nacional

Constituyente no prevista en la Constitución. Para asegurar el cumplimiento de la sentencia, el Juez en su decisión, mandó notificarla «al Señor Presidente Constitucional de la República a través del Señor Secretario de Estado en el Despacho Presidencial, para su conocimiento y cumplimiento inmediato, haciéndole las prevenciones establecidas en el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de no cumplir la misma».

### **3. La «reedición» del acto administrativo impugnado mediante Decreto Ejecutivo N° PCM-19-2009, de mayo de 2009, convocando a una «encuesta nacional de opinión» sobre una Asamblea Nacional Constituyente**

La anterior decisión del Juez contencioso administrativa, como se dijo, fue dictada el día 27 de mayo de 2009 suspendiendo los efectos del acto administrativo tácito contenido en el Decreto ejecutivo N° PCM-05-2009 de 24 de marzo de 2009 (nunca publicado), que ordenaba la realización de una consulta popular no autorizada en la Constitución.

Sin embargo, y quizás sabiendo el Presidente de la República que la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo iba a ser dictada suspendiendo los efectos de su PCM-05-2009 de 23 de marzo de 2009, el cual como se dijo nunca fue publicado en Gaceta Oficial «por razones de mérito y oportunidad» (es decir, deliberadamente); el día anterior a la sentencia, es decir, el 26 de mayo de 2009, el Presidente de la República en Consejo de Ministros emitió un «nuevo» Decreto Ejecutivo N° PCM-19-2009, el cual tampoco fue publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* sino un mes después, es decir, el día 25 de Junio de 2009 (N° 31.945), mediante el cual se decidió anular y dejar «sin ningún valor y efecto» el Decreto PCM-05-2009 que ordenaba una consulta popular, a partir de su emisión; y que como se dijo había sido el acto impugnado y cuya suspensión de efectos era inminente. Ello, por supuesto era contradictorio: si un acto no publicado en el Diario oficial como lo decía uno de los Considerandos del decreto no surtía efectos, no parecía lógico que en el mismo decreto se resolviese «dejar sin efectos» un acto que supuestamente no había surtido efectos.

En todo caso, en lugar del Decreto de 23 de marzo de 2009 que se revocaba y, en concreto en lugar de la «consulta popular» que entonces se

había ordenado, mediante un nuevo Decreto N° PCM-20-2009 dictado el mismo día 26 de mayo de 2009 (publicado también un mes después en el Diario Oficial *La Gaceta* N° 31.945 del 25 de junio de 2009), el Presidente había dispuesto que se realizase, no una consulta popular, sino «una encuesta nacional de opinión», que se debía llevar a cabo el 28 de junio de 1999, en la cual debía formularse una pregunta similar en su forma a la antes propuesta para la «consulta popular, pero sustancialmente distinta, de si:

«¿Está usted de acuerdo que en las elecciones generales del 2009, se instale una cuarta urna en la cual el pueblo decida la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente? Sí \_\_\_\_ No \_\_\_\_».

En el nuevo Decreto, que se calificó como «de ejecución inmediata» aún cuando debía publicarse en el Diario Oficial (artículo 5), además, se instruyó «a todas las dependencias y órganos de la Administración pública, Secretarías de Estado, Instituciones Descentralizadas y Des concentradas, para que se incorporasen y ejecutasen activamente, «todas las tareas que le sean asignadas para la realización del proyecto denominado «Encuesta de Opinión Pública convocatoria Asamblea Nacional Constituyente», considerando que según el referido Decreto, ello constituía, «una actividad oficial del Gobierno».

La diferencia era notoria: antes lo que se buscaba era que el pueblo, con una respuesta afirmativa a la pregunta de la «consulta popular», decidiera «sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que apruebe una nueva Constitución Política»; ahora lo que se buscaba era que el pueblo con una respuesta afirmativa a la pregunta de una «encuesta nacional de opinión,» decidiera «la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente». El efecto de la manifestación popular era, por tanto, radicalmente distinto, y lo que aparentemente era una propuesta para una «consulta popular» y luego para una «encuesta de opinión», se había convertido en una propuesta para un referendo decisorio tendiente a lograr una «decisión» popular al margen de la Constitución. Tal como ocurrió en Venezuela en febrero de 1999, cuando el Presidente de la República, utilizando la vía de un «referendo consultivo» previsto en una ley, propuso la formulación de una pregunta que era más bien la de un referendo decisorio no previsto en ley alguna, con el cual se pretendía modificar la Constitución (20).

---

(20) Véase en Allan R. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp. 180 ss.

El nuevo Decreto N° PCM-20-2009, por otra parte, contenía una extensa motivación entre otros, en los Artículos 2 y 5,1 de la Constitución, en los cuales se dispone que la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado, agregando que «el Gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa del cual se deriva la integración nacional, que implica participación de todos los sectores políticos en la administración pública, a fin de asegurar y fortalecer el progreso de Honduras basado en la estabilidad política y en la coalición nacional». En los considerandos del Decreto se afirmaba igualmente que «la sociedad hondureña ha experimentado cambios sustanciales y significativos en los últimos veintisiete años, cambios que demandan un nuevo marco constitucional para adecuarlo a la realidad nacional, como una legítima aspiración de la sociedad». Por último, en el decreto se afirmó que había sido en virtud de diversas solicitudes de ciudadanos en forma individual o por medio de sectores y grupos sociales organizados del país, que el Poder Ejecutivo, había «decidido convocar a la ciudadanía en general para que emita su opinión y formule propuestas de solución a problemas colectivos que les afecte; como ser la instalación de una cuarta urna que permita un eficaz ejercicio de su derecho.»

Dos días después de este Decreto N° PCM-19-2009, en fecha 29 de mayo del 2009, el Presidente de la República, mediante cadena nacional informo al pueblo Hondureño a través del entonces Secretario de Estado en el Despacho de la Defensa Nacional, Dr. Edmundo Orellana Mercado, que el Presidente constitucional en Consejo de Ministros, había aprobado otro acuerdo ejecutivo N° 027-2009, en el cual se ordenaba se llevase a la practica una «encuesta nacional de opinión,» bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Estadística (INE), y en este, se ordenaba a las Fuerzas Armadas de Honduras, que apoyasen con sus medios logísticos y demás recursos necesarios al Instituto Nacional de Estadística (INE), estableciendo que dicho acuerdo ejecutivo entraba en vigencia a partir de su fecha (29/05/09).

Estos Decretos, son de los que en el derecho administrativo se conocen como «reedición» de los actos administrativos dictados después de que han sido impugnados en vía contencioso administrativa y, en este caso, en la víspera de que se suspendieran judicialmente sus efectos, por otros actos administrativos que en definitiva perseguían objetivos similares, lo que está proscrito en materia contencioso administrativa, pues constituye una burla a los poderes de control de la jurisdicción.

#### **4. La aclaratoria de la sentencia del Juez contencioso administrativo de suspensión de efectos del Decreto presidencial impugnado**

El mismo día del anuncio presidencial del decreto N° PCM-27-2009, el 29 de mayo de 2009, los abogados del Ministerio Público que actuaban como parte demandante en el proceso contencioso administrativo (parte incidentista) solicitaron aclaratoria de la sentencia interlocutoria de suspensión de efectos que se había dictado, y el Juez Titular, al constatar sus propios poderes como los de todos los jueces de la Jurisdicción contencioso administrativa para adoptar «cuantas medidas sean necesarias para satisfacer totalmente lo resuelto en los fallos que emitan, esto, a fin de asegurar el estricto cumplimiento de lo ordenado en los mismos, para la ejecución de la tutela judicial efectiva, y no se evadan a través de otros actos administrativos, las disposiciones contenidas en sus fallos», consideró «que de haberse emitido, o de emitirse acto administrativo que contravenga o venga a contravenir lo dispuesto en la sentencia interlocutoria de fecha 27 de Mayo del 2009, sería para evadir lo ordenado en la misma, así como el mandato judicial mismo, por lo que cualquier decisión administrativa dictada en este sentido es improcedente, por no poder evadirse el mandamiento judicial a través de actos administrativos.» Como consecuencia, resolvió aclarar en sentencia de 29 de mayo de 2009, que

«La Sentencia Interlocutoria de fecha 27 de mayo del 2009 en el sentido que los efectos de la suspensión ordenada, del acto tácito de carácter general que contiene el Decreto Ejecutivo número PCM-05-2009 de fecha 23 de marzo del 2009, incluye a cualquier otro acto administrativo de carácter general o particular, que se haya emitido o se emita, ya sea expreso o tácito, por su publicación o falta de publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*, que conlleve al mismo fin del acto administrativo tácito de carácter general que ha sido suspendido, así como cualquier cambio de denominación en el procedimiento de consulta o interrogatorio, que implique evadir el cumplimiento de la sentencia interlocutoria que se aclara.»

Es decir, el juez contencioso administrativo censuró, conforme a lo previsto en los Artículos 82, 84, 132 y 134 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y en el artículo 195 del Código de Procedimientos Civiles, cualquier tipo de «reedición» o novación administrativa que pudiera permitir burlar los efectos de la decisión judicial de suspensión de efectos de la «consulta popular» que había sido ordenada por

el Presidente de la República, cualquiera que fuese la «forma» que se le pretendiera dar.

### **5. La inadmisibilidad de la acción de amparo intentada por el Presidente de la República contra la decisión del Juez contencioso administrativo suspendiendo los efectos de sus decretos sobre la convocatoria de una Constituyente**

Contra las decisiones del Juzgado de Letras de lo Contenciosos Administrativo, es decir, contra la sentencia interlocutoria de 27 de mayo de 2009 y su aclaración de 29 de mayo de 2009, que declaró con lugar la cuestión incidental de suspensión de efectos del Decreto Ejecutivo impugnado, y prohibió cualquier tipo de publicidad sobre el procedimiento de consulta a los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo que comprometa la estructura administrativa del Poder Ejecutivo y cualquier otro que se emita aunque cambie de denominación, el Presidente Constitucional de la República en su condición de Titular del Poder Ejecutivo, representado por un abogado, intentó acción de amparo por ante la Corte de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo en Tegucigalpa.

Esta Corte, en sentencia de 16 de junio de 2009, consideró que siendo el proceso contencioso administrativo desarrollado ante el Juzgado de Letras, un proceso en el cual las partes eran el Ministerio Público como demandante, y el Estado de Honduras como demandado, la acción de amparo que pudiera intentarse contra las decisiones dictadas en el proceso sólo podían ser interpuestas por las partes interesadas en el mismo; de lo que concluyó resolviendo que «siendo el demandado, el Estado de Honduras, resulta obvio que quien interpone el amparo carece de legitimación para ejercer la presente acción, puesto que constitucionalmente el representante legal del Estado es la Procuraduría General de la República, quien no ha interpuesto recurso alguno y por ende ha consentido la sentencia y la aclaración recurrida.» De ello concluyó la Corte de Apelaciones que en el caso sometido a su consideración, la acción de amparo intentada resultaba inadmisibile, lo que ocurre «cuando los actos hayan sido consentidos por el agraviado y se entenderán que han sido consentidos por el agraviado, cuando no se hubieren ejercitado, dentro de los términos legales, los recursos o acciones;» resolviendo entonces, en nombre del Estado de Honduras, rechazar de plano la demanda de amparo por considerarla inadmisibile, en aplicación de los artículos 183, 228,

303, 304, 321, 322 y 323 de la Constitución de la República; 41, 44, 46 numeral 3 y párrafo último de la Ley Sobre la Justicia Constitucional.

## **6. La conminación judicial al Presidente de la República para que acatara las decisiones de la Jurisdicción contencioso administrativa**

A los efectos de dar cumplimiento a la sentencia interlocutoria antes referida, en fecha 3 de Junio de 2009, el Juzgado de Letras de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, libró una primera comunicación judicial dirigida al Presidente de la República, a través del Secretario de Estado en el Despacho de la Presidencia, para que adoptase las medidas que procedieran y practicase lo exigido en cumplimiento de la sentencia interlocutoria dictada.

Posteriormente, uno de los abogados del Ministerio Público, con fecha 18 de junio de 2009, solicitó al Juzgado de Letras Contencioso Administrativo, que nuevamente librara comunicaciones judiciales dirigidas al Presidente de la República y al secretario de Estado de la Presidencia, a efecto de que informasen ante el Juzgado sobre las medidas que hubiesen adoptado para dar estricto cumplimiento a la sentencia interlocutoria de 27 de mayo de 2009 y su aclaratoria de fecha 29 de mayo de 2009, y asimismo para que se abstuviesen de realizar actos de carácter general o particular distintos a lo ordenado en la antes mencionada sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria.

Acorde con ello, el Juez titular del Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo, en la misma fecha 18 de junio de 2009, libró sendas comunicaciones judiciales dirigidas al Presidente de la República y al Secretario de Estado en el Despacho de la Presidencia, requiriéndoles que informasen sobre las medidas que hubiesen adoptado para dar estricto cumplimiento a la sentencia interlocutoria antes mencionada, y para que se abstuviesen de realizar actos generales y particulares contrarios a la misma, «haciéndole la advertencia que de verificarse el incumplimiento de la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria antes mencionadas, se le hace la advertencia de lo establecido en el artículo 349 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil en que incurriere por los daños y perjuicios que causare a los interesados; asimismo, de infringir lo dispuesto en la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria antes

mencionadas, este Juzgado le aplicará multa que se hará efectiva mediante el procedimiento de apremio, la que no podrá ser menor de quinientos lempiras (Lps. 500.00), ni mayor de cinco mil lempiras (Lps. 5,000.00).» El informe que se solicitaba, conforme a las notificaciones judiciales, debía ser rendido «bajo su personal y directa responsabilidad ante este Juzgado en el plazo máximo e improrrogable de cinco (5) días hábiles siguientes a recibida la presente, comunicación, advirtiéndole que de no hacerlo así en el plazo señalado, este Juzgado le impondrá multa por cantidad no inferior a los doscientos lempiras (Lps. 200.00), ni superior a los dos mil lempiras (Lps. 2,000.00)».

Luego, el mismo día 18 de junio de 2009, el Juez libró una tercera comunicación judicial dirigida al Presidente de la República, a través de la Secretaría General del Despacho Presidencial, a fin que dentro del plazo de cinco (5) días, informara al órgano jurisdiccional que medidas había adoptado para dar cumplimiento a la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaración.

Ninguna de las comunicaciones anteriores fue respondida por el Presidente de la República ni por funcionario alguno del Poder Ejecutivo.

#### **IV. EL DESACATO PRESIDENCIAL A LAS DECISIONES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS**

A pesar de las precisas órdenes judiciales emanadas del Juzgado de lo contencioso administrativo, que prohibían al Presidente de la República realizar actos generales y particulares contrarios a la decisión de suspensión de efectos del Decreto presidencial sobre la consulta popular sobre la Asamblea Constituyente, éste continuó con su proyecto de realizar la «encuesta de opinión» prohibida judicialmente.

##### **1. El desacato presidencial a cumplirlas órdenes judiciales y el decomiso del material destinado a la realización de la encuesta de opinión**

El Juzgado de Letras Contencioso Administrativo, en atención al requerimiento formulado por el Fiscal General de la República en el cual denun-

ció el desacato por parte del Poder Ejecutivo de las ordenes judiciales, con fecha 26 de junio de 2009 dictó una nueva decisión judicial ordenando a las Fuerzas Armadas de Honduras, por medio del Jefe del Estado Mayor Conjunto, «el *inmediato decomiso* de toda la documentación y material necesario y relacionado con la encuesta de opinión que el Poder Ejecutivo, en *abierta violación a la orden emanada de este Juzgado*, pretende realizar el día domingo 28 de junio de dos mil nueve».

Para adoptar esta decisión judicial, el Juez se había previamente dirigido al Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras solicitándole información sobre el cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado, a lo que las Fuerzas Armadas habían respondido el 24 de junio de 2009, informándole «que han acatado lo ordenado en la misma».

La decisión judicial de decomiso antes indicada se adoptó luego de que el Juez expresara, *primero*, que en virtud de la decisión judicial de fecha 27 de mayo de 2009, se había ordenado la suspensión de «toda actividad tendiente a realizar cualquier tipo de consulta o encuesta de opinión con el objetivo de instalar una cuarta urna en las elecciones generales de noviembre próximo para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente; *lo que conlleva inexorablemente la derogatoria de la Constitución de la República*»; *segundo*, «con el objeto de dar cumplimiento a la suspensión decretada mediante el fallo supraindicado se libraron las correspondientes comunicaciones judiciales a efecto de dar conocimiento a distintas instituciones, entre ellas la Presidencia de la República, a que se *abstuviesen de continuar realizando actividades orientadas a la realización de cualquier consulta o encuesta de opinión*»; y *tercero*, «que a pesar de lo anterior, el Poder Ejecutivo, en pleno *desconocimiento del fallo judicial*, ha continuado con el intento de realizar la encuesta de opinión programada para el próximo domingo 28 de los corrientes».

El Juez contencioso administrativo para ordenar el decomiso de toda la documentación y material necesario y relacionado con la encuesta de opinión que el Poder Ejecutivo pretendía realizar «en abierta violación a la orden emanada de este Juzgado», partió de lo dispuesto en el artículo 304 de la Constitución, que atribuye a los «órganos jurisdiccionales aplicar las leyes a casos concretos; juzgar y ejecutar lo juzgado.» Consideró, además, que conforme a la previsión del artículo 274 de la Constitución, las Fuerzas Armadas «están sujetas a las disposiciones de su Ley Constitutiva y a las demás leyes y reglamentos que regulen su funcionamiento»,

y conforme al artículo 1 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas, estas se instituyen para, entre otras cosas, «defender el imperio de la Constitución». Con base en lo anterior; consideró que «siendo que la celebración de la Encuesta de Opinión tiene como propósito final mancillar la Constitución de la República; las Fuerzas Armadas de Honduras, en apego a las disposiciones anteriormente relacionadas, son la institución llamada a su defensa evitando la consumación de tal propósito», resolviendo de acuerdo con los artículos 272,304 y 274 de la Constitución de la República; 1, 132 y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; 1 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas,

PRIMERO: Ordenar a las Fuerzas Armadas de Honduras, por medio del Jefe del Estado Mayor Conjunto, el *inmediato decomiso* de toda la documentación y material necesario y relacionado con la *encuesta de opinión que el poder ejecutivo, en abierta violación a la orden emanada de este juzgado, pretende realizar el día domingo 28 de junio de dos mil nueve*. Asimismo se le ordena a las Fuerzas Armadas de Honduras, que dichos documentos y material relacionado, por constituir una amenaza flagrante a la Constitución de la República, sea incinerado de forma inmediata.

A los efectos de que se realizase la medida ordenada, el Juez habilitó todos los días y horas inhábiles, bajo la coordinación técnica y legal de la Fiscalía General de la República; exigiéndose a todos los funcionarios y empleados de las diferentes Secretarías de Estado, entes descentralizados y desconcentrados, brindar toda la colaboración necesaria a fin de que las Fuerzas Armadas de Honduras pudiesen realizar de forma oportuna y eficiente el decomiso del material destinado a ser usado en la Encuesta de Opinión mencionada. A tal efecto, además, el juez facultó a las Fuerzas Armadas de Honduras, con el propósito del efectivo cumplimiento de lo ordenado, a utilizar los bienes e instalaciones de las instituciones del Estado, que considerase necesarias, en especial, las telecomunicaciones».

2. La destitución del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas por el Presidente de la República, por cumplir lo ordenado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y la suspensión de sus efectos del acto de destitución por la Sala Constitucional de la Corte Suprema

El mismo día 24 de junio de 2009, al acatar el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y proceder a decomisar el material destinado a la realización de la encuesta de opinión prohibida por el Juez

contencioso administrativa, que se consideraba violatoria de la Constitución, el Presidente de la República mediante resolución, procedió a separar al señor Romeo Orlando Vásquez Velásquez de su cargo de Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras.

Tanto el General Vásquez Velásquez, mediante abogado, como el Fiscal Especial para la Defensa de la Constitución Rene Mauricio Aceituno Ulloa actuando a favor de *los intereses generales de la sociedad y del orden jurídico constitucional*, interpusieron sendos recursos de amparo contra la resolución presidencial mencionada, por ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Registro Nos. 881 y 883-09), la cual luego de acumular los recursos, en fecha 25 de junio de 2009 decidió con base en lo establecido en el artículo 40 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas, contenida en el decreto 39-2001, de fecha 30 de abril del 2001, que es la Ley Especializada y aplicable en el caso; en los artículos 183, 245, 278, 280, 303, 313 atribución 5ta, 316, 321 y 323 de la Constitución de la República; en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los artículos 1, 2, 4, 5, 7, 9 numeral 3 letra a), 41, 43, 44, 45, 48, 49, 59 numeral 1), 119, 124 y demás aplicables de la Ley Sobre Justicia Constitucional; a admitir los recursos de amparo de mérito, y «decretar bajo la responsabilidad de los recurrentes la suspensión provisional del acto reclamado,» ordenando «a la autoridad recurrida la inmediata remisión de los antecedentes formados al efecto o en su defecto el correspondiente informe dentro del plazo de un (01) día.» La Sala Constitucional, además, mandó que se diera «inmediato cumplimiento a lo ordenado» en la providencia que se ordenó comunicar al Presidente de la República.

### **3. La vía de hecho presidencial y el nuevo desacato a las órdenes judiciales**

El día 25 de junio de 2009, el Presidente de la República, junto a varias personas, entre ellos funcionarios del Poder Ejecutivo, después de haber realizado un pronunciamiento público en las instalaciones de la Casa de Gobierno y que fue de conocimiento general a través de los diferentes medios de comunicación, anunciando que él tenía que realizar una misión, le pidió a la gente que se encontraba reunida en el lugar que lo acompañara, y se trasladó a las instalaciones de la base área «Hernán

Acosta Mejía», lugar del cual el Presidente de la República, desacatando de nuevo las decisiones judiciales, retiró 814 cajas que contenían el material que sería utilizado para realizar la encuesta de opinión, que había ordenado realizar a nivel nacional el día domingo 28 de junio del 2009, y que había sido prohibida por el Poder Judicial.

#### **4. La acusación fiscal contra el Presidente de la República por diversos delitos**

Con motivo de todos los desacatos presidenciales ante las decisiones judiciales, y la actuación del Presidente de la república en contra de la Constitución, el día 25 de junio de 2009, el Fiscal General de la República, «en representación de los mas altos intereses generales de la Sociedad Hondureña», compareció ante la Corte Suprema de Justicia, formulando requerimiento fiscal en contra del Presidente de la República José Manuel Zelaya Rosales, a quien lo acusó como responsable, a título de autor, de los delitos contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones, en perjuicio de la administración pública y el Estado de Honduras, solicitando se librase contra él orden de captura, y luego de que se le comunicasen los hechos que se le imputaban, se le recibiera su declaración de imputado, se le suspendiera en el ejercicio del cargo, y se autorizase allanamiento de morada.

Las diversas actuaciones descritas por el Fiscal General ante la Corte, y atribuidas al Presidente de la República, consideró que se subsumían en los siguientes tipos penales:

*Primero*, en el Delito contra la Forma de Gobierno tipificado en el artículo 328,3 del Código Penal a cuyo efecto el Fiscal General consideró que si bien es cierto, el Gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa, los únicos mecanismos de consulta a los ciudadanos en el ordenamiento de Honduras son el referéndum y el plebiscito, correspondiendo exclusivamente al Congreso Nacional conocer de los mismos y discutir las peticiones, las cuales deben ser aprobadas mediante decreto con el voto afirmativo de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en el cual se deben determinar los extremos de la consulta, correspondiendo al Tribunal Supremo Electoral la convocatoria correspondiente, siendo dicho órgano y no el Poder Ejecutivo, el único ente legitimado para convocar, organizar y dirigir las consultas a los ciudadanos (artículo 5 de la Constitución).

El Fiscal General consideró que siendo el tipo penal un delito de peligro abstracto y de mera actividad, basta la sola realización de actos encaminados fuera de las vías legales a cualesquiera de los fines estipulados en el artículo 328 del Código Penal, para que se configure el ilícito penal enunciado; siendo la publicidad difundida a través de los diferentes medios de comunicación, promoviendo la convocatoria para la consulta popular o encuesta de opinión popular, actuaciones que caen dentro del supuesto de la norma penal sustantiva, lesionando la Seguridad Interior del Estado como bien jurídico, objeto de protección, al constituir un acto encaminado fuera de las vías legales tendiente a despojar en parte las facultades que la constitución le atribuye al Congreso Nacional y al Tribunal Supremo Electoral.

*Segundo*, en el delito de Traición a la Patria, que el Fiscal General consideró tipificado en la Constitución de la República, derivado de los intentos de realizar reformas constitucionales contrariando lo dispuesto en los artículos 2, 4, 5, párrafo séptimo, 373 y 374; y estimó como dirigido a «afectar las bases constitucionales de la unidad del Estado como un Ente político, acciones que se consuman a través de actos encaminados fuera de las vías legales a despojar en parte las facultades atribuidas a los Poderes legalmente constituidos, indicando que ese era el caso concreto el Presidente de la República José Manuel Zelaya, quien, estimó

«suplantó la soberanía popular, la cual se ejerce en este País por representación de conformidad a lo que establece la norma constitucional, donde la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado, asimismo arrogándose facultades que nunca las tuvo en virtud que las mismas son de competencia del Congreso Nacional, en virtud de que a través de la emisión de tres decretos ejecutivos, convoco a la ciudadanía Hondureña a participar en una encuesta de opinión popular para que «el pueblo decida la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.»

En tal sentido, consideró el Fiscal General que el hecho de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, «es evidente que con la misma se pretende derogar la actual Constitución», y conforme a los artículos 373, 374 y 375 de la Constitución, «bajo ninguna circunstancia se podrá dictar y aprobar una nueva constitución porque esta traería consigo *la reforma de artículos pétreos*, mismos que no podrán reformarse en ningún caso,» todo lo cual configura una «conducta contraria a derecho por parte del Ciudadano Presidente de la República, suplantando al Poder Legislativo a convocado a la Ciudadanía Hondureña a la encuesta de opinión».

*Tercero*, en el delito de Abuso de Autoridad regulado en el artículo 349,1 del Código Penal y que sanciona al funcionario o empleado público «que se niegue a dar el debido cumplimiento a órdenes, sentencias, providencias, acuerdos o decretos dictados por autoridades judiciales o administrativas dentro de los límites de sus respectivas competencias y con las formalidades legales...». En este caso, consideró el Fiscal General que se reúnen los elementos objetivos de este tipo penal, «en vista de que el Ciudadano Presidente de la República en flagrante omisión a los apercibimientos emanados a través de las comunicaciones libradas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo», incumplió con las disposiciones contenidas relativas a la ejecución de la sentencia, y a pesar de haber sido apercibido, hizo caso omiso, y «con pleno conocimiento y voluntad, procedió a realizar actos contrarios a la sentencia dictada».

*Cuarto*, en el tipo penal de Usurpación de Funciones conforme el artículo 354 del Código Penal, ya que conforme al artículo 15, numeral 5 y 8 de la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas, es atribución del Tribunal Supremo Electoral, organizar dirigir, administrar y vigilar los procesos electorales y consultas populares; así como convocar a elecciones, referéndums y plebiscitos; y además, conforme al artículo 5, quinto párrafo de la Constitución, «corresponde únicamente al Tribunal Supremo Electoral, convocar, organizar y dirigir las consultas a los ciudadanos señalados en los párrafos anteriores» En el caso, consideró el Fiscal General que el hecho del Presidente de la República de emitir tres decretos, «referentes a la realización de una consulta, llamada posteriormente encuesta de opinión», cuyo objetivo era «consultar si las personas estaban de acuerdo con la instalación de una cuarta urna en las elecciones generales para decidir si se convoca a una Asamblea Nacional Constituyente que emita una nueva Constitución de la República», lo que era atribución exclusiva del Tribunal Supremo Electoral.

El Fiscal General, además, destacó que en la gama de delitos imputados, el Presidente de la República además «vulneró el principio de legalidad el cual se encuentra descrito en el artículo 321 Constitución de la República, que establece: «Los servidores del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la ley...» ejerciendo arbitrariamente la función pública con desviación y abuso de poder.

Con fundamento en lo que expuso ante la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General consideró que debido a la alta investidura que como

alto Funcionario del Estado ostentaba el presidente «y existiendo un peligro de fuga por la gravedad de la pena que pueda imponérsele» como resultado del proceso, solicitó se ordenase el allanamiento de Morada para la aprehensión del acusado José Manuel Zelaya Rosales. El Fiscal General, además, para evitar la impunidad y en virtud de que conforme al artículo 33 de la Ley de la Administración Pública los Secretarios de Estado son colaboradores del Presidente de la República, y teniendo el titular de la Secretaria de Estado en los Despachos de Seguridad a través de la Policía Nacional, la facultad legal de hacer efectivas las órdenes de captura emanadas de autoridad competente, debido al conflicto de intereses y al temor fundado que tenía el Ministerio Público que no se le diera cumplimiento a la orden Judicial, solicitó de la Corte Suprema que se instruyera a las Fuerzas Armadas de Honduras a través del Jefe del Estado Mayor Conjunto, la facultad de hacer que se cumplan los mandatos de la constitución, las leyes y Reglamentos le imponen a las Fuerzas Armadas, y procedieran hacer efectiva la orden de captura del acusado Presidente.

Con fecha 26 de junio de 2009, conforme a lo alegado y solicitado por el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia resolvió y en consecuencia se dirigió al Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, General de División, Romeo Vásquez Velásquez, ordenando la captura del Presidente de la República de Honduras, José Manuel Zelaya Rosales, «a quien se le supone responsable de los delitos de: *contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación defunciones* en perjuicio de la Administración Pública y del Estado de Honduras». La Corte Suprema también se dirigió en la misma fecha, al Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras, ordenando proceder en el momento pertinente al allanamiento de la vivienda del Presidente de la República de Honduras, José Manuel Zelaya Rosales,

«entre las seis de la mañana y las seis de la tarde y ponerlo a la orden de la autoridad correspondiente por suponerlo responsable de la comisión de los hechos delictivos: CONTRA LA FORMA DE GOBIERNO, TRAICIÓN A LA PATRIA, ABUSO DE AUTORIDAD Y USURPACIÓN DE FUNCIONES en perjuicio de la Administración Pública y del Estado de Honduras, lo anterior a raíz del requerimiento fiscal presentado en esta Corte por parte del Ministerio Público».

El día 28 de junio de 2009, sin embargo, la orden judicial no fue ejecutada tal como se ordenó judicialmente, y el Presidente Zelaya des-

pues de haber sido detenido en su residencia durante la noche, fue ilegalmente extrañado del país y un avión lo trasladó a Costa Rica, indudablemente en violación de lo previsto en los artículos 81 y 102 de la Constitución.

Al día siguiente, 29 de junio de 2009, la Corte Suprema de Justicia, consideró que como era «de público y notorio conocimiento que el ciudadano José Manuel Zelaya Rosales, ha dejado de ostentar la condición de Presidente Constitucional de la República», carácter por el cual había sido presentado el Requerimiento Fiscal ante el Supremo Tribunal de Justicia, para que se le siguiese el procedimiento establecido en la normativa procesal penal que regula el enjuiciamiento criminal para los más altos funcionarios del Estado; al haber dejado el Presidente Zelaya de ostentar la condición de alto funcionario del Estado, consideró la Corte que entonces no era procedente seguir su enjuiciamiento de conformidad a los artículos 414, 415, 416, 417 del Código Procesal Penal, debiéndose en consecuencia, conocerse por la vía del procedimiento penal ordinario, «a fin de garantizarle así las reglas propias del debido proceso al imputado». Como consecuencia, resolvió, además de tener por presentado el Requerimiento Fiscal junto con los documentos que se acompañaron, remitirlo al Juzgado de Letras Unificado de lo Penal de Tegucigalpa, Francisco Morazán, para que se continuase con el procedimiento ordinario establecido en el Código Procesal Penal.

En esta decisión, la Corte Suprema, sin embargo, no suministró fundamento jurídico alguno ni indicó con base en qué acto jurídico el Presidente Zelaya el día 28 de junio había «dejado de ostentar la condición de Presidente Constitucional de la República»; limitándose a decir que ello era de «de público y notorio conocimiento.» Lo que había ocurrido, en realidad, era que había sido expatriado (eso era quizás lo público y notorio) en forma inconstitucional, pero no por ello habría dejado de ser Presidente Constitucional. En este aspecto, el tema que habría quedado pendiente de resolver es si, para el caso de que el Presidente expatriado llegase a regresar al país, si debería continuar ser procesado por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de su condición de Presidente, y no por parte de un tribunal penal ordinario como ex funcionario.

## V. EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

En Honduras, sin la menor duda, el Juzgado de Letras Contencioso Administrativo con sede en Tegucigalpa, al ejercer el control de la constitucionalidad e ilegalidad sobre los actos administrativos dictados por el Presidente de Honduras relativos a la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, actuó como juez constitucional, ejerciendo las competencias que le asigna la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; competencia de control que, lamentablemente, aún por la vía del recurso contencioso administrativo de interpretación, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Venezuela actuando como juez contencioso administrativo diez años antes se abstuvo de ejercer, cuando le tocó resolver sobre la misma inconstitucional situación: la convocatoria de un referendo consultivo por el Presidente de la república sin estar previsto este mecanismo de reforma constitucional en el texto de la Constitución.

De las previsiones constitucionales tanto en Honduras como en Venezuela, en efecto, el ejercicio de la justicia constitucional corresponde conforme a la Constitución, no sólo a la Jurisdicción Constitucional que en ambos países ejercen las Salas Constitucionales del Supremo Tribunal, sino a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al ejercer su competencia de anulación de los actos administrativos de efectos generales o particulares contrarios a derecho, es decir, contrarios a la Constitución, a las leyes o a las demás fuentes del derecho administrativo (21). Es decir, todos los jueces contencioso administrativos, conforme al artículo 259 de la Constitución de Venezuela y a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Honduras, tienen potestad para declarar la nulidad de los actos administrativos, no sólo por ilegalidad sino por inconstitucionalidad, ejerciendo la justicia constitucional.

De lo anterior resulta que así como debe diferenciarse la Jurisdicción Constitucional que se atribuye a las Salas Constitucionales, de la función de justicia constitucional que corresponde conforme a las Constituciones de Venezuela (artículo 334) y Honduras (artículo 320) a todos los jueces; tam-

---

(21) Véase Allan R. BREWER-CARIAS, *La Justicia Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, pp. 447 ss; *La Justicia Contencioso administrativa, Tomo VII, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas -San Cristóbal 1996, pp. 26 ss.

bién, debe establecerse claramente la diferenciación entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual radica en la competencia *por el objeto* que se atribuye a los Tribunales que las componen: la Jurisdicción Constitucional que corresponde a los Tribunales Supremos en *Sala Constitucional*, tiene por objeto conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad *contra las leyes y demás actos de rango legal o ejecución directa e inmediata de la Constitución*; en cambio, la Jurisdicción Contencioso Administrativa que corresponde a los tribunales de la misma conforme a la Ley, tiene por objeto, entre otros, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad *contra los actos administrativos* generales o particulares, que siempre son de rango *sub legal*; o como lo precisa la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Honduras, los tribunales de la Jurisdicción «conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas 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» (art. 1). Por ello, de acuerdo con el artículo 76,1 de la Ley Justicia Constitucional de Honduras (2004), la acción de inconstitucionalidad procede «contra las leyes y otras normas de carácter y aplicación general *no sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa*, que infrinjan preceptos constitucionales» (22).

Esto implica que ambas Jurisdicciones se diferencian por el objeto de las acciones y no por el motivo de las mismas: la Jurisdicción Constitucional conoce de la nulidad de las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución; en cambio, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conoce de la nulidad de los actos administrativos, que son de rango sub-legal, sea cual fuere el motivo de impugnación. Así se expuso, por ejemplo, en la sentencia N° 6 de 27 de enero de 2000 (23) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

---

(22) Véase en general sobre la ley de Justicia Constitucional de Honduras, nuestros comentarios, Allan R. BREWER-CARÍAS, «El sistema de justicia constitucional en Honduras» en *El sistema de Justicia Constitucional en Honduras (Comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia. República de Honduras, San José, 2004, pp. 1-148; y «La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución* (Directores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aníbal Quiroga León), N° 4, 2005, Editorial Porrúa, México, pp. 57-77.

(23) Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 213.

Venezuela, señalando que «La Constitución vigente distingue claramente la jurisdicción constitucional de la contencioso administrativa, delimitando el alcance de ambas competencias en *atención al objeto de impugnación*, es decir, *al rango de los actos objeto de control y no a los motivos por los cuales se impugnan*» (24). En otros términos, la Sala Constitucional de Venezuela, en la sentencia N° 194 de 4 de abril de 2000), así:

«El criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende *al rango de las actuaciones objeto de control*, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de derecho contemporáneo. Así las cosas, *la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público*» (25).

De lo anterior, la Sala concluyó precisando su propia competencia así:

«la Sala Constitucional, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución o que tengan forma de ley. De allí que, en el caso de autos, al tratarse el reglamento impugnado de un acto de rango sublegal, esta Sala Constitucional carece de competencia para controlar su conformidad a Derecho, ya que tal competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se decide» (26).

Estos mismos criterios se aplican en Honduras donde la Sala Constitucional, conforme al artículo 319,12 le corresponde la competencia para «declarar la inconstitucionalidad de las leyes en la forma y casos previstos en esta Constitución», como competencia «originaria y exclusiva» (artículo 184), previéndose que «las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma será de ejecución inmediata y tendrá efectos

---

(24) Criterio que se ratificó expresamente por la misma la Sala, en sentencia N° 194 de 04 de abril de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

(25) Criterio que ratificó lo que había decidido en sentencia de 27 de enero de 2000 (Caso Milagros Gómez y otros). Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

(26) Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

generales, y por tanto derogarán la norma inconstitucional» (art. 316). Con esta previsión incorporada en la Constitución en la reforma de 2000 se pasó así de un método de control concentrado de constitucionalidad de las leyes con efectos *inter partes*, a un método de control concentrado con efectos generales, *erga omnes*, permaneciendo previsto el método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes (art. 320), aun cuando sin operatividad, como potestad atribuida a todos los jueces para desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales al decidir los casos concretos que deben resolver.

Con base en estos poderes del juez contencioso administrativo de actuar como juez constitucional, controlando la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del Poder Ejecutivo, fue que se desarrolló en Honduras el proceso judicial contencioso administrativo contra los decretos presidenciales de marzo-mayo de 2009 para la convocatoria de una consulta popular o encuesta de opinión que encubrían una propuesta de referendo «decisorio» sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, y que condujeron finalmente a la orden de detención y a la orden de enjuiciamiento del Presidente de la República, José Manuel Zelaya, entre otros hechos y actos, por desacato a las decisiones del Poder Judicial.

El control judicial desarrollado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en todo caso, puede decirse que fue un proceso de defensa de la democracia; sin embargo, llama la atención que al ejercerse el control de los actos del Presidente de la República dictados en violación de la Constitución y sobre las vías de hecho en que incurrió contrarias al Poder Judicial y al ordenamiento jurídico de Honduras, en ninguna de las actas procesales fundamentales del proceso se haya usado la palabra «democracia». Sin embargo, en un Estado Constitucional, la defensa de la Constitución es siempre defensa de la democracia entendida como el régimen político que busca asegurar que el ejercicio del poder público por el pueblo, como titular que es de la soberanía, se haga en la forma prescrita en la Constitución, tanto en forma indirecta a través de representantes electos (democracia representativa), como en forma directa manifestando su voluntad para la toma de decisiones mediante referendo (democracia directa).

Para asegurar que el ejercicio de ese poder no sea ni abusivo ni arbitrario, el propio pueblo lo somete a límites establecidos tanto en la Cons-

titución del Estado que él mismo ha adoptado como norma suprema, como en la legislación que deben sancionar sus representantes en los órganos del Estado. La Constitución y las leyes contienen, así, los límites que el propio pueblo se impone a sí mismo y a sus representantes para ejercer el poder público, por lo que todo control respecto de la sumisión de los órganos del Estado a la Constitución, es un control de defensa a la propia democracia. Por ello, el Estado que se organiza en una Constitución adoptada en una sociedad democrática, es esencialmente un Estado sometido a controles.

Para garantizar ese Estado y la propia democracia es que se establece un sistema que permita la posibilidad de controlar el ejercicio del poder, de manera que los propios órganos que ejercen el poder en el Estado puedan, mediante su división y distribución, frenar el ejercicio mismo del poder, y así los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente. Por ello la existencia de sistemas de justicia constitucional y justicia contencioso administrativa desarrollado en todos los países democráticos.

La democracia como régimen político, por tanto, es mucho más que la sola elección de representantes mediante votación popular, o de la convocatoria a referendos, siendo la democracia representativa, por supuesto, de su esencia, sin la cual como régimen político, no podría existir. Tal como lo precisó la *Carta Democrática Interamericana* adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Lima, el 11 de septiembre de 2001: además de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo, la democracia representativa contiene acumulativamente una serie de otros *elementos esenciales*, sin los cuales no puede existir como régimen político, entre los cuales está, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la necesaria existencia de la separación e independencia de los poderes públicos (artículo 3). Además, la misma Carta definió que el ejercicio de la democracia, acumulativamente contiene estos otros componentes fundamentales, que son: la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de

prensa; la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (artículo 4). La democracia, por tanto, como se dijo, es mucho más que las solas elecciones y votaciones, y entre sus elementos quizás el más esencial es el que se refiere a la separación e independencia de los Poderes Públicos, ya que el mismo es el que asegura que los otros factores de la propia democracia puedan ser una realidad política (27). En otros términos, sin control del poder no sólo no hay ni puede haber real democracia ni efectivo Estado de derecho, sino que no se puede lograr la efectiva vigencia de todos los mencionados factores esenciales de la democracia. Es decir, sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, y representatividad efectiva; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando al Poder es que puede asegurarse una efectiva transparencia en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia y esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos.

Al contrario demasiada concentración y centralización del poder, como ocurre en cualquier gobierno autoritario, así tenga origen electoral, si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, inevitablemente conduce a la corta o a la larga a la tiranía. Y esa fue la historia de la humanidad durante la primera mitad del Siglo pasado, que nos mostró precisamente a tiranos que usaron el voto de la mayoría para acceder al poder y desde allí aplicaron el autoritarismo para acabar con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por el respeto a los derechos humanos; y es la historia reciente en América Latina que nos muestra la emergencia de regímenes autoritarios usando y manipulando fraudulentamente las previ-

---

(27) Véase sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, Allan R. BREWER-CARÍAS, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2002. pp. 137 y ss.

siones constitucionales y los medios electorales, como ha sido el caso de Venezuela, para violar la Constitución y destruir la democracia (28).

En Honduras, sin duda, funcionaron los controles, y las actividades del Presidente Zelaya violatorias de la Constitución, fueron controladas por los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual demostró tener una autonomía e independencia que muchas jurisdicciones de otros países podrían envidiar. En este caso, fue dicha Jurisdicción la que defendió la Constitución y la democracia; y el desacato a sus decisiones, ajustadas a derecho, fueron las que condujeron a la Corte Suprema de Justicia a ordenar el procesamiento del Presidente. Lamentablemente, al final, como se dijo, la orden judicial dada a las Fuerzas Armadas por la Corte Suprema, no fue ejecutada como ordenado, y el Presidente Zelaya fue ilegalmente extrañado del país en violación de lo previsto en los artículos 81 y 102 de la Constitución, con las consecuencias internacionales conocidas.

New York, Julio 2009

---

(28) Véase Allan R. BREWER-CARÍAS, «La demolición del Estado de Derecho en Venezuela Reforma Constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 6, Editorial Iustel, 2009, pp. 52-61; «El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional. (De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta "dictadura de la democracia" que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional)», en el libro *Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 2007, pp. 13-74; «Constitution Making in Defraudation of the Constitution and Authoritarian Government in Defraudation of Democracy. The Recent Venezuelan Experience», en *Lateinamerika Analysen*, 19, 1/2008, GIGA, Germa Institute of Global and Area Studies, Institute of Latin American Studies, Hamburg, 2008, pp. 119-142.



# CRÓNICAS



# LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2009

JOAQUÍN ÁLVAREZ MARTÍNEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2009: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.

## I. INTRODUCCIÓN

Constituye ya una costumbre en el presente comentario, la de comenzar el mismo reiterando la idea —resaltada en múltiples ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional— de la innegable trascendencia que tiene la institución presupuestaria como elemento esencial de toda organización política y característico de todo sistema democrático (1). Ello implica, como es lógico, que la aprobación anual de la Ley de Presupuestos por parte de cualquier ente público —entre ellos, como es obvio, las Comunidades Autónomas— constituya, sin duda alguna, una de las manifestaciones normativas de mayor relevancia.

La afirmación anterior aparece confirmada, como hemos indicado asimismo en reiteradas ocasiones, por un *doble motivo añadido*: en primer lugar, porque dicha Ley representa —tal y como ha venido a recordar el Tribunal arriba citado— uno de los aspectos más relevantes en los que se refleja el contenido *mínimo e inderogable* de la autonomía financiera que, desde la perspectiva constitucional, se reconoce a toda Comunidad Autónoma (2); y en segundo término, porque aquélla viene a erigirse en el ins-

---

(1) Pudiendo consultarse a este respecto, por todas, la Sentencia del mencionado Tribunal de 18 de abril de 1994.

(2) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 17 de octubre y 20 de diciembre de 1988.

trumento fundamental de ordenación económica y la norma que constituye el *vehículo de orientación y dirección* del conjunto de la actividad financiera de toda Comunidad Autónoma para un año concreto.

Efectuadas las consideraciones precedentes, y entrando ya en el objeto concreto del presente trabajo, el mismo queda centrado, como su propio título indica, en el análisis del contenido de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2009. A estos efectos, el esquema expositivo que se seguirá en las páginas sucesivas es idéntico al de ejercicios precedentes, efectuando, como viene siendo habitual, un análisis comparativo respecto de los Presupuestos del ejercicio 2008.

A estos efectos, y antes de proceder a la realización de dicha tarea, debe recordarse que por Decreto de 6 de julio de 2008, de la Presidencia del Gobierno de Aragón (3), procedió a modificarse la organización de la Administración de nuestra Comunidad, redistribuyéndose entre los diferentes Departamentos del mencionado Gobierno determinados aspectos competenciales, siendo incluso algunos de dichos Departamentos de nueva creación. Dicha circunstancia provocó que el comentario de los Presupuestos del año precedente fuera, en lo referente a su comparación con los vigentes en el año 2007, meramente aproximativo en ciertos supuestos, circunstancia ésta que no acontece ya en el presente comentario, al no haberse producido una nueva modificación en esta materia.

Por lo demás, y como viene siendo pauta común a lo largo de los últimos ejercicios presupuestarios, debe señalarse que tampoco ha sido necesario, en el presente ejercicio, hacer uso de la prórroga presupuestaria, al haberse aprobado los Presupuestos del presente año por la Ley 7/2008, de 29 de diciembre (4).

## **II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2009**

Siguiendo la línea mantenida desde 1983, los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2009 presentan una estructura prácticamente idéntica a la de otras Entidades territoriales, como

---

(3) B.O.A. nº 81, de 9 de julio.

(4) B.O.A. nº 222, de 31 de diciembre.

los Entes Locales o el Estado, pudiendo distinguirse, en el conjunto de los mismos, un *doble contenido*: por una parte, el relativo a los *estados financieros* —diferenciándose, dentro de ellos, las partidas de gastos (obligaciones a reconocer) y de ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otra, el referente a la *parte dispositiva o articulado* (5).

Al igual que en ejercicios precedentes, el análisis de la Ley de Presupuestos para el año 2009 será efectuado realizando, en un primer instante, el estudio detallado de los estados financieros de gastos e ingresos, para, una vez realizado ello, proceder, en un momento posterior, el análisis 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 2009 contempla unos créditos iniciales por importe de 5.837.825 miles de euros, lo que, en comparación con los Presupuestos del año anterior (5.567.924 miles), supone un incremento absoluto de 269.901 miles y porcentual del 5% (aumento éste inferior al experimentado en 2008 —7,8%—). Dicha cantidad vuelve a constituir la más alta de todas las presupuestadas en la historia de nuestra Comunidad, lo que reafirma de nuevo la incuestionable tendencia expansiva manifestada a nivel presupuestario (6).

Los créditos a los que se acaba de hacer alusión vienen a agruparse de acuerdo con las distintas clasificaciones a las que alude el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Aragonesa (7), lo que, como es sabido, pone de relieve, desde la perspectiva presupuestaria, *quién o qué órgano concreto realiza un determinado gasto* (clasificación orgá-

---

(5) Las normas relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2009 aparecen recogidas en la Orden del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de 17 de julio de 2008 (B.O.A. nº 109, de 23 de julio).

(6) Así, conviene poner de relieve 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 representa menos de la cuarta parte de la prevista para el presente ejercicio.

(7) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

nica), *en qué se gasta* —es decir, cuál es la naturaleza del gasto— (clasificación económica)— y *para qué se gasta* —esto es, la naturaleza de la actividad a la que se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). A estos efectos, el análisis del estado de gastos del Presupuesto para el año 2009 se llevará a cabo atendiendo a las ya referidas clasificaciones orgánica y económica (8).

Comenzando el referido análisis por la *clasificación orgánica*, debe indicarse, en primer término, que, al igual en el año precedente, el Presupuesto para el ejercicio 2009 presenta un incremento de los créditos para gasto en la mayoría de los Departamentos o Secciones que conforman aquélla. Ello tiene, no obstante, ciertas excepciones, pues algunos de dichos Departamentos sufren una minoración en tales créditos.

Así sucede en el caso del Departamento de Industria, Comercio y turismo, el cual ve disminuidos sus créditos en una cantidad de 10.511 miles de euros —lo que, en términos porcentuales, representa un descenso de un 8,5% en relación al ejercicio 2008—, así como en el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte, que ve reducida la cuantía global de sus créditos en 10.364 miles de euros, lo que supone un descenso del 40% respecto de ese mismo ejercicio presupuestario.

Junto a los mencionados en el párrafo precedente, también se produce una reducción en el importe de los créditos destinados a gastos en las Secciones relativas a Gastos de diversos Departamentos —57.481 miles menos (10%)—, Economía, Hacienda y Empleo —3.499 miles menos (2%)—, así como en la concerniente a la Comisión Jurídica Asesora, la cual únicamente experimenta una rebaja de 71 miles de euros, lo cual representa un descenso del 16% respecto del Presupuesto del pasado ejercicio.

Frente a lo anterior, y ya en lo que concierne a los Departamentos cuyos créditos para gastos se ven incrementados en términos absolutos respecto del año anterior, resultan destacables, en particular, los relativos a Salud y Consumo, con 132.531 miles más (lo que representa una elevación del 7,5% en relación a los Presupuestos del año 2008), Servicios Sociales y Familia, con 110.550 miles más —lo que supone un aumento en sus dotaciones que se eleva al 41%—, Medio Ambiente —40.450 miles más (21%)— y Educación, Cultura y Deporte, con 39.518 miles más (7%).

---

(8 Tales clasificaciones aparecen recogidas en el Anexo respectivo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

Asimismo, pero ya con unos incrementos en sus dotaciones para gastos de inferior importe en términos cuantitativos, se encuentran, como ya es tradicional, los Departamentos de Ciencia, Tecnología y Universidad, con 9.366 miles más (4%), Política territorial, Justicia e Interior —9.305 miles más (6%)— y Agricultura y Alimentación —2.728 miles más (0,3%)—. A los anteriores se suman las Secciones de Presidencia —4.390 miles más (4%)—, A las Administraciones Comarcales —1.082 miles más (1,7%)— y Vicepresidencia del Gobierno —1.009 miles más (16%)—.

Por último, y ya en lo que atañe a las Secciones que experimentan, a nivel cuantitativo, un menor incremento en sus créditos para gastos, se encuentran las relativas las Cortes de Aragón —666 miles más—, Presidencia del Gobierno —164 miles más— y el Consejo Económico y Social —15 miles más—, lo que conlleva, respecto del ejercicio precedente, unos discretos aumentos porcentuales del 3%, 3,5% y 2%, respectivamente.

Continuando con el examen de la clasificación orgánica, puede apreciarse, al igual que viene sucediendo en los últimos años, cómo es el Departamento de Salud y Consumo el que, atendiendo al volumen total de sus créditos, encabeza la lista de las diferentes Secciones que conforman aquella, ascendiendo el volumen de dichos créditos a 1.749.076 miles, cantidad que representa casi el doble de la asignada al Departamento de Educación, Cultura y Deporte (917.715 miles). Junto a los ya citados, son las Secciones relativas a Agricultura y Alimentación (773.097 miles) y Gastos de Diversos Departamentos (507.939 miles) las que, como ya sucediera en el ejercicio 2008, presentan un mayor volumen de créditos en términos absolutos, representando todas ellas en su conjunto, de modo aproximativo, el 70% del Presupuesto objeto del presente comentario.

Por otro lado, y en lo que concierne a los Departamentos que se sitúan en un nivel intermedio atendiendo a la cuantía global de sus créditos para gastos, debe hacerse mención a los de Servicios Sociales y Familia (379.299 miles), Ciencia, Tecnología y Universidad (235.917), Medio Ambiente (232.196 miles), Obras Públicas, Urbanismo y Transporte (196.332 miles), Economía, Hacienda y Empleo (188.018 miles), Política Territorial, Justicia e Interior (160.418 miles), Presidencia (112.747 miles), Industria, Comercio y Turismo (111.121 miles) y Administraciones Comarcales (63.824 miles). Todas ellas representan, de modo aproximado, un 29,5% del total del Presupuesto.

Por último, y ya entre las Secciones que presentan una menor relevancia cuantitativa atendiendo al monto de sus créditos, se encuentran las referidas a las Cortes de Aragón (24.443 miles), Vicepresidencia del Gobierno (7.295 miles), Presidencia del Gobierno (5.111 miles), Consejo Económico y Social de Aragón (844 miles) y Comisión Jurídica Asesora (376 miles).

De la forma que acaba de ser expuesta a lo largo de las páginas precedentes aparecen desglosados, desde una perspectiva orgánica, los 5.837.825 miles de euros recogidos en el estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad de Aragón para el ejercicio 2009, los cuales, como es de sobra conocido, se destinan al cumplimiento de las obligaciones contraídas por los diversos Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad a los que se ha hecho mención con anterioridad. Una vez efectuado dicho análisis, procederemos a continuación, de conformidad con lo indicado en su momento, a la exposición del estado de gastos de los mencionados Presupuestos atendiendo a la *clasificación económica*.

Atendiendo a la precitada clasificación, los créditos para gastos del presente ejercicio quedan agrupados, como es habitual, 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 precisión inicial, es preciso reiterar, una vez más, la circunstancia de que los créditos atribuidos para las primeras Operaciones citadas (4.579.687 miles) supera, ampliamente el importe total de los créditos destinados a las segundas (1.258.137 miles), hasta el punto de llegar a cuadruplicarlos (9).

Iniciando nuestro análisis de la clasificación mencionada, debe resaltarse el hecho de que la mayoría de los Capítulos que conforman aquella experimentan un aumento en su cuantía respecto de los presupuestos del año 2008. En este sentido, y entre los Capítulos de mayor crecimiento en términos globales, destacan, de modo especial, los relativos a Gastos de Personal, los cuales aumentan en 190.411 miles, lo que implica, en términos porcentuales, un aumento aproximado del 10% en relación a los presupuestos en cuestión.

Junto al anterior, y aunque ya de una forma más moderada, también reflejan un aumento en el monto total de sus partidas los Capítulos de Bienes

---

(9) En este mismo sentido, baste 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.

Corrientes y Servicios (22.875 miles más), Gastos Financieros (18.826 miles más) y Transferencias de Capital (12.161 miles más), cifras éstas que, en comparación con las contenidas en los Presupuestos del año 2008, suponen, respectivamente, sendos aumentos relativos del 3%, 29% y 2%.

Por último, el incremento de menor nivel en términos estrictamente cuantitativos corresponde al Capítulo de Activos Financieros, ascendiendo el mismo a 100 miles de euros, lo que representa un aumento insignificante del 0,2% en comparación con los Presupuestos del año anterior.

Por su parte, y ya en lo que concierne a los Capítulos de la clasificación económica de gastos que ven disminuido el importe de sus créditos, se sitúan, por orden de importancia cuantitativa, los relativos a Transferencias Corrientes (137.304 miles menos), Inversiones Reales (94.047 miles menos) y Pasivos Financieros (17.727 miles menos), descensos que implican, en términos porcentuales, sendos decrementos del 9%, 15% y 21%, respectivamente.

Por otro lado, el examen del estado de gastos del Presupuesto para el ejercicio 2009 pone de relieve que continúan siendo los Capítulos de Gastos de Personal (2.140.146 miles) y Transferencias Corrientes (1.646.613 miles) los que presentan, en términos globales, una mayor cuantía en sus dotaciones. Tras ellos se sitúan, como también es habitual, los referentes a Bienes Corrientes y Servicios (708.598 miles), Transferencias de Capital (646.111 miles) e Inversiones Reales (502.365 miles), conformando el conjunto de ellos el núcleo central del Presupuesto de gastos, al representar, de modo aproximado, el 95% del mismo.

Por último, junto a los Capítulos anteriormente aludidos y ya con un importe económico muy inferior al establecido para aquéllos, se encuentran los referentes a Pasivos Financieros (64.315 miles), Gastos Financieros (84.330 miles), así como el atinente a Activos Financieros (45.075 miles).

Con la mención precedente damos por finalizado el análisis de los créditos recogidos en sede del estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2009 desde la perspectiva de la clasificación económica, lo cual supone, a su vez, concluir el estudio de los estados financieros en lo que concierne, en exclusiva, a su vertiente de gastos. Efectuado dicho examen, y al igual que en comentarios precedentes, procederemos a continuación al análisis del estado de ingresos de dichos Presupuestos, concretando así las fuentes de financiación de los referidos gastos.

## 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 estimativo, a la cantidad de 5.837.825 miles de euros, de los cuales 5.229.570 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio mientras que los restantes 608.255 miles representan el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que, en su caso, se contraigan por la mencionada Comunidad. La primera de las cantidades referenciadas coincide, como puede comprobarse, con la prevista en el estado de gastos del Presupuesto, presentándose, de este modo, unos Presupuestos formalmente equilibrados (10).

El análisis del referido estado de ingresos, llevado a cabo desde la perspectiva de la *clasificación económica*, permite comprobar cómo aquéllos se estructuran 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 objeto del presente comentario, el importe total al que ascienden los Ingresos citados en primer lugar es de 4.981.411 miles de euros, cuantía ésta que, como viene siendo habitual, supera con gran amplitud (casi cinco veces más) el importe global de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales se elevan a 856.414 miles. No obstante lo anterior, la diferencia entre ambos tipos de ingresos se ha visto reducido de forma considerable en relación al año 2008, en el que los Ingresos Corrientes (5.052.955 miles) suponían diez veces más que los de Capital y Financieros (514.968 miles).

Por lo que atañe a la categoría de los Ingresos Corrientes, el primer dato que debe destacarse es que, a diferencia del ejercicio precedente, no todos los Capítulos que integran la misma experimentan un aumento. Ello sólo sucede en el caso de los Capítulos de Impuestos Directos (150.006 miles más), Transferencias Corrientes (88.419 miles más) e Ingresos Patrimoniales (5.103 miles más), lo que, en términos relativos, implica, respectivamente, un ascenso del 14,5%, 4% y 19%.

---

(10) 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.

Frente a lo anterior, y debido sin duda al evidente descenso experimentado en el consumo y en determinadas actividades (como la construcción), los Capítulos que sufren un descenso en el importe de sus ingresos son el de Impuestos Indirectos (307.961 miles menos) y el de Tasas y Otros Ingresos (7.110 miles menos), lo que supone sendas disminuciones porcentuales del 13% y del 4%, respectivamente.

Por su parte, y ya en lo que hace referencia a la categoría de los Ingresos de Capital y Financieros, el aspecto más significativo de los mismos es, sin lugar a duda, el importantísimo incremento obtenido por el Capítulo de Pasivos Financieros, el cual se eleva a 316.341 miles más que en el año precedente, lo que supone un aumento porcentual, respecto del mismo, de un 260%. Junto a éste, también experimenta un aumento en su cuantía el Capítulo de Transferencias de Capital —25.210 miles más— lo que representa, en términos relativos, un incremento del 7% respecto del ejercicio 2008.

Distinta es la situación de los Capítulos de Enajenación de Inversiones Reales —el cual mantiene idéntica cuantía a la ya contemplada en los Presupuestos de los años 2007 y 2008— y el de Activos Financieros, siendo éste el único que reduce su importe en términos cuantitativos (105 miles menos), lo que representa, a su vez, una leve disminución del 2% en relación al anterior ejercicio presupuestario.

Realizado a lo largo de las páginas precedentes el análisis comparativo entre el estado de ingresos de los Presupuestos de los años 2008 y 2009, y pasando ya al análisis individualizado de aquél en lo que concierne al Presupuesto vigente, vuelve a comprobarse cómo los diversos gastos a los que debe hacer frente nuestra Comunidad se financian —como tradicionalmente sucede— a través de *cuatro fuentes*: Transferencias Corrientes efectuadas por otros Entes públicos y ciertos Organismos Autónomos (2.195.130 miles), Impuestos Indirectos (1.401.396 miles), Impuestos Directos (1.185.892 miles) y Transferencias de Capital (381.159 miles). A ellas se une, en el presente ejercicio, una quinta fuente —la relativa al Capítulo de Pasivos Financieros—, cuyo monto económico asciende a 438.451 miles, lo que comporta un importante nivel de endeudamiento.

Junto a los Capítulos arriba mencionados, y manteniendo asimismo la línea de Presupuestos precedentes, el Capítulo de Tasas y otros Ingresos se sitúa, a la vista de los ingresos que se le imputan (167.534 miles), en un nivel medio de importancia, siendo los Capítulos de Enajenación

de Inversiones Reales (32.000 miles), Ingresos Patrimoniales (31.458 miles) y el de Activos Financieros (4.803 miles) los que reflejan una menor dotación económica en términos absolutos, cantidades todas ellas que representan, en términos globales, poco más del 5% de los ingresos previstos para el presente ejercicio.

Con la indicación que acaba de ser efectuada se completa el análisis del origen y cuantía de las distintas cantidades que, consignadas en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón, constituyen el estado de ingresos de los mismos para el año 2009, concluyendo, de este modo, el examen de sus estados financieros. Sin embargo, ello no agota el estudio de aquéllos, dado que, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, nos encontramos, asimismo, en presencia de una Ley, de una norma jurídica, por lo que es imprescindible, para entender de modo correcto el contenido, significado y efectos de los referidos Presupuestos, llevar a término el análisis de las distintas previsiones recogidas en su articulado, las cuales, como es sabido, indican el destino y límites de los créditos recogidos en el estado de gastos, a la par que legitiman la obtención de determinados ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento), regulando diversos aspectos de los mismos.

## **2. La parte dispositiva o articulado**

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2009 aparece integrada por 37 artículos —distribuidos a lo largo de siete Títulos—, 20 Disposiciones Adicionales, 4 Disposiciones Transitorias y 1 Disposición Final. Dicha parte dispositiva mantiene, en términos generales, un esquema y contenido idéntico al de ejercicios precedentes, no presentando, por tanto, ninguna novedad de calado respecto de Leyes de Presupuestos anteriores.

En esta línea, el Título primero de la Ley de Presupuestos «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3), tras indicar y aprobar, en su artículo 1, el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2009, recoge en su artículo 2, siguiendo la pauta de la Ley de Presupuestos para 2008, el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos, el cual tiene un carácter meramente informativo y que se eleva, en el presente ejercicio, a la can-

tividad de 160 millones de euros (11). De este modo, se da cumplimiento a lo dispuesto, en este punto, en los artículos 21.1 de la L.O.F.C.A. (12) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (13).

Junto a ello, el artículo 3 de dicha norma legal procede a llevar a cabo, con base en lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (14), la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de dicha Comunidad, las cuales experimentan, con carácter general y salvo algunas excepciones, un incremento en su cuantía del 4%.

Una vez efectuado lo anterior, el Título segundo de la referida Ley —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 12)— procede a regular el régimen aplicable a los créditos presupuestarios contenidos 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 este sentido, el artículo 4.1 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 complementa, en lo concerniente a la clasificación económica, por el artículo 4.2 de aquél, el cual recuerda 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, dicho carácter limitativo se ve excepcionado por la pre-

---

(11) De los cuales 88 millones corresponden al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y 72 al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

(12) 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».

(13) 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 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.

(14) En cuya virtud: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

visión contenida en el artículo 6.1 de la Ley de Presupuestos del presente ejercicio, el cual, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, enumera una serie de créditos del estado de gastos a los que se confiere la condición de ampliables (15). En este sentido, y de conformidad con el artículo 6.2 de dicha Ley de Presupuestos, la financiación de los mencionados créditos se realizará 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.

Junto a los supuestos a los que se acaba de hacer alusión en el párrafo precedente, el carácter vinculante de los créditos para gastos se ve asimismo excepcionado por la previsión establecida en el artículo 7 de la Ley de Presupuestos, a tenor 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 del gasto a realizar (16). En todo caso, dicho precepto advierte 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 (17).

Por lo demás, y añadidas a las indicaciones ya efectuadas en los párrafos precedentes, el artículo 5 de la Ley de Presupuestos para el 2009 pro-

---

(15) Entre tales créditos se incluyen, a título de ejemplo y de un modo semejante a Leyes de Presupuestos precedentes, aquellos 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) o los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento.

(16) Entre dichas transferencias se encuentran aquellas 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».

(17) 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 L.O.F.C.A. 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».

cede a fijar los criterios de imputación temporal de los gastos consignados en la misma, indicando, en primer lugar, 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, sin embargo, se ve excepcionada en ciertos supuestos tasados.

En concreto, y siguiendo la línea ya marcada en anteriores Leyes de Presupuestos, el apartado segundo del precepto arriba mencionado permite imputar a los créditos del Presupuesto de 2009 el 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.

Además de las hipótesis anteriores, el apartado tercero del mencionado precepto prevé también la posibilidad de imputar a los Presupuestos del ejercicio actualmente en vigor aquellas obligaciones derivadas de la amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, el pago anticipado de las subvenciones otorgadas 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, y partiendo de la autorización contenida en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, es el artículo 8 de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario el que se ocupa de hacer realidad la posibilidad de que se incorporen a los Presupuestos del año 2009 los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, incorporación que 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 último, es el artículo 11 de la Ley de Presupuestos hoy vigente el que contempla la posibilidad de que, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo,

puedan efectuarse 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 referido Consejero, por un lado, 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, por otro, para adoptar cualquier medida que considere apropiada para asegurar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria (18).

A la vista de las previsiones enumeradas en los párrafos precedentes, es evidente que diversos preceptos contenidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos del ejercicio 2009 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 es sabido, 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, determinarán cuál va a ser la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos.

Atendiendo a lo anterior, resulta lógico que la Ley de Presupuestos arriba mencionada concluya, como es habitual, su Título segundo estableciendo, en su artículo 12, una importante cautela al 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.

A ello se une, con carácter adicional, el deber de remitir a las Cortes de Aragón, con periodicidad mensual, el conjunto de resoluciones relativas a las modificaciones presupuestarias antes indicadas que tengan lugar en el referido periodo temporal, indicando expresamente, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el pro-

---

(18) Véase la nota número 19.

yecto 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 manera, permanecen inalterables, un ejercicio más, las diferentes obligaciones de información que han de cumplimentarse en relación al mencionado órgano legislativo en los casos de realización de las operaciones mencionadas en los párrafos precedentes.

El Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2009, bajo la denominación «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 13 a 15), procede a recoger un conjunto de previsiones cuyo objetivo radica en evitar, en la medida de lo posible, la aparición de posibles desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas aquellas que conllevan repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

En esta línea, el artículo 13 de dicha Ley establece, siguiendo la línea habitual en este punto, que todo proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento de gasto en el ejercicio 2009, o en cualquier otro posterior, deberá 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 (19). Dicha exigencia afecta igualmente a toda propuesta de acuerdo o resolución, quedando condicionada la efectividad de los mismos a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada de conformidad con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

Por su parte, y ya en lo que atañe a los gastos de carácter plurianual, el artículo 15 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 las hipótesis a las 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 (20), cualquiera que sea el número y porcen-

---

(19) 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 supe- ditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria».

(20) Dichas hipótesis son aquellas en que los referidos gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pue-

taje de gasto de las anualidades y salvo que afecten a gastos por operaciones de capital, correspondiendo al Gobierno de Aragón dicha competencia en el resto de los supuestos contemplados en el último precepto citado.

Junto a dichas medidas, y con idéntica finalidad a la mencionada tres párrafos más atrás, el artículo 14 de la Ley de Presupuestos para 2009 confiere al referido Consejero la facultad de acordar las oportunas retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados, y ello hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad, situación ésta que sólo resulta excepcionada —con buen criterio— en aquellos supuestos en que tales retenciones puedan afectar a intereses sociales relevantes.

Como resulta patente de la lectura de las mismas, 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, dato éste que vuelve a resultar reflejado en lo que atañe a aquellos créditos que amparan proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista; ello es así en la medida en que el artículo 14 de la referida Ley otorga al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la facultad de autorizar, en estas situaciones, 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 2009 regula la materia relativa a «LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 16 a 30).

Como ya es tradicional, dicho Título establece el régimen retributivo aplicable, de una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de semejante naturaleza y, de otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2009. No obstante, el contenido de las previsiones recogidas en el mismo no será objeto de un análisis detallado por tratarse de una cuestión que excede de los límites del presente trabajo.

---

den ser estipulados por el plazo de un año o que este plazo resulte más gravoso o bien operaciones de endeudamiento.

Atendiendo a lo anterior, simplemente debe destacarse el dato de que las retribuciones previstas para el presente ejercicio experimentan, en relación a las del año 2008, idéntica variación a la establecida, acerca de esta misma cuestión, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, previsión que, como se encarga de reconocer de modo expreso el artículo 16.1 de la Ley de Presupuestos Autonómica, se enmarca en las bases de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

Precisamente por ello, el referido artículo establece, en su inciso final, la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio que implique un crecimiento retributivo superior al establecido en aquél se adecue a lo dispuesto en dicho precepto, resultando inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se opongan al mismo.

El Título quinto de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2009 —intitulado «DE LA PROMOCIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO» (artículo 31)— se ocupa de regular, como viene siendo tradicional, el Programa presupuestario de igual nombre (programa 612.2), el cual persigue como finalidad la relativa a la promoción del desarrollo económico y el paliar los desequilibrios económicos existentes en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma mediante la realización de actuaciones inversoras y de fomento en áreas infradotadas (21).

En aras a la consecución de la referida finalidad se destinan a dicho Programa créditos por importe de 102.746.238 euros, cantidad que podrá verse incrementada mediante las modificaciones presupuestarias que procedan. Más en concreto, de la referida cuantía 60.000.000 de euros se encuentran asignados, de manera específica, 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 nuestra Comunidad. En todo caso, y de conformidad con el artículo 31.4

---

(21) 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 sean ejecutadas con cofinanciación de otras Administraciones.

Por su parte, y en lo que concierne a la gestión del Programa en cuestión, el artículo 31.5 de dicho Texto legal impone al Gobierno de Aragón el deber de informar, con carácter trimestral, a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón sobre el 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 el título de «TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES» (artículos 32 y 33), constituye una de las manifestaciones de la coordinación financiera que tiene lugar entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones de otras entidades territoriales de nuestra Comunidad.

En este sentido, el artículo 32 de dicha Ley da cabida a los criterios de gestión del Fondo Local de Aragón, el cual 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 —cuyo desglose aparece recogido en el Anexo I de la Ley de Presupuestos— se compone de 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 aludida en el párrafo precedente, y al igual que sucedía con los créditos para gastos contemplados en el Programa de Promoción y Desarrollo económico, también en relación al citado Fondo Local se establece la obligación que incumbe al Gobierno de Aragón de informar trimestralmente a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón en torno al grado de ejecución y destino específico de los créditos incluidos en dicho Fondo, debiendo indicarse su importe y destinatario, así como la actividad concreta que se apoya y la operación que se financia (artículo 32.3 de la Ley de Presupuestos).

Por otro lado, el artículo 33 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2009 regula los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen asimismo desglosados en el

Anexo I del mencionado Texto legal. Más en concreto, el Programa de Política Territorial —instrumento multisectorial de ordenación del territorio— da cabida a un conjunto de dotaciones cuyo objetivo esencial radica en conseguir la adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas bien a través de actuaciones de la propia Administración autonómica, bien mediante medidas de fomento a través de entidades públicas o privadas.

El séptimo —y último— de los Títulos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2009 —«DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 34 a 37)— procede a dar cabida al régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga dicha Comunidad (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como el de los avales que aquélla conceda a lo largo del referido año presupuestario.

En lo que concierne a este último, debe destacarse que el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es de 438.451.652 euros (art. 34.1), cantidad que, como ya hemos indicado en un momento anterior, es ciertamente elevada en comparación con la del año 2008. En cualquier caso, y como viene siendo habitual, la contracción del mencionado 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. Por lo demás, 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 (22).

Junto a las operaciones precedentes, el Gobierno de Aragón se encuentra también autorizado para acordar la refinanciación o sustitución

---

(22) Recuérdese, a este respecto, 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 L.O.F.C.A. En este sentido, 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 constate que esta última ha incumplido el susodicho principio de estabilidad presupuestaria.

del endeudamiento vivo con el exclusivo objeto de lograr una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros; asimismo, se permite al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo 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 ello no comporte un incremento de la deuda viva autorizada.

Por otra parte, el artículo 35 de la Ley de Presupuestos para 2009 contempla 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. En este sentido, y para los supuestos en que éstas 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 cualquier caso, y con independencia de 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.

En lo que concierne ya a los avales públicos (artículo 36), es también el Gobierno de Aragón quien, a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, ostenta la competencia para su concesión, pudiendo otorgarse aquéllos 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 podrá rebasar, siguiendo la línea de los dos ejercicios precedentes, 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 de 600.000 euros.

Por lo demás, y como viene siendo norma habitual, la concesión del aval exige el cumplimiento de ciertos requisitos. En este sentido, si aquél es otorgado a empresas privadas, ha de acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la propia Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social. Igualmente, los sujetos beneficiarios del aval deberán también demostrar que no han sido

sancionados, mediante sanción firme, por las autoridades laborales competentes, por infracciones graves o muy graves, así como también el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de residuos, debiendo presentar aquéllos, por otra parte, el correspondiente plan económico-financiero con el fin de poder estimar la viabilidad de la empresa.

Con la referencia precedente a los avales concluye el análisis del contenido que presentan los diversos Títulos que integran la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2009. Efectuado lo anterior, únicamente resta realizar un breve apunte acerca de *tres cuestiones singulares* que presentan, sin duda, una especial trascendencia y cuya regulación aparece recogida en sede de las Disposiciones Adicionales y Transitorias: 1) las tarifas y componentes fijos del Canon de Saneamiento; 2) la determinación del régimen al 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.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones indicadas, es la Disposición Adicional 20ª de la Ley de Presupuestos la que, de acuerdo lo dispuesto en la Ley de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (23), procede a establecer los componentes fijos de la tarifa y el tipo aplicable del Canon de Saneamiento. A este respecto, y al igual que en el presupuesto para el año 2008, es importante destacar que dicha Disposición procede a distinguir entre la tarifa general de aquel tributo y la tarifa específica aplicable al Municipio de Zaragoza, siendo 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 2009 para los usos domésticos e industriales que tengan lugar en dicho Municipio (24).

En lo que concierne ya al régimen de las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 6ª), una vez más vuelve a recogerse la exigencia —por otra parte, lógica— de que el solicitante de aquéllas deba accredi-

---

(23) Ley 6/2001, de 17 de mayo (art. 58.1).

(24) 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».

tar debidamente la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con 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 (25)], 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.

Además de lo anterior, se prevé 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, régimen que también se aplica en el supuesto contrario, esto es, en aquellas situaciones en que tras haber obtenido una subvención se solicite un aval con posterioridad. En cualquier caso, y salvo en las hipótesis excepcionales autorizadas por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, respecto de un mismo proyecto, de aval y subvención.

Junto a las cautelas precedentes, debe recordarse, igualmente, que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus Organismos Autónomos y Empresas deberán publicar en el B.O.A., con carácter trimestral, un listado-resumen de todas las subvenciones y ayudas otorgadas, indicando el programa y línea de subvención, nombre y domicilio del beneficiario, finalidad y cuantía. Asimismo, se prevé que 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.

Para concluir, y ya en lo que concierne a la tercera de las cuestiones antes indicadas —gestión de ciertos créditos presupuestarios—, únicamente debe señalarse que es la Disposición Adicional 1ª la que se ocupa de este concreto tema en relación al presupuesto de las Cortes de Aragón, correspondiendo a las Disposiciones Adicionales 8ª y 18ª, respectivamente, el establecimiento de previsiones específicas en torno a la gestión de los créditos relativos a los Capítulos de Diversos Departamentos y de Administraciones Comarcales, siendo la Disposición Transitoria 6ª la que establece ciertas reglas en materia de gestión de los créditos del Programa «Servicios de la Administración de Justicia».

---

(25) 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.

# **CRÓNICA DEL ENCUENTRO «EL EMPLEO PÚBLICO EN EL SIGLO XXI»**

## **(Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 1 a 3 de septiembre de 2008)**

NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LUNES, 1 DE SEPTIEMBRE DE 2008.— III. MARTES, 2 DE SEPTIEMBRE DE 2008.— IV. MIÉRCOLES, 3 DE SEPTIEMBRE DE 2008.— V. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN.*

### **I. INTRODUCCIÓN**

Durante los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2008, se celebró en el Palacio de la Magdalena de Santander y en el marco del 75º Aniversario de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, el encuentro «*El Empleo Público en el Siglo XXI*», bajo la dirección de Dña. Petra FERNÁNDEZ ÁLVAREZ —Directora General de la Función Pública del Ministerio de Administraciones Públicas— y con el patrocinio del Instituto Nacional de Administración Pública.

El encuentro contó con numeroso público asistente y la participación de prestigiosos ponentes provenientes de diferentes Comunidades Autónomas, que dieron a conocer interesantes novedades respecto a las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas y las repercusiones del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público.

### **II. LUNES, 1 DE SEPTIEMBRE DE 2008**

Tras el acto de inauguración presidido por Dña. Mercedes Elvira DEL PALACIO TASCÓN —Secretaria de Estado para la Administración Pública—, la jornada comenzó con la primera ponencia, impartida por

Fernando GARCÍA FERREIRO —Jefe de Unidad en la Dirección General de Personal y Administración de la Comisión Europea—, que llevaba por título «*Hacia una gestión moderna de los recursos humanos en el sector público. Especial referencia a la situación en la Comisión Europea*».

Partiendo de la dificultad que supone el concepto «gestión» dentro de la esfera funcionarial y, aún más, gestionar a los funcionarios, la exposición se centró en el análisis de la nueva gestión de recursos humanos en el sector público, la experiencia seguida en la Comisión y los nuevos retos a los que debe enfrentarse.

El ponente no pudo eludir hablar de la gestión de personal en el sector público sin hacer referencia al «tsunami» ocurrido en las Administraciones Públicas anglosajonas en los años 80, por el que se introdujeron prácticas del sector privado en el sector público, así como los conceptos de eficacia, eficiencia, calidad y economía, junto con las técnicas de gestión de recursos humanos. Ello supuso la tensión entre los dos modelos de gobernanza existentes, por una parte, el modelo tradicional basado en reglas y procedimientos, frente al modelo de gestión asentado en la autonomía de un dirigente para obtener resultados. Como indicó GARCÍA FERREIRO, a pesar de este conflicto entre modelos, es inevitable admitir la necesidad de la convivencia de ambos, aún más cuando se quiere por parte de todos los agentes implicados una Administración eficaz y eficiente que cueste menos a los ciudadanos y que sea capaz de hacer más con menos recursos.

Otro problema planteado en la exposición fue la diferenciación entre los conceptos «*administración de personal*» y «*gestión de recursos humanos*». A este respecto se aclaró que, si bien puede decirse que ambos no son incompatibles entre sí, al hablar de los mismos encontramos grandes diferencias. Sirva como ejemplo que si en la administración de personal se habla de igualdad, en gestión de personal se utiliza la equidad.

Poniendo en práctica ambos conceptos, el orador expuso cómo en el sistema de administración de personal los funcionarios cobran más salario según su antigüedad —igualdad—, a diferencia del de gestión, donde la retribución depende de la aportación que hace el funcionario —equidad—.

Tras analizar la situación funcionarial en la Comisión Europea y la reforma producida, la ponencia concluyó con los nuevos retos a los que

debe enfrentarse la gestión de recursos humanos en el sector público. Tomando como referencia al gurú de los recursos humanos, Dave ULRICH, se expuso el modelo utilizado en numerosas ocasiones por el sector privado, el cual se caracteriza por originar distintos retos como la conciliación de las prioridades con los recursos, la aportación de soluciones profesionales o el fomento de la motivación y competencia del personal. Unos retos, como se comprueba, necesarios para lograr una eficiente gestión de personal en el sector público.

Como conclusión, GARCÍA FERREIRO destacó que una función de recursos humanos profesional es una condición necesaria pero no suficiente, ya que debe ser acompañada de directivos que mantengan el rumbo organizativo, jefes que sepan tratar a su personal y, sobre todo, un personal comprometido con su trabajo.

La jornada matinal continuó con la mesa redonda que llevaba por título «*El acceso a la Función Pública y la modernización de los procesos de selección*», que contó con la participación de D. Bryan ANDREWS —Director del servicio público de selección de personal de Irlanda— y D. Nicholas David BEARFIELD —Director de la oficina de selección de personal de las Instituciones Europeas—, siendo moderadora de dicho debate, Dña. Pilar ARRANZ NOTARIO —Directora del Instituto Nacional de Administración Pública—.

El primero de los intervinientes, D. Bryan ANDREWS, dio a conocer a los asistentes el modelo de acceso funcional irlandés mediante la ponencia «*The emerging model of public service recruitment in Ireland*». En la misma explicó cómo la utilización de los medios informáticos y telemáticos se ha convertido en pieza básica e imprescindible del sistema irlandés, sobre todo, por el acceso a las ofertas de trabajo de la Administración a través de una página web creada al efecto (<http://www.publicjobs.ie/>), la cual es considerada todo un auténtico éxito debido a su buen funcionamiento y al gran número de visitas semanales.

Por su parte, BEARFIELD, con su exposición «*Moving to a Customer Focused Delivery Model*», disertó acerca del funcionamiento de la Oficina Europea de Selección de Personal (*European Personnel Selection Office*, «Eps»). Dicha Oficina es la encargada de gestionar la selección de personal de las Instituciones Europeas por medio de unos procedimientos que, como señaló el orador, son complejos y cuentan con el inconveniente prin-

cial de prolongarse demasiado en el tiempo, con las repercusiones que ello supone tanto para los candidatos como para las Instituciones. Esta circunstancia conllevó a que BEARFIELD señalara la conveniencia de lograr un sistema de selección que tuviera en cuenta las necesidades de personal y atrajera a los mejores candidatos por medio del fortalecimiento de valores como la diversidad, integridad, ambición, respeto, profesionalismo y calidad en el servicio prestado.

El primer día del encuentro concluyó con la mesa redonda «*Las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas*». Como ponentes intervinieron Dña. Leonor ALONSO GONZÁLEZ —Directora General de la Función Pública de la Generalitat de Cataluña—, D. Daniel ÁLVAREZ RODRÍGUEZ —Director General de la Función Pública del Principado de Asturias—, D. Pedro Javier GARCÍA RIBOT —Director General de la Administración Autónoma de la Comunidad Valenciana—, Dña. Marina LOMBO GUTIÉRREZ —Directora General de la Función Pública del Gobierno de Cantabria— y, por último, Dña. María José HEREDIA DE MIGUEL —Directora General de la Función Pública de la Junta de Castilla y León—, siendo moderadora Dña. Petra FERNÁNDEZ ÁLVAREZ.

Comenzando la mesa redonda, ALONSO GONZÁLEZ expuso las características principales del Anteproyecto de Ley de medidas en materia de ocupación pública de Cataluña, cuyo texto definitivo se espera presentar al Parlamento de Cataluña en diciembre de 2008.

Un anteproyecto que tiene como objetivos principales, en primer lugar, el establecer un nuevo marco jurídico que haga efectiva la competencia reconocida en el Estatuto de Autonomía Catalán, teniendo en cuenta los principios que fija la Ley 7/2007, de 12 de abril, *del Estatuto Básico del Empleado Público* (EBEP) y, en segundo lugar, el fijar las bases para la construcción de un sistema normativo de la ocupación pública en Cataluña que sea aplicable a todas las Administraciones Públicas catalanas.

Entre las novedades de la regulación, la ponente destacó la consideración del puesto de trabajo como eje vertebrador del nuevo modelo, la implantación de ámbitos funcionales para ordenar la selección, la movilidad y la formación en la ocupación pública, el impulso de las relaciones de puestos de trabajo como instrumento de ordenación en las Administraciones Públicas catalanas, además de la simplificación de la regulación de los cuerpos. Asimismo, valoró positivamente la creación de

un modelo de conciliación propio, la introducción de medidas de discriminación positiva para colectivos con mayores necesidades de atención —véase mujeres bajo situación de violencia machista y personas con dificultades de inserción laboral—, los protocolos de actuación en casos de acoso laboral y sexual, o las medidas de reordenación del tiempo de trabajo y avances hacia nuevos instrumentos como las bolsas de horas, teletrabajo, etc.

El debate sobre las Leyes de Función Pública prosiguió con la intervención de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, que disertó acerca de la Ley del Principado de Asturias de Función Pública, dictada en desarrollo del artículo 6 del EBEP.

A modo de resumen de su intervención, la Ley de Función Pública Asturiana presenta como características relevantes una centralización de las competencias de personal en la Consejería competente en materia de Función Pública, el establecimiento de una relación de puestos de trabajo única, la movilidad interadministrativa en el marco de los convenios de movilidad suscritos con el resto de Administraciones Públicas o la introducción de la carrera profesional horizontal con cinco grados.

Entre los aspectos que más atrajeron el interés de los asistentes, destacaron el hecho de que en el sistema retributivo no se contemple el complemento de destino, así como que en los grupos de clasificación de los funcionarios, si bien se establecen los grupos en cumplimiento del EBEP, no se incluya en el nuevo grupo B a ningún Cuerpo o Escala.

En cuanto a la nueva Ley de la Función Pública Valenciana, GARCÍA RIBOT expuso sus antecedentes, elaboración y desarrollo.

Dentro de los objetivos de la Ley, el ponente destacó el intento de consecución de la profesionalización de los empleados públicos a través de la carrera administrativa basada en los cuerpos funcionariales, la evaluación del desempeño del puesto de trabajo, la formación especializada fortalecida por el diseño de itinerarios profesionales individualizados, la creación de planes estratégicos de formación o la configuración del Instituto Valenciano de Administración Pública (IVAP) como elemento imprescindible de la formación integral de los empleados públicos.

A diferencia de las anteriores Comunidades Autónomas, la de Cantabria, como señaló LOMBO GUTIÉRREZ, no cuenta en la actualidad con un borrador de Ley de Función Pública adaptada al EBEP, aunque se están

elaborando estudios encaminados a la preparación del mismo, que esperan concluir en el último trimestre de 2008 para comenzar la negociación con sindicatos y demás agentes implicados.

La mesa redonda concluyó con el análisis de la Función Pública en la Comunidad de Castilla y León realizado por HEREDIA DE MIGUEL.

Teniendo en cuenta los inconvenientes que supone, en el ámbito de la gestión funcional, la gran extensión de la Comunidad Autónoma, la ponente reseñó las características principales de la Ley de Función Pública Castellano-Leonesa de 2005, elaborada sobre la base de los borradores y proyectos del EBEP. Así, indicó que dicha norma ya recoge las figuras del personal directivo y la evaluación del desempeño para puestos directivos y para aquellas unidades de rango igual o superior a jefe de servicio, conceptos que se propugnan como novedosos en el Estatuto.

Para finalizar, se hizo mención a la problemática surgida con la aprobación del EBEP y la disyuntiva planteada en el seno de la Comunidad Autónoma de si se debía adaptar la Ley al mismo o, por el contrario, elaborar una nueva normativa al efecto. A este respecto, la ponente señaló que tras intensos debates se optó por esta última, la cual se consideró más adecuada para conseguir una Administración moderna y eficaz, si bien se acordó con los sindicatos no implantar el nuevo modelo hasta que finalizase la presente legislatura.

### **III. MARTES, 2 DE SEPTIEMBRE DE 2008**

El segundo día del encuentro comenzó con la mesa redonda «*Los modelos de carrera profesional de los funcionarios públicos. La formación como factor determinante de la progresión profesional*», moderada por Dña. Elisenda MALARET I GARCÍA —Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona—.

Con la ausencia de D. Luis ORTEGA ÁLVAREZ —Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha—, el debate expositivo fue inaugurado por D. Manuel DE LA PLATA RODRÍGUEZ —Director General de la Función Pública de la Junta de Andalucía—, el cual aludió a cinco elementos imprescindibles para el logro de una Función Pública eficaz.

El primero de los elementos indicados fue la importancia de centrar la Función Pública desde el prisma de la ciudadanía, la cual debe marcar

la pauta de desarrollo a través de sus problemas, inquietudes y necesidades. A ello se debe sumar el sector político, que asume otro papel destacado ya que centra sus objetivos en función de sus programas adaptados a los ciudadanos. Por su parte, el sector sindical representa a los profesionales y defiende sus intereses, lo que supone un elemento ineludible para lograr el desarrollo de la Función Pública, desarrollo que no puede realizarse sin otras dos piezas o ejes centrales como son el empleado público y la Administración Pública.

Asimismo, el ponente destacó diferentes problemas existentes en la actualidad en la Función Pública, como la excesiva movilidad de los funcionarios o la utilización masiva de asistencias técnicas y del sistema de libre designación. Es por ello que señaló la necesidad de fortalecer los valores y formación de los funcionarios, consiguiendo una conciencia de pertenencia a la Administración.

Respecto a la carrera profesional, DE LA PLATA RODRÍGUEZ indicó que la misma es un derecho para el empleado público, derecho que tiene que tener unas condiciones mínimas para poder ser desarrollado como son una definición de puestos y contar con la introducción de un concepto, grado o categoría que mediante la carrera horizontal, permitiera el progreso profesional del funcionario.

Para concluir se resumieron cuatro ideas importantes para el desarrollo de la carrera profesional. La primera de ellas fue la implicación de todos los sectores en la consecución del mismo, así como que el modelo de carrera a implantar debe tratar de mejorar los problemas existentes en la Función Pública. Otro aspecto es el hecho de que la formación debe entenderse como un proceso permanente de actualización, y un factor importante de motivación para las personas que acceden o que configuran el empleo público. Elemento que debe completarse con una adecuada planificación y organización de objetivos, que sirvan para dar una respuesta eficaz al ciudadano.

El debate prosiguió con la intervención de D. Fernando TOÑA GUE-NAGA —Director de Función Pública de la Comunidad del País Vasco—, que se refirió al problema de la imposibilidad de profesionalizar la Función Pública si no se cuenta con una carrera profesional, que de salida a las expectativas personales y profesionales del personal al servicio de la Administración Pública en aquellos campos que interesen a la Adminis-

tración y sean cercanos al interés general. Es por ello que, según el ponente, la carrera profesional debe concebirse como un binomio que concilie los intereses de la Administración y de los funcionarios.

Como aspectos destacados, se remarcó una cuestión objeto de un más que interesante debate, como es la regulación en el artículo 19.2 EBEP de la carrera profesional del personal laboral. A este respecto, se puso de relieve el hecho de que en la mayoría de las Administraciones en las que conviven personal funcionario y laboral, es muy probable que se apruebe antes el próximo convenio regulador de las condiciones de trabajo, que la Ley de Función Pública Autonómica correspondiente. Ello es debido a que la aprobación de los convenios resulta más ágil en el tiempo que la aprobación de dichas Leyes, lo que puede dar lugar a que las modalidades de carrera profesional previstas en el EBEP sean aplicables antes al personal laboral que al funcionario.

Valorando la regulación, TOÑA GUENAGA apuntó que el EBEP ha convertido a la carrera profesional en el elemento central de la estructura organizativa de los recursos humanos de una Administración profesionalizada, la cual debe sustentarse sobre tres pilares como son una buena definición de puestos de trabajo —previo análisis de las funciones a desarrollar—, un diseño de la formación ajustada a las necesidades de la organización y de las expectativas profesionales de los funcionarios y, en último lugar, el planteamiento de una carrera profesional que permita progresar en la Administración o en la especialización en el mismo puesto de trabajo. Requisitos todos ellos que, junto con la evaluación del desempeño, ayudarán a configurar una carrera profesional adaptada a las nuevas necesidades tanto funcionariales como organizativas.

La mesa redonda concluyó con la intervención de Dña. María del Mar RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ —Directora General de la Función Pública de la Xunta de Galicia—.

Partiendo del hecho de que la promoción, carrera y evaluación del desempeño son herramientas que permiten una mejor gestión de las personas que conforman una Administración, facilitando, mediante el estímulo hacia un crecimiento profesional un mejor servicio a la ciudadanía, la ponente centró su exposición en el análisis del concepto «carrera profesional», que definió como *«el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios*

*de igualdad, mérito y capacidad*», distinguiendo a su vez cuatro tipologías de carrera profesional, como son la carrera horizontal, carrera vertical, promoción interna vertical y promoción interna horizontal.

Por último, otro punto en el que se incidió fue la referencia a la gestión del desempeño. De la misma se destacó que, si bien en el modelo tradicional, el progreso individual en la Administración ha dependido de la titulación, los cargos ejercidos, la experiencia o antigüedad y la permanencia en el puesto, ahora con la implantación del nuevo modelo de gestión, la valoración del desempeño del trabajador se configura como un elemento esencial en el desarrollo profesional, destinado no sólo a la medición de resultados, sino también al logro de una mejor gestión y una formación del personal que refuerce sus aptitudes y habilidades profesionales.

La jornada matinal prosiguió con una nueva mesa redonda, esta vez moderada por Dña. María Teresa GÓMEZ CONDADO —Subsecretaria del Ministerio de Ciencia e Innovación— y que llevaba por título *«El Personal Directivo: la experiencia española en el Sector Privado y en el Sector Público»*. Como intervinientes participaron D. Miguel Ángel ARROYO GÓMEZ —Director General de Presidencia del Real Madrid—, D. Rafael CATALÁ POLO —Director del Executive Master in Public Administration ESADE— y D. Pedro MAESTRE YENES —Director de Organización y Sistemas de FERNIDAD MUPRESA—.

Huyendo de los estereotipos y tópicos entre ambos modelos, los tres ponentes coincidieron en que los principales problemas y diferencias entre el sector privado y público se centran en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, se destacó el fin último que se persigue en ambos sistemas. Si en el sector privado es la consecución del beneficio, en el caso de la Administración Pública se habla del servicio al ciudadano o del interés general, fines que condicionan la toma de decisiones en ambos casos. Como correlato entre fines, los objetivos son diferentes. Así, en la Administración Pública pocas veces se presentan unos objetivos concretos, tangibles, viables y con un análisis del coste-beneficio.

Esto da lugar al segundo aspecto negativo, la falta de motivación. Una dificultad que tiene la Administración, es la de premiar la buena actuación de sus empleados, lo que se traduce en la falta de estímulos y el desgaste personal del empleado público. Situación que en el sector privado, se toma en conciencia para mantener a sus ejecutivos.

Es por ello que, como posible solución, se aludió a la implantación de un sistema que cuente con un margen de discrecionalidad adecuado para su personal directivo que, acompañado con un modelo de responsabilidad por la labor realizada y un mecanismo de compensaciones que incentive el trabajo desempeñado, podría mejorar estos déficits palpables en la situación funcionarial actual de la Administración Pública.

El segundo día del encuentro finalizó con la mesa redonda «*La negociación colectiva después del Estatuto Básico del Empleado Público*», que analizó las cuestiones más problemáticas del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos previsto en el capítulo IV del EBEP.

Dicha mesa redonda estuvo moderada por D. Fernando VALDÉS DALRÉ —Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid— y contó con la participación de D. Xosé Carlos CRESPO SANTIAGO —Secretario General de la Confederación Intersindical Galega (CIG)—, D. Domingo FERNÁNDEZ VEIGUELA —Presidente Nacional de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF)—, D. Julio LACUERDA CASTELLÓ —Secretario General de la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (UGT)— y D. Miguel Vicente SEGARRA ORTIZ —Secretario General de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras (FSAP-CC.OO.)—.

Ante la pregunta de si era necesaria una reforma legal que modificara el derecho a la negociación colectiva, los ponentes coincidieron en dicha necesidad debido principalmente al hecho de que nos encontrábamos ante una norma anacrónica y, por lo tanto, desfasada con respecto a la realidad y necesidades existentes en el seno de las Administraciones Públicas. Esta circunstancia conllevó a que uno de los principales compromisos de la Declaración del Diálogo Social del 21 de septiembre de 2004, fuera la configuración de un verdadero derecho a la negociación colectiva en las Administraciones Públicas, compromiso que más tarde fue plasmado en la Ley 21/2006, de 20 de junio, *por la que se modifica la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas* y, posteriormente, en el EBEP.

Como señalaron los intervinientes, los resultados de la inclusión de la negociación colectiva son del todo positivos, ya que ha contribuido deci-

sivamente a lograr unas relaciones laborales y profesionales entre el conjunto de los empleados públicos y la Administración, adecuadas a la realidad actual. Asimismo, ha ayudado a avanzar hacia un proceso permanente de modernización de la Administración, entendido como un servicio a la democracia y a los ciudadanos, a través del impulso de valores como la objetividad, transparencia, buena fe o la obligatoriedad en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Considerando todos estos avances, se concluyó que, si bien el balance y resultado desde la entrada en vigor de la nueva negociación colectiva surgida del EBEP es bastante positiva, su verdadera eficacia deberá ser evaluada a largo plazo. Ello es debido a que alguna previsión del EBEP todavía precisa de un desarrollo posterior, como lo referente a la Mesa General Común en cuanto al establecimiento de la estructura de la negociación colectiva, el otorgamiento de un mayor protagonismo a la Administración Local en materia de negociación colectiva y en la determinación de las condiciones de trabajo de sus empleados públicos, el desarrollo de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos como un apéndice más de la negociación colectiva, o el perfeccionamiento del derecho a la negociación mediante una mayor participación institucional de los sindicatos en los órganos de control y seguimiento de los Servicios Públicos.

#### **IV. MIÉRCOLES, 3 DE SEPTIEMBRE DE 2008**

El último día del encuentro comenzó con la ponencia de Helena HERRERO STRARKIE —Vicepresidenta de Hewlett-Packard España— que, con el título «*La Evaluación del Desempeño y la Gestión del Talento en el Sector Privado*», dio a conocer el funcionamiento de la gestión de personal en una multinacional.

La ponente puntualizó que para la compañía que representa, las personas tienen que estar en la propuesta de valor central de la empresa, punto central que debe ser acompañado de una serie de valores y objetivos adecuados a dicha circunstancia. En el caso de Hewlett-Packard, la estrategia se basa en tres pilares básicos como son el alineamiento de la fuerza de trabajo, la evaluación del desempeño y la gestión del talento.

Respecto al alineamiento de la fuerza de trabajo, ésta se traduce en adaptar la estrategia de personas con la de negocio, es decir, contar con

las personas adecuadas en el lugar y momento adecuados. El segundo de los pilares, la evaluación y gestión del desempeño, trata de conseguir unos claros objetivos que ayuden a un compromiso certero a través de una motivación y comunicación en el trabajo. Unos objetivos que deben ser auténticos retos para mejorar la organización, que respondan a problemas concretos y se completen con el tercero de los pilares, la gestión del talento, consistente en contar y retener a los mejores profesionales identificados con el valor de la compañía.

La jornada continuó con la mesa redonda *«La Evaluación del Desempeño: la experiencia española en el Sector Privado y en el Sector Público»*, moderada por D. Santos CASTRO FERNÁNDEZ —Secretario General de TRAGSA y Ex Subsecretario del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación—, contando con la participación de Dña. Teresa TAUBMANN URQUIJO —Directora General de Operaciones de SATEC—, D. Luis GARCÍA PRIETO —Secretario General del Consorcio de Compensación de Seguros— y D. Antonio ALONSO ALONSO —Subdirector de Recursos Humanos del Consorcio de Compensación de Seguros—.

TAUBMANN URQUIJO habló acerca de la importancia de la evaluación del desempeño en el proceso de implantación de la estrategia empresarial. A este respecto, se señalaron los beneficios que supone tanto para los resultados globales de la compañía como para la actuación de los empleados, involucrando a las personas en el objetivo y estimulándolas a ser más eficaces en su labor diaria.

Como ejemplo, la ponente explicó el procedimiento de evaluación del desempeño realizado en SATEC, en el cual, tras las evaluaciones, la dirección de recursos humanos realiza el seguimiento y revisión de las mismas. Para ello, asigna a cada evaluación una categoría con lo que se pretende priorizar los casos más destacados, estudiando posteriormente cada caso de forma individual y proponiendo, conjuntamente con los responsables, los planes de acción a llevar a cabo.

A pesar de dicho procedimiento, se puntualizó la necesidad de que dicho proceso sea mejorado constantemente con el objeto de ir perfeccionando su total adecuación a los perfiles de los profesionales de la compañía, y la obtención de información fiable y precisa de cara a la correcta toma de decisiones que afecten tanto al conjunto de los evaluados, como a cada uno de ellos de manera individualizada. Es por ello que la finali-

dad perseguida, es salvar al año siguiente las dificultades que hayan sido identificadas en el presente año, realizando un exhaustivo seguimiento de todas las acciones de mejora planteadas en los planes de desarrollo, así como de las expectativas profesionales plasmadas en la evaluación.

Como conclusiones, destacó el hecho de que las personas necesitan comentarios positivos y una retroalimentación. Pocas acciones pueden tener un efecto más positivo sobre el desempeño del personal, que el trabajador se sienta valorado en su trabajo. Por eso, la evaluación es un buen momento para proporcionar, en una atmósfera positiva y relajada, «*feedback*» al empleado.

La mesa redonda concluyó con la intervención conjunta de GARCÍA PRIETO y ALONSO ALONSO, que disertaron acerca de la experiencia de la evaluación del desempeño seguida en el Consorcio de Compensación de Seguros.

Dando a conocer el funcionamiento y estructura de la plantilla, se procedió a desarrollar los objetivos que se persiguen con dicha evaluación. Con la finalidad de mejorar los resultados operativos, la evaluación del desempeño es, para los ponentes, una herramienta de los directivos que influye en la conducta de los empleados, implicando a éstos en el funcionamiento de la organización. Para ello, se tiene como contraprestación a la realización de una serie de test y entrevistas de evaluación, una retribución económica y una repercusión promocional en el puesto de trabajo dependiendo de la puntuación obtenida, si bien, la misión principal que se busca, es la de descubrir qué es lo que más preocupa a los empleados.

Como conclusión, se afirmó que, ante todo, los resultados desprendidos de las evaluaciones deben ser aceptados por empleados y por la organización. No parece razonable, por lo tanto, que los resultados queden en el ostracismo, sino que deben aportar una mejora en el día a día de la gestión de los recursos humanos.

Tras finalizar la mesa redonda, el encuentro fue clausurado por Dña. Mercedes Elvira DEL PALACIO TASCÓN, que agradeció la participación a los asistentes, procediéndose posteriormente a la entrega de diplomas.

## V. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN

Ha quedado expuesto, que el elemento fundamental en la gestión del empleo es la motivación de los empleados. Sin esta pieza fundamental se hace impracticable cualquier medida de reforma adoptada al uso. A pesar de ello, no hay que dejar pasar por alto otras deficiencias que presenta el empleo público, como la excesiva utilización de los puestos de libre designación, asesorías externas o los procesos de selección poco transparentes.

Considero que la Administración Pública debe contar con los mejores profesionales, preparados para enfrentarse a las tareas diarias presentes en su puesto de trabajo, por eso, una masiva utilización de asesorías externas denota un fallo en un elemento primordial como es el alineamiento de la fuerza de trabajo, que fue definido por HERRERO STARKE como «contar con las personas adecuadas en el lugar y momento adecuados».

Para un buen funcionamiento de la Administración es inevitable desvincular el favoritismo con el acceso a los puestos de trabajo, de ahí, la necesidad de control en la utilización de los puestos de libre designación y en los procesos de selección. Es por ello, que la Administración debe buscar a los candidatos mejor preparados conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En último lugar, no quiero terminar esta reflexión sin aludir a las consecuencias de la falta de motivación de los empleados. Unas consecuencias que llevan aparejadas la utilización de excedencias y el traspaso de funcionarios al sector privado con la incógnita temporal de su regreso al puesto de trabajo en la Administración. Con ello, sólo se consigue una Administración conformada con un alto número de interinos y personal eventual, traducido en una falta de estabilidad de la plantilla con las repercusiones inevitables en el funcionamiento de la misma.

Únicamente con la mejora de todas estas cuestiones se podrá ayudar a conseguir una Administración eficaz y adaptada a las necesidades de los ciudadanos.

**CRÓNICA DEL CURSO «URBANISMO Y GESTIÓN EN PEQUEÑOS MUNICIPIOS. NOVEDADES, LEGISLACIÓN URBANÍSTICA EN ARAGÓN. LEY ESTATAL DE CONTRATOS EN EL SECTOR PÚBLICO». 14ª EDICIÓN (Universidad de Verano, Teruel, 25-26 de septiembre y 2-3 de octubre de 2008)**

NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO  
MARTA MARTÍNEZ PÉREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. JUEVES, 25 DE SEPTIEMBRE DE 2008.— III. VIERNES, 26 DE SEPTIEMBRE DE 2008.— IV. JUEVES, 2 DE OCTUBRE DE 2008.— V. VIERNES, 3 DE OCTUBRE DE 2008.— VI. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN

## **I. INTRODUCCIÓN**

Durante los días 25, 26 de septiembre y 2, 3 de octubre de 2008, sirviendo de clausura a los cursos que organiza cada año la Universidad de Verano de Teruel, se impartió la 14ª edición del curso «*Urbanismo y Gestión en Pequeños Municipios. Novedades en la legislación urbanística de Aragón. Ley estatal de contratos del Sector Público*».

En el mismo, se dieron cita expertos juristas y técnicos, que ofrecieron su visión teórico-práctica para resolver los problemas a los que se enfrentan los pequeños municipios en materia urbanística, especialmente tras la aprobación de la Ley 1/2008, de medidas urgentes de adaptación del ordenamiento urbanístico de Aragón a la Ley de Suelo Estatal, y 30/2007, de Contratos del Sector Público.

## II. JUEVES, 25 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Debido a los cambios organizativos de última hora, el primer día comenzó con una mesa redonda moderada por los organizadores del curso, don José Antonio VIRTO —Presidente de la Demarcación de Teruel del Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón— y don José María SANZ ZARAGOZA —Arquitecto de la Demarcación de Teruel del Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón—, la cual se centró en el debate acerca de diferentes cuestiones que afectan al día a día en la gestión urbanística de los pequeños municipios como son la complejidad de la tramitación administrativa, las normas urbanísticas y, sobre todo, la soledad del técnico municipal a la hora de afrontar su labor como funcionario.

Este punto de partida sirvió para que los asistentes comentaran distintas problemáticas que sobre esta materia surgen en las entidades locales de Aragón, concluyéndose con un decálogo de iniciativas. Entre las mismas se destacó la necesidad de que la legislación contemple la especial casuística de los municipios pequeños, así como una necesidad de formación de los técnicos, ya sean municipales, autonómicos o profesionales del urbanismo mediante instrucciones, circulares y guías que ayuden a resolver dudas y fijen pautas a seguir.

Asimismo, los participantes en la mesa redonda consideraron la necesidad de unificar las normas urbanísticas y ordenanzas de edificación, manteniendo lógicamente las singularidades y peculiaridades propias que puedan tener los municipios. Por ende, se señaló que los Planes Generales no deben ser una mera enciclopedia de la normativa de otras Administraciones, por lo que sería recomendable que se facilitasen por parte del departamento correspondiente de la DGA, todas las determinaciones de las distintas Administraciones a incluir obligatoriamente como normativa en los Planes Generales. Ello podría realizarse a través de la creación de un organismo, que asumiera las funciones de coordinación de todos los informes sectoriales a facilitar a los Ayuntamientos, agilizándose así los plazos en la tramitación del planeamiento local, apoyado a su vez por un potenciamiento de la labor de asesoría a los Ayuntamientos por parte de la Dirección General de Urbanismo.

En último lugar, en el debate expositivo se apostó por la idea de la realización de textos refundidos del planeamiento cuando se apruebe definitivamente una modificación, mediante la sustitución de hojas completas

de normas urbanísticas y planos de ordenación. Idea del todo necesaria, como se puede comprobar, ya que ante todo debe facilitarse una consulta rápida de las mismas.

Tras esta mesa redonda, en la sesión vespertina, se trató de analizar las novedades que ha aportado la nueva Ley 30/2007, *de Contratos del Sector Público (LCSP)* y su incidencia en los entes locales. Para ello, se contó con la presencia de don Jesús COLÁS TENAS —Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza— que, con la conferencia titulada «*Antecedentes, estructura de la Ley y principales novedades y características. Ámbitos subjetivo y objetivo. La contratación de las entidades locales*», expuso el impacto provocado por la nueva Ley de Contratos del Sector Público en nuestro ordenamiento jurídico, realizando un acertado esquema de la nueva configuración de la contratación en el sector público.

Comenzando la exposición, el ponente aclaró que entre los objetivos de la nueva Ley de Contratos, se encontraba la definitiva transposición de la Directiva 18/2004/CEE, intentando conseguir una evolución en la forma de contratación pública de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Ley de Contratos presenta importantes deficiencias en la adaptación de dicha norma comunitaria.

En primer lugar, como señaló COLÁS TENAS, la Ley no plasma los artículos concretos que transpone, dejando claros solamente aquellos en los que el legislador ha optado por transcribirlos de forma literal. Por otra parte, la Ley presenta problemas de interpretación que pueden dar lugar a una aplicación incorrecta, debiéndose acudir directamente en estos casos a la Directiva. Además, se limita prácticamente a fijar aspectos procedimentales ya que se centra en la regulación del procedimiento y adjudicación, mientras que de los efectos y cumplimiento del contrato, apenas hace mención.

Con todo ello, la nueva Ley no ha sido acogida pacíficamente, siendo criticada tanto por la técnica legislativa utilizada, como por las importantes lagunas en su regulación. Sirva de ejemplo, el informe del Consejo de Estado 514, de 25 de mayo de 2006, o la alegación formulada por la CEOCE, por los errores de transposición.

A continuación, se expusieron las principales modificaciones introducidas por la Ley.

Entre las mismas, se destacó la desaparición del contrato de consultoría y asistencia, la modificación de las cuantías de los contratos meno-

res al aumentarse significativamente el precio de los contratos, la elevación de la cuantía en el proceso negociado, ciertas novedades en los criterios de adjudicación —la LCSP suprime la referencia a la subasta en favor de «la oferta económicamente más ventajosa»—, todo lo relativo a los contratos sujetos a regulación armonizada, los Acuerdo-Marco, los procedimientos electrónicos de contratación o el contrato de colaboración público-privada (CCP).

Adentrándose en los contratos sujetos a regulación armonizada, se aludió al hecho que desde la Unión Europea se ha pretendido que los contratos más relevantes por su elevado valor económico, gocen de especiales garantías para la concurrencia de cualquier empresa europea en condiciones de igualdad.

Otras novedades puestas de relieve fueron el recurso administrativo especial en contratación —recurso previsto para los contratos de umbral comunitario, con la finalidad de incorporar el recurso previsto en la Directiva 89/655/CEE, *sobre procedimientos de adjudicación*— o el diálogo competitivo recogido en los artículos 163 a 167, por el que se pretende que todo operador económico pueda solicitar su participación en el procedimiento, y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo competitivo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones que satisfagan sus necesidades.

A pesar de todos estos avances normativos, se concluyó que una de las aportaciones más significativas, es la relativa al ámbito subjetivo de la Ley. A este respecto, el ámbito de aplicación pretende extenderse a todos los sujetos del sector público, acabando con la subsistencia de regímenes excluidos o especiales aplicables a ciertos sujetos, contratos o figuras contractuales. De ahí, que la Ley enumere con detalle las entidades que constituyen ese sector.

### **III. VIERNES, 26 DE SEPTIEMBRE DE 2008**

La sesión matinal se inició con la segunda conferencia de don Jesús COLAS TENAS que, sustituyendo a la ponencia prevista de don José Miguel CARBONERO, dio a conocer las novedades introducidas por la LCSP respecto al contrato de obras y su especial incidencia en el ámbito urbanístico.

Como se puntualizó, el régimen jurídico de este contrato se encuentra disperso en la LCSP, recogiendo la definición del mismo en el artículo 6.1 de la LCSP, la cual se formula en los mismos términos que en la Directiva comunitaria. Sin embargo, fue criticado el hecho de que a pesar de las recomendaciones del Tribunal Europeo de Justicia, no se hubiera estudiado el encaje del contrato de obra ordinario frente a la obra de urbanización, aun habiendo importantes diferencias en la financiación de la misma.

Tras esta aclaración, el orador introdujo un interesante debate acerca de la consideración de la titularidad de las obras de urbanización. Así, planteó la disyuntiva de si las mismas deben considerarse una obra sometida a la regulación del Derecho privado o, si por el contrario, existe un deber de sometimiento de la misma a la normativa de contratación pública, por resultar obras cuya titularidad pertenece a la Administración. Como solución, se aludió al pronunciamiento del Tribunal Europeo, el cual en su Sentencia de 12 de julio de 2001 expresó lo siguiente, *«la adjudicación a un particular de un plan de urbanización que permite a su titular la realización directa de una obra pública, es un contrato de obra y ha de respetarse en cualquier caso la normativa comunitaria en materia administrativa»*.

Teniendo presente dicho hecho, COLÁS TENAS indicó que si las obras de urbanización son obras públicas, deberán someterse a las reglas y principios de la contratación pública. No obstante, este planteamiento ha puesto de relieve los problemas en torno a la figura del agente urbanizador. Cuestión, que ha sido resuelta en parte por la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de octubre de 2002 (RJCA 2003/350), en su Fundamento Jurídico quinto, *«El Urbanizador, cuando no lo sea la propia Administración, es una persona, pública o privada, que asume la realización de una función pública cual es la urbanización del suelo, la producción de infraestructuras públicas de urbanización. Por ello, debe considerarse tal figura partiendo de dicha fundamental premisa. Y así, en cuanto el Urbanizador gestiona indirectamente una función pública, en cuanto desarrolla una actividad que es de servicio público, participa de la condición de concesionario de un servicio público»*.

Otra de las peculiaridades que recoge la Ley y señalada en la ponencia, fue la posibilidad de la contratación conjunta del proyecto y la ejecución de obras. Para que pueda celebrarse este tipo de contrato mixto, se

advirtió que, conforme a la Ley, se deben reunir unos requisitos como son los motivos de orden técnico que obliguen a vincular al empresario con los estudios de las obras y, por otra, que se traten de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas.

Asimismo, se señaló que en todo caso, la licitación de este contrato requiere la redacción por la Administración del correspondiente anteproyecto o documento similar y sólo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse.

Para concluir, el ponente expuso el esquema procedimental del contrato de obras y las aportaciones de la Ley en relación a la modificación del mismo. Así, se determinó que con la regulación no se considera modificación del contrato, las ampliaciones de su objeto que no pudieran integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo, o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización, aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer nuevas finalidades no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, las cuales, deberán ser contratadas de forma separada.

Siguiendo con la relevancia de la LCSP en materia urbanística, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, el profesor José María GIMENO FELIU, pasó a analizar el contrato de permuta de bienes por obras de urbanización mediante la ponencia que llevaba por título «*Supuestos complejos de contratos administrativos. El contrato de permuta de bienes por obras de urbanización*».

Tras una introducción sobre la problemática de la aplicación de la LCSP al urbanismo, en concreto, los casos del agente urbanizador, la concesión de obra urbanizadora y sus vinculaciones con la figura del contrato administrativo especial, el ponente procedió a exponer el tema central de la ponencia, es decir, la configuración actual del contrato de permuta y los problemas que pueden derivarse de un uso inadecuado del mismo por las Administraciones Locales.

Como señaló, el contrato de permuta es un instrumento jurídico que ha adquirido gran importancia en el plano municipal, aún más, en el escenario actual donde se asocian las limitaciones presupuestarias y la necesidad de construcción de obra pública. Ello ha dado lugar a intensos deba-

tes, sobre todo, respecto a la permuta de obra futura, la cual plantea algunos problemas que fueron excelentemente analizados por el ponente.

En primer lugar, GIMENO FELIU indicó que lejos de la forma clásica de permuta en el urbanismo, en la cual se permuta un terreno por otro y en donde en principio hay una compensación de valores, han ido apareciendo diferentes formas no exentas de polémica.

Como explicó, ante estos casos hay que atender al régimen jurídico y a la finalidad que tiene. Por tanto, los negocios jurídicos son lo que son y no como se llamen. En el caso de la permuta, el fin debe ser cambiar una cosa por otra, por eso, en situaciones como la del estadio de fútbol de la Romareda, se originan dudas de si realmente estamos ante una verdadera permuta.

Desde una perspectiva crítica, el ponente planteó el debate contradictorio que se deriva de la utilización de la permuta camuflando un contrato de obra pública. Sobre este asunto, se indicó que, ante todo, se debe someter a las reglas de la contratación pública por la que se exige la licitación conforme a los principios de transparencia, concurrencia y no discriminación. De ahí, los problemas de la figura de la permuta por obra futura, en donde necesariamente se concluyó que deben cumplirse dichos requisitos.

Otras cuestiones aludidas respecto a este tipo de permuta fueron la incertidumbre sobre el precio del contrato, su retribución y las repercusiones sobre la pequeña y mediana empresa.

En cuanto a estos dos últimos puntos, se remarcó que el hecho de que estemos ciertamente ante un pago aplazado y, por tanto, una financiación que no se ajusta a las certificaciones de obras, hace que se perjudique la concurrencia de posibles licitadores, especialmente PYMES, que se ven limitadas por su solvencia económica. A ello, debe sumarse la problemática del sistema de retribución mediante pago con aprovechamientos urbanísticos futuros, que plantea dudas dada la inestabilidad del mercado del suelo en nuestros días.

A modo de resumen y teniendo en cuenta todas las cuestiones suscitadas, el orador aclaró que, si bien esta figura no es la más aconsejable, se puede utilizar siempre y cuando se respeten una serie de elementos ineludibles como que a la hora de emplear la permuta habrá que licitarla

como contrato de obra pública, deberá haber clasificación del contratista, fijarse el sistema de retribución, regular las posibles variaciones en el valor de los terrenos y, en todo caso, excluirse la posibilidad de realizar convenios, es decir, adjudicaciones directas.

Por último, GIMENO FELIU se refirió al contrato de colaboración público-privada (CCP) y su influencia en el urbanismo. Partiendo de que es un contrato complejo y el carácter subsidiario en su aplicación, apuntó los problemas que sus contornos poco nítidos pueden causar en cuanto a su distinción con los contratos de concesión de obras públicas y los contratos de gestión de servicio público. Asimismo, explicó las notas más relevantes respecto a su configuración, forma de celebración, procedimiento de adjudicación y duración, finalizando la ponencia con un turno de preguntas de los asistentes tanto en Teruel como, vía teleconferencia, en la demarcación de Zaragoza del Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón.

#### **IV. JUEVES, 2 DE OCTUBRE DE 2008**

El tercer día del curso comenzó con la ponencia del profesor Ángel MENÉNDEZ REXACH —Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid—, «*Contratación y Urbanismo. Régimen de las obras públicas. Obras ordinarias y obras de urbanización. Régimen de contratación de las obras de urbanización en los distintos sistemas de gestión urbanística*».

El ponente inició su conferencia haciendo mención a la transparencia administrativa y sus repercusiones en el ámbito de la contratación y el urbanismo, destacando asimismo la gran relevancia que está asumiendo la figura del convenio urbanístico.

A continuación, hizo alusión a la evolución histórica de la regulación de las obras públicas en España, deteniéndose especialmente en el sistema de adjudicación de las mismas. A este respecto, reseñó la transición entre el sistema de subasta, en el que cualquiera podía concurrir y en el que el mejor postor era el más barato, al mecanismo de adjudicación existente en nuestros días, como es el concurso, en el que se busca la mejor oferta en términos generales, atendiendo también a su valor económico más ventajoso.

En relación con este hecho, el orador hizo también referencia al sistema de adjudicación de las obras de urbanización en el ámbito urba-

nístico, el cual ha sido completamente diferente, al ejercer los propietarios un protagonismo exclusivo en la ejecución de las mismas a través del sistema de compensación.

Esta divergencia llevó al profesor MENÉNDEZ REXACH a preguntarse el por qué de este derecho preferente de los propietarios, si las obras de urbanización son obras públicas.

No obstante, y a pesar de que hasta hace poco los propietarios eran el eje central en el sistema de gestión del planeamiento, en la actualidad, véase en Valencia o en Castilla-La Mancha, la aparición del agente urbanizador ha desvirtuado dicho protagonismo.

Por lo que respecta a esta circunstancia, se aludió a la problemática acerca de la elusión en la aplicación de la regulación de contratos, que ha llevado sucesivas denuncias ante la Comisión Europea debido al sistema de adjudicación de obras en virtud de convenios.

Teniendo presente que, según lo inferido por la Comisión, nos encontramos ante contratos administrativos, MENÉNDEZ REXACH apuntó que éstos deben considerarse como contratos especiales y no típicos, aplicándose la regulación específica y, es decir, la urbanística.

Otros problemas señalados fueron los relativos a la gestión patrimonial, la enajenación, la cesión de uso, la adquisición de bienes inmuebles por las entidades públicas, o la actuación de las Administraciones Públicas, especialmente locales y autonómicas, mediante sociedades mercantiles creadas al efecto, por ejemplo, sociedades de vivienda o urbanizadoras.

Otra cuestión que se planteó, es si estas sociedades necesitan la adjudicación de un contrato para llevar a cabo su actuación. A pesar de que hay diferentes respuestas al respecto, el ponente se decantó en considerar que esta actuación se trata de una modalidad de gestión directa por parte del Ayuntamiento o de la Administración Autonómica, siempre que el cien por cien del capital de la sociedad pertenezca a dicha Administración, no necesitándose formalizar ningún negocio jurídico y bastando simplemente una encomienda.

En la segunda parte de su conferencia, se retomó la consideración de las obras de urbanización como obras públicas y la aplicación de la legislación de contratos a este tipo de obras, profundizándose asimismo en la explicación del agente urbanizador.

Sin duda, uno de los temas tratados más importantes fue el de la aplicación de la legislación de contratos a los convenios urbanísticos. A este respecto se indicó que la técnica de los convenios ha proliferado de tal manera en los últimos años, que no ha pasado desapercibida por la legislación. Un ejemplo expuesto fue el del artículo 4 de la LCSP, en el que dentro de la lista de actos y negocios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, figuran tanto los convenios de colaboración entre entidades públicas, como los suscritos entre Entidades públicas y particulares.

Como se recalcó, a primera vista los convenios urbanísticos estarían excluidos de la LCSP, si bien, se debe atender a la salvedad expuesta en la Ley, por la cual la exclusión se da cuando no se encaje en alguna de las figuras contractuales reguladas en la misma, es decir, están excluidos siempre que su objeto no sea el de alguno de los contratos regulados por la LCSP, por lo que aunque se denomine convenio, habrá que tratarlo como el contrato correspondiente según el contenido de lo pactado.

Otra cuestión suscitada fue la regulación del agente urbanizador en la legislación autonómica. Partiendo del dictamen motivado de la Comisión Europea de 2005, en el que se sostiene que los Programas de Actuación Integrada valencianos (PAIs) son contratos públicos de obras y/o servicios, que deben adjudicarse de conformidad con lo dispuesto en las Directivas comunitarias de contratos, el ponente procedió al análisis de la distinción entre la figura del urbanizador y del empresario constructor que regula la nueva regulación valenciana y, en concreto, las problemáticas entre el procedimiento de adjudicación del PAI a un agente urbanizador y el de la ejecución material de las obras de urbanización a un empresario constructor.

A modo de reflexión sobre el agente urbanizador, se destacó el hecho de la importancia de dicha figura y su permanencia aun a pesar de los cambios políticos que podían haberla suprimido. Como causa, el orador señaló la comodidad y ventajas que supone para las Administraciones, en concreto para los Ayuntamientos, la elusión de problemas como expropiaciones o juntas de compensación.

Acudiendo a la regulación aragonesa, otro tema apuntado fue el sistema de obra urbanizadora, destacándose la selección del urbanizador mediante concurso, pero valorando negativamente la circunstancia de la posición jurídica de ese urbanizador, la cual no es firme sino precaria al

tener derecho a subrogarse en la posición del mismo, el promotor de la actuación.

Para concluir, MENÉNDEZ REXACH aludió a la polémica sobre si cuando la junta de compensación adjudica las obras de urbanización a una empresa, tiene que respetar o no la legislación de contratos públicos. Esta pregunta, como aclaró, depende de la consideración de la naturaleza jurídica que tienen las juntas de compensación. A pesar de ello, indicó que la junta de compensación asume la condición de urbanizador directamente sin necesidad de concurso, cuando haya un precepto legal que le atribuya ese derecho.

Ya por la tarde, se celebró la ponencia «*La gestión municipal en el urbanismo. Novedades del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por RDL 2/2008 y de la Ley urbanística de Aragón introducidas por la Ley 1/2008, de medidas urgentes*», en la que participaron don Miguel Ángel MARCUELLO SERÓN —Letrado de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza—, doña Eurne HERCE URZAIZ —Letrada de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza— y doña Marina URETA RUIZ DE CLAVIJO —Arquitecta de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza—, en la que se debatió sobre la proyección práctica de la normativa en la gestión municipal.

Tomando como referencia al Ayuntamiento de Zaragoza y centrándose en la gestión urbanística, se procedió a explicar diferentes actuaciones en las que se han utilizado sistemas de gestión diferentes al de compensación como son los del entorno de la estación de Intermodal, Valdespartera o de las denominadas «zonas K», que proceden de parcelaciones ilegales. Asimismo, se valoró la circunstancia de la no utilización del sistema de obra urbanizadora en el Ayuntamiento de Zaragoza, debido a la tipología de propiedad existente en la ciudad, en la que la mayor parte de los propietarios de los terrenos son entidades mercantiles, que se dedican a la promoción inmobiliaria o la construcción y que quieren asumir el protagonismo en el desarrollo de sus suelos.

Otros puntos tratados fueron los referentes a las reservas de edificabilidad para vivienda protegida, las cesiones de aprovechamiento recibidas en suelo urbanizable, o las sustituciones económicas de la obligación de cesión utilizadas en suelos productivos, en las áreas residenciales en las que no había vivienda protegida o en áreas en las que el porcentaje

de cesión que le correspondía al Ayuntamiento no era suficiente para adjudicar una parcela independiente.

En cuanto a las novedades legislativas introducidas por el Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por RDL 2/2008, se mencionaron el estatuto de derechos y deberes de los sujetos afectados, la participación y los derechos de los ciudadanos, la información pública, y la posibilidad de indemnización en el caso de incumplimiento de resolución ante instrumentos de gestión presentados. A su vez, se destacó la gran relevancia y novedad del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo que, desde la perspectiva de los principios generales, regula los condicionantes sobre el ejercicio de las potestades de ordenación territorial y urbanística. Conectado con este artículo, se planteó la duda de si de la lectura del mismo debe extrapolarse una prohibición de los convenios, hecho que se negó al interpretarse que el artículo 3 prohíbe sólo la transacción, aunque haya posturas restrictivas que asemejen ambos conceptos.

Como conclusión a la ponencia, se apuntó el hecho de que, con la nueva regulación, el protagonismo de los propietarios en el marco del sistema de compensación se ve afectado, dando preferencia, a la hora de urbanizar el suelo, a la iniciativa privada en el ejercicio de la libre empresa y por un procedimiento en el que debe haber publicidad. Ello es debido a la desvinculación del derecho de propiedad del derecho de urbanizar, ya que se concibe la actividad urbanizadora como un servicio público cuya gestión puede reservarse a la Administración o encomendar a privados, lo que supone, según los ponentes, un auténtico cambio en la gestión urbanística no exenta de polémicas.

## **V. VIERNES, 3 DE OCTUBRE DE 2008**

Para tratar las novedades e incidencias aportadas por el Decreto-ley 2/2007, de 4 diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para la adaptación del ordenamiento urbanístico a la Ley 8/2007, de 28 de mayo de suelo, se contó con la participación de don Julio TEJEDOR BIELSA —Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza— que con su exposición, dio a conocer las notas más relevantes del mismo, así como la de la normativa urbanística estatal.

En primer lugar, el ponente evaluó el contexto de la creación del Decreto-ley, y es que los cambios legislativos introducidos por la legisla-

ción estatal y la necesidad de impulsar medidas que agilizaran las políticas públicas de vivienda y suelo para facilitar el acceso a la vivienda, hacían necesaria la aparición de este Decreto-ley [en adelante DLALS], que sentara las bases de una nueva Ley de Urbanismo en Aragón.

Centrando la ponencia en el DLALS, TEJEDOR BIELSA expuso de forma esquemática las medidas más importantes adoptadas mediante dicha norma. Medidas, que vino a agrupar en distintos bloques temáticos como fueron el nuevo régimen de evaluación y sostenibilidad ambiental del planeamiento urbanístico, la clasificación del suelo, la función social de la propiedad, la introducción de garantías de competencia efectiva en la función pública de urbanización, las novedades sobre el régimen de cesiones y patrimonios públicos de suelo, y las importantes iniciativas referidas a la vivienda protegida con el objeto de impulsar, agilizar y dotar de eficacia a las políticas activas de vivienda y suelo.

Indiscutiblemente, una de las innovaciones sustanciales introducidas por el DLALS, que deriva directamente de la nueva norma estatal y que incide de manera muy directa sobre la práctica urbanística, es la clasificación de suelo.

Dentro de este apartado, el ponente destacó el papel que asume el suelo urbanizable no delimitado, el cual se ve obligado a contar con una ordenación coherente con el modelo de evolución urbana y ocupación del territorio. A este respecto, se incidió en la importancia de este modelo, que pretende ponderar el desarrollo y sostenibilidad ambiental y económica, primando la ciudad compacta y evitando consumos innecesarios. Puede decirse que, a través de esta vinculación, se trata de frenar los anticipos especulativos que generaban los planes urbanísticos con dicha clasificación.

La segunda de las novedades más importantes del DLALS, es la adaptación de la regulación aragonesa al régimen de reservas para vivienda protegida establecido por la LS 2007.

Conforme a la nueva normativa, TEJEDOR BIELSA apuntó que no existe posibilidad de exención de ámbito alguno de uso dominante residencial, con la excepción de los de renovación o reforma interior en el suelo urbano no consolidado, pero sí de traslado de la reserva de vivienda protegida de un ámbito a otro dentro del municipio, siempre que se cumpla la totalidad de todos ellos. También referido a este punto, se destacó el hecho

que el DLALS contemple la posibilidad de expropiar los suelos destinados a reserva si no se desarrollan en plazo. Con ello se trata de evitar la tendencia a apurar los márgenes de repercusión del suelo de la vivienda por parte de los operadores que, en el caso de la vivienda protegida, provoca tensiones sobre los módulos vigentes.

Otros aspectos señalados fueron las medidas de carácter económico tendentes a reactivar el sector de la construcción mediante un nuevo impulso a las políticas de vivienda protegida. Dentro de estas medidas se aludió a la posibilidad de que el Plan General ordene directamente, sin necesidad de remisión a un Plan Parcial, sectores de suelo urbanizable delimitado concertado. Otras iniciativas mencionadas fueron la coordinación adecuada entre el planeamiento urbanístico y los Planes de vivienda, la limitación de la repercusión de los costes de adquisición de suelo y urbanización sobre las viviendas protegidas, o la regulación de un régimen específico de gestión de las viviendas de promoción pública o social en régimen de alquiler, de los alojamientos para temporeros y de las viviendas de promoción privada en régimen de alquiler para trabajadores propios.

Para finalizar, el ponente valoró positivamente que el DLALS incorpore un exhaustivo régimen transitorio, el cual sirve de base a la norma para imponer su aplicación más rápida en todos aquellos supuestos en que resulta posible, garantizando así la efectividad de las normas que se formulan. Régimen transitorio que tiene especial relevancia respecto al sistema de reservas para vivienda protegida recogido en la disposición transitoria novena.

Por último y clausurando el curso, se celebró una mesa redonda donde de nuevo se retomaron las novedades normativas y en la que los asistentes pudieron intervenir y consultar diferentes dudas acerca de su aplicación práctica. Tras esta mesa redonda se procedió a la entrega de diplomas, dando así por finalizada la 14<sup>ª</sup> edición del Curso de urbanismo y gestión en pequeños municipios, de la Universidad de Verano de Teruel.

## **VI. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN**

En los últimos meses, la regulación urbanística de nuestra comunidad se ha visto sometida a profundos cambios con la entrada en vigor de la Ley 1/2008, *de medidas urgentes de adaptación del ordenamiento urba-*

*nístico de Aragón a la Ley de Suelo Estatal y de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.* Las complejas modificaciones introducidas, han incrementado las dificultades con las que se encuentran los técnicos municipales a la hora de realizar su labor profesional.

El presente curso, organizado con el objetivo de llenar el vacío existente a nivel nacional sobre cursos de urbanismo dirigidos a pequeños municipios, ha servido para dar a conocer las cuestiones más novedosas y problemáticas en cuanto a la aplicación de dichas normativas. Para ello, se contó con la participación de prestigiosos expertos, tanto del ámbito urbanístico como en el de la contratación que, a través de las ponencias, acercaron la aplicación práctica de las mismas.

Sin duda, el tema principal de debate en la mayoría de las exposiciones fue la figura del agente urbanizador que, si bien se había focalizado en la Comunidad Valenciana y en Castilla-La Mancha, ahora, con los cambios normativos introducidos, extiende su ámbito de aplicación al resto de las Comunidades Autónomas. Ello ha supuesto no pocos interrogantes sobre su vinculación con la Ley de Contratos y la paulatina desaparición del sistema de compensación, dudas que, como se ha comprobado, fueron resueltas por los ponentes.

No puede terminar esta crónica sin lanzar al aire la conveniencia o no de la relegación de los propietarios del suelo a la hora de urbanizar, todo ello a favor de la iniciativa privada en el ejercicio de la libre empresa. Decisión, en gran parte motivada, por la presión ejercida desde la Unión Europea, la cual va a tender a hacer desaparecer paulatinamente una figura y práctica importantísima en el urbanismo español.



# **BIBLIOGRAFÍA**



VV.AA.: *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo* (dos volúmenes, 2.280 pp.), Zaragoza, 2009.

Con motivo de la jubilación como Catedrático de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, un numeroso grupo de compañeros, discípulos y amigos han querido ofrecerle un libro homenaje. En él se recogen muy diversas aportaciones científicas que, en muchos casos, se relacionan con temas que el profesor MARTÍN-RETORTILLO ha cultivado con especial atención a lo largo de su vida profesional.

Los trabajos de los noventa y cinco autores ocupan un total de 2.280 páginas, agrupados en dos volúmenes, lo que da una primera idea de la amplitud de la obra. Su coordinación científica ha corrido a cargo del catedrático Luis MARTÍN REBOLLO quien, además, dedica una introducción al homenajeado, que titula «crónica de una vida, noticia de una obra». En ella traza una acertada y afectuosa semblanza de su vocación universitaria, de su condición de jurista ejemplar y de ciudadano comprometido y resume su copiosa obra, en la que ocupa lugar especial su atención a todo lo referente a los derechos fundamentales de la persona.

Por razones de espacio resulta imposible comentar e incluso simplemente enumerar todos los trabajos y autores que incluye la obra; baste afirmar que su relación incluye lo más granado de los profesionales del Derecho público y que los estudios se agrupan en los siguientes temas: Derecho y derechos fundamentales, Reformas territoriales y derechos ciudadanos, Garantías, Ciudadanos y Administración: viejos procedimientos y nuevas técnicas, Derechos fundamentales: aspectos sectoriales, Derechos a la vida y a la integridad personal, Libertad y seguridad, Honor, intimidad y protección de datos, Libertades de circulación, expresión y asociación, Derechos de participación, sufragio y acceso a cargos públicos, Tutela judicial efectiva, Derecho sancionador, presunción de inocencia y responsabilidad pública, Educación e investigación, Matrimonio, Sistema tributario, Propiedad, Colegios profesionales, Seguridad social, Cultura, Medio ambiente, y Varia. En suma, como puede deducirse de los títulos de los distintos grupos de trabajos, un estudio en profundidad de la mayor parte de los temas que interesan en la actualidad a los juristas y a la sociedad.

#### RECENSIONES

Han colaborado en la edición del libro el Gobierno de Aragón, las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón, la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Caja Inmaculada e Ibercaja, haciendo de este modo suyo también el homenaje al oscense Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, profesor que fue de la Universidad de Zaragoza, donde sembró y dirigió destacadas vocaciones universitarias, y senador por Aragón en las Cortes constituyentes.

R. SALANOVA ALCALDE

# REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Secretaria: CARMEN CHINCHILLA MARÍN

Sumario del núm. 179 (mayo-agosto 2009)

## ESTUDIOS

J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: *El marco estatutario del régimen local.*

J. M.ª PEMÁN GAVÍN: *El Derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado.*

J. SÁNCHEZ SÁEZ: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por incendios forestales.*

X. LAZO VITORIA: *Los contratos mixtos.*

E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*

## JURISPRUDENCIA

### I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

I. J. BARCELONA LLOP: *Coacción administrativa, responsabilidad patrimonial del Estado y Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

M. ÚRIARTE RICOTE: *La apertura de la jurisprudencia ordinaria a la protección de los Derechos Fundamentales frente a las emisiones acústicas aeroportuarias.*

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, O. MIR PUIGPELAT, A. PEÑALVER I CABRÉ y J. TORNOS MAS).

O. BOUAZZA ARIÑO: *Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

## CRÓNICA ADMINISTRATIVA

### I. ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

L. F. COLASSO: *Laudatio pronunciada por el profesor Luís Filipe Colaço Antunes en la investidura del profesor Eduardo García de Enterría como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Oporto, el 15 de mayo de 2009.*

E. GAMERO CASADO: *Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor.*

F. MARCOS FERNÁNDEZ: *Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo.*

L. MÍGUEZ MACHO: *Crónica del 8.º coloquio luso-español de Derecho Administrativo «Problemas actuales de la Administración municipal».*

M. ZAMBONINO PULITO: *En torno a la función pública regulada en la legislación de extranjería ¿integración de las personas inmigrantes o mero control de la inmigración ilegal?*

### II. IBEROAMERICANA

E. JINESTA: *La nueva justicia administrativa en Costa Rica.*

## BIBLIOGRAFÍA

## RECENSIONES

PRECIOS AÑO 2009 – SUSCRIPCIONES			
EN PAPEL	ELECTRÓNICA	EN PAPEL Y ELECTRÓNICA	NÚMERO SUELTO
53,00 €	53,00 €	85,00 €	19,00 €

*Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos:*

### CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 – 28071 MADRID (España)

Teléfono (34) 91 4228 972, 91 4228 973 – Fax (34) 91 4228 970 – E-mail: suscripciones@cepc.es

Contabilidad y Pagos: Teléfono (34) 91 4228 940, 91 4228 944

www.cepc.es

# REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA

*Director del INAP:* FRANCISCO RAMOS FERNÁNDEZ-TORRECILLA

*Director de la Revista:* AVELINO BLASCO ESTEVE

**Sumario del número 308 (septiembre-diciembre 2008)**

## I. ESTUDIOS

LEOPOLDO TALISAR ALAS: *El personal de la administración local y el nuevo marco regulador de la función pública.*

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ: *La carrera administrativa en la función pública local: promoción y movilidad.*

ANA I. OLMEDO GAYA: *El nuevo régimen de los permisos y licencias de los empleados públicos.*

CASIMIRO LÓPEZ GARCÍA: *El papel de los servicios de interés general en la reforma de la legislación española de régimen local.*

MANUEL JIMÉNEZ DORANTES: *La potestad sancionadora municipal y su relación con la Ley en el sistema constitucional mexicano.*

## II. CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

MANUEL REBOLLO: *La supresión de los pequeños municipios: régimen, alternativas, ventajas e inconvenientes.*

VALDEMIR PIRES Y CARNEEN PINEDA: *Presupuesto participativo: una tipología para superar los límites de las definiciones demasiado amplias o restrictivas.*

## III. RECENSIONES

TOMÁS QUINTANA LÓPEZ: *Los patrimonios municipales del suelo.* Editorial Iustel. Colección Biblioteca de Derecho Municipal, n.º 24. Madrid, 2007, 256 págs. (Recensión: JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO).

JUSTO ZAMBRANA: *El ciudadano conforme. Mística para la globalización.* Taurus Pensamiento, 2006 (Recensión: MANUEL MARTÍNEZ BARGUEÑO).

ADALMIR MARQUETTI, GERALDO ADRIANO DE CAMPOS Y ROBERTO PIRES (ORGS.): *Democracia participativa e redistribuição: análise de experiências de orçamento participativo.* Xamã Editora, São Paulo, Brasil, 2008, 183 págs. (Recensión: CARMEN PINEDA NEBOT).

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ LEAL: *Contribuciones especiales y cuotas urbanísticas.* Editorial Bayer Hermanos, S.A. Barcelona, 2008, 599 págs. (Recensión: CARMEN PINEDA NEBOT).

MARÍA JOSÉ CAREL: *Comunicación de las instituciones públicas.* Editorial Tecnos. Madrid, 2007, 284 págs. (Recensión: CARMEN PINEDA NEBOT).

## IV. SUMARIOS DE OTRAS REVISTAS

Suscripción anual .....	28,00 €
Número sencillo .....	11,63 €
Número doble .....	23,25 €

(Incluidos IVA y gastos de envío)

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director: FRANCISCO RUBIO LLORENTE

Secretario: JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

Sumario del Año 29, Número 86 (mayo-agosto 2009)

## ESTUDIOS

ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREJO: *La Constitución española en su XXX aniversario.*

BENITO ALÁEZ CORRAL: *El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública.*

MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES: *La colaboración a examen. Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico.*

DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA: *Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley.*

REBECA VÁZQUEZ GÓMEZ: *El poder político y la religión en el puritanismo: la colonia norteamericana de la Bahía de Massachusetts.*

## NOTAS

ANA MARÍA OVEJERO PUENTE: *Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la Ley Integral contra la Violencia de Género y la Ley de Igualdad a debate.*

SILVIA DÍEZ SASTRE: *Entes locales, Constitución y federalismo canadiense.*

## JURISPRUDENCIA

*Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el primer cuatrimestre de 2009 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid).*

*Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2009.*

## ESTUDIOS CRÍTICOS

JAVIER CORCUERA ATIENZA: *Soberanía y autonomía. Los límites del «derecho a decidir». Comentario de la STC 103/2008.*

FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA: *La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo.*

## CRÍTICA DE LIBROS

AGUSTÍN MENÉNDEZ: *Alexander Somek, Individualism.*

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

*Noticias de Libros.*

PRECIOS AÑO 2009 – SUSCRIPCIONES			
EN PAPEL	ELECTRÓNICA	EN PAPEL Y ELECTRÓNICA	NÚMERO SUELTO
49,00 €	49,00 €	79,00 €	18,00 €

*Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos:*

### CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 – 28071 MADRID (España)

Teléfono (34) 91 4228 972, 91 4228 973 – Fax (34) 91 4228 970 – E-mail: suscripciones@cepc.es

Contabilidad y Pagos: Teléfono (34) 91 4228 940, 91 4228 944

www.cepc.es

# REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS (Nueva Época)

Director: PEDRO DE VEGA GARCÍA

Secretario: JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

## Sumario del número 145 (julio-septiembre 2009)

### ARTÍCULOS

ÁNGEL GARRORENA MORALES: *Nuevas condiciones desde las que plantear el cometido de la doctrina respecto de la reforma del Senado.*

VÍCTOR ALONSO ROCAFORT: *La libertad de movimientos en Hannah Arendt.*

JORGE URDÁÑOZ GANUZA: *La representación proporcional: génesis histórica de un paradigma confuso.*

IGNACIO GONZÁLEZ GARCÍA: *Un distingo constitucionalmente relevante: convenios de colaboración vs. acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas.*

MARCELO MORICONI: *Revisión crítica: la necesidad de incorporar el buen pensar retórico en la construcción de «Gobernanza».*

### NOTAS

PABLO GIL VICO: *Nuevas aportaciones sobre los procesos incoados con motivo del golpe de 10 de agosto de 1932.*

### RECENSIONES

JOSÉ TUDELA ARANDA y MARIO KÖLLING (eds.): *La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*, por Javier Tajadura.

VV.AA.: *Análisis y gestión de políticas públicas*, por María Grau.

JESÚS CASQUETE y RAFAEL CRUZ (eds.): *Políticas de la muerte. Usos y abusos del ritual fúnebre en la Europa del siglo XX*, por Joseba Louzao.

### TABLE OF CONTENTS, Issue 145

### ARTICLES

ÁNGEL GARRORENA MORALES: *New conditions from which to approach the role of doctrine regarding reform of the Senate.*

VÍCTOR ALONSO ROCAFORT: *Freedom of movement in Hannah Arendt.*

JORGE URDÁÑOZ GANUZA: *Proportional representation: the historical genesis of a confusing paradigm.*

IGNACIO GONZÁLEZ GARCÍA: *A constitutionally relevant hitch: Collaboration Pacts versus Cooperation Agreements between Autonomous Regions in Spain.*

MARCELO MORICONI: *Critical review: the need to incorporate good rhetorical thinking into the construction of Good Governance.*

### NOTES

PABLO GIL VICO: *New contributions on suits initiated following the coup d'état of 10th August 1932.*

### REVIEWS

JOSÉ TUDELA ARANDA and MARIO KÖLLING (eds.): *La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*, by Javier Tajadura.

VV.AA.: *Análisis y gestión de políticas públicas*, by María Grau.

JESÚS CASQUETE and RAFAEL CRUZ (eds.): *Políticas de la muerte. Usos y abusos del ritual fúnebre en la Europa del siglo XX*, by Joseba Louzao.

<b>PRECIOS AÑO 2009 – SUSCRIPCIONES</b>			
<i>EN PAPEL</i>	<i>ELECTRÓNICA</i>	<i>EN PAPEL Y ELECTRÓNICA</i>	<i>NÚMERO SUELTO</i>
53,00 €	53,00 €	85,00 €	15,00 €

*Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos:*

### **CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES**

Plaza de la Marina Española, 9 – 28071 MADRID (España)

Teléfono (34) 91 4228 972, 91 4228 973 – Fax (34) 91 4228 970 – E-mail: [suscripciones@cepc.es](mailto:suscripciones@cepc.es)

Contabilidad y Pagos: Teléfono (34) 91 4228 940, 91 4228 944

[www.cepc.es](http://www.cepc.es)